

Faceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



número
2

serie
XIX

CXXII

2017

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 2
Serie XIX

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

Enero de 2019

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

ISSN: 13902369

Jefe de la Gaceta Judicial: Dr. Santiago Aráuz Ríos
Av. del Maestro OE1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfono: 3953500 ext. 22465



Gaceta Judicial
año 2017

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES DEL PLENO

R: 01-2017	Permanencia del delito de usura.	571
R: 02-2017	La jubilación patronal es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral; por tanto, el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones en los Mandatos Constituyentes nos. 2 y 4.	590
R: 03-2017	En virtud del rango legal del Mandato Constituyente 8, que es superior y posterior al Código del Trabajo, y por tanto al artículo 628 de este Código, el director regional del trabajo impondrá las multas establecidas en el artículo 7 de dicho Mandato, que son aplicables a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, y también a la violación de las regulaciones previstas en el mandato de la referencia.	608
R: 04-2017	Instructivo de sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.	619
R: 05-2017	Sentido de la palabra “separación” cuando se invoca la causal de abandono en una demanda de divorcio.	626
R: 06-2017	Competencia para la ejecución de laudos arbitrales, actas de mediación y actas transaccionales.	642
R: 07-2017	Sentencias de mérito en casación.	646
R: 08-2017	Reglas para el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral.	650
R: 09-2017	Renovación parcial de la Sala especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.	654
R: 10-2017	Lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tienen el carácter de cosa juzgada y no puede volver a discutirse en un juicio individual de trabajo. Por tanto, los jueces de trabajo no tienen competencia para conocer y resolver asuntos materia de decisión en un conflicto colectivo de trabajo. Salvo que en la acción individual de trabajo se reclame pretensiones que no fueron materia de conocimiento y resolución del Conflicto Colectivo.	655
R: 11-2017	Cómo debe contabilizarse el término para interponer recurso de casación.	668
R: 12-2017	Forma de resolver las excepciones previas.	675

R: 13-2017	Presentación del escrito de interposición del recurso de revisión.	696
R: 14-2017	Interpretación prejudicial en los procesos contencioso administrativos.	704
R: 15-2017	Aclaración de dudas respecto del recurso de apelación.	710
R: 16-2017	Realización de la diligencia de citación en lugares donde no se presta el servicio de citaciones contratado por el consejo de la judicatura.	719
R: 17-2017	Auto de inhibición en primera providencia en materia Contencioso Administrativa o Contencioso Tributaria.	721
R: 18-2017	Ausencia del Juez luego del pronunciamiento oral en audiencia.	723

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 217-2017 J: 250-2013	Acción contencioso administrativa por inadecuada administración de justicia, (Responsabilidad objetiva del Estado) Diferencia entre la acción por inadecuada administración de justicia y acción por detención arbitraria.	729
II. R: 1124-2017 J: 2012-0296	En la fase de ejecución no se puede volver a conocer lo ya resuelto en la fase de conocimiento.	738
III. R: 1137-2017 J: 2015-0944	Demanda de indemnización de daños y perjuicios (materiales y morales) causados con la ejecución de obras de infraestructura vial dispuesta por el GAD Provincial de Loja. (Responsabilidad objetiva del estado).	744
IV. R: 1280-2017 J: 2012-0663	Indemnización de daños y perjuicios por error judicial (responsabilidad objetiva del estado).	750
V. R: 1282-2017 J: 2013-0079	Demanda de indemnización de daños y perjuicios por los daños ocasionados a predio colindante con el inmueble sobre el que se construye obra pública dispuesta por el Municipio de Loja.	758
VI. J: 2016-01707	Impugnación de resoluciones de la Contraloría General del Estado que establecen responsabilidad civil con orden de reintegro de viáticos correspondientes a gastos de residencia (diferencia entre ambos beneficios).	766

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 006-2017 J: 210-2016	Diferencia entre jurisprudencia obligatoria y jurisprudencia referencial.	777
II. R: 072-2017 J: 0024-2013	Facultad Determinadora de la Administración Tributaria respecto de sociedades distintas a sus condominios (Art. 11 Ley de Propiedad Horizontal)	794
III. R: 086-2017 J: 742-2016	Juicio de excepciones a la coactiva en base al título de crédito emitido en concepto de tasa LMU40-Utilización de espacio público año 2015 (tasa de uso de espacio público aéreo con redes de servicios de audio y video por suscripción, datos y otros servicios de Telecomunicaciones).-	807
IV. R: 506-2017 J: 2017-0057	Impugnación de resolución que establece diferencia a pagar por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2009.	822
V. R: 541-2017 J: 2016-00329	Impugnación de resolución que acepta parcialmente el reclamo administrativo y modifica la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2012.	830
VI. R: 547-2017 J: 2014-0121	Clasificación Técnica de Partidas Arancelarias mediante peritaje técnico concluyente.	838

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

I. R: 151-2017 J: 042-2016-SSI	Delito de estafa. La venta de un bien con reserva de dominio configura la estafa. Se desprende que los elementos clásicos de delito de estafa son: 1) El engaño, 2) El error, 3) la Disposición patrimonial; y, 4) El perjuicio. El elemento principal de este delito es el engaño o medio fraudulento que emplea el sujeto activo de la infracción, para hacer caer en error a la víctima, quien al representarse falsamente la realidad, se desprende del todo o de una parte de su patrimonio en beneficio del primero.	851
II. R: 202-2017 J: 425-2015	Delito Asesinato. La alevosía o el ensañamiento como circunstancias constitutivas del delito de asesinato. Para que se presente la alevosía debe existir una acción del agresor que le permita anular el riesgo para sí al momento de ejercer la violencia sobre la víctima. En una reunión social se ha producido una riña entre varias personas en similar número, no ha existido planificación, no hubo proyección por ninguna de las personas que intervinieron en la agresión, es decir no hubo alevosía, empero el ataque fue con armas contundentes y cortopunzantes, produciéndose heridas en la víctima que dejan entrever la magnitud de la violencia ejercida por el sujeto activo, lo que se adecua al ensañamiento.	866

<p>III. R: 267-2017 J: 571-2015-SSI</p>	<p>Delito: Secuestro extorsivo. La conducta sancionada como plagio en el Código Penal, no se ha despenalizado, pues coincide con los elementos del tipo calificado como secuestro extorsivo en el COIP. La norma aplicable para el juzgamiento y sanción de la infracción es la que se encontraba vigente al momento del cometimiento del delito, es así que si la fecha de los sucesos fue el día 14 de mayo de 2014, es aplicable el Código Penal, con su figura el Plagio; pero, con relación a la pena, se debe imponer la que sanciona el COIP por secuestro extorsivo, puesto que le resulta más favorable al reo.</p>	<p>876</p>
<p>IV. R: 0459-2017 J: 0835-2016</p>	<p>Delito violación. La degradación y discriminación que sufre una víctima de violación por parte de su cónyuge, deben ser observadas de forma conjunta, pues el anular su condición de persona para objetivarla, creyéndola parte de su patrimonio, se debe a un trato desigual por su condición de mujer. A pesar de los avances en la toma de conciencia del equilibrio de poder dentro de la sociedad, por razones de género, éstos no han sido suficientes para que los operadores de justicia reconozcan debidamente a la violencia de género como una vulneración de los derechos humanos de las mujeres.</p>	<p>895</p>
<p>V. R: 0540-2017 J: 1712-2016</p>	<p>Delito: Homicidio preterintencional. No es procedente imputar al acusado un resultado diferente al acto punible. Cuando la muerte no es producto de las lesiones, se produce la interrupción del curso causal, por tanto el procesado debe responder penalmente por la infracción constituida por el acto mismo, es decir lesiones, puesto que el deceso se produjo por una causa ajena a la voluntad del sujeto activo.</p>	<p>903</p>
<p>VI. R: 0582-2017 J: 0783-2016</p>	<p>Delito violación. En el delito de violación, el testimonio de la víctima menor de edad, es esencial y relevante para demostrar la responsabilidad penal del procesado, operando en conjunto con los demás elementos incorporados en el juicio oral.</p>	<p>912</p>
<p>VII. R: 0599-2017 J: 2016-1520</p>	<p>Delito usura. En la usura existe siempre una circunstancia agravante genérica, la “astucia”, por tanto al no ser constitutiva de la infracción, y al aumentar la malicia del acto, no es aplicable el régimen de atenuantes, ni la modificación de la pena.</p>	<p>922</p>
<p>VIII. R: 1437-2017 J: 301-2016</p>	<p>Delito: Violación. Quien interpone recurso de casación se limita a cuestionar la prueba actuada en instancia. La casación está dirigida a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación; por su naturaleza es de carácter extraordinario por cuanto exige motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos: los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídicas aplicables al resolver, o a pesar de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen. No es procedente estructurar como sustento casacional un cuestionamiento probatorio, pues implicaría que el Tribunal de Casación vuelva a valorar la prueba.</p>	<p>937</p>
<p>IX. R: 1541-2017 J: 0592-2016-HPA</p>	<p>Delito, contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos. La reiterada ejecución de una conducta punible a lo largo del tiempo, nos traslada a la figura del “delito continuado”, llevado a cabo a través de una pluralidad de acciones que constituyen por sí solas un delito diferente, pero que debido a una ficción jurídica son enmarcados como delito único.</p>	<p>943</p>

<p>X. R: 1726-2017 J: 1621-2016</p>	<p>Delito Usura. En el delito de usura, el sujeto activo subsume su conducta a la de hacer o hacerse entregar intereses superiores a los permitidos por la ley de manera dolosa, conociendo que dicha situación le haría obtener los resultados típicos que desarrolla el delito, como son pagos excesivos a costa de la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo. El usurero, por la naturaleza de este delito, realiza actos simulados a fin de buscar la impunidad de su acción ilegal.</p>	<p>955</p>
--	---	------------

SALA DE LO LABORAL

<p>I. R: 141-2017 J: 1681-2016</p>	<p>En la sentencia impugnada se ha producido violación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, al haberse declarado el despido intempestivo en base a la confesión judicial sobre un hecho que no fue materia de la Litis, como es el supuesto abandono de trabajo.</p>	<p>967</p>
<p>II. R: 146-2017 J: 1162-2014</p>	<p>Principio de indivisibilidad de la prueba. La prueba documental debe ser valorada en su integridad, falta de valoración del acta de finiquito por omisión del rubro <i>“bonificación imputable a cualquier reclamo posterior”</i>, lo que implica que su contenido no fue atendido en su integridad.</p>	<p>977</p>
<p>III. R: 0247-2017 J: 0324-2016</p>	<p>El cálculo del tiempo de servicio para efecto de la jubilación patronal proporcional, más de 20 años y menos de 25 se considerarán años completos cumplidos y no fracciones de año, que solo se aplica en el caso de despido intempestivo.</p>	<p>986</p>
<p>IV. R: 0327-2017 J: 186-2012</p>	<p>Despido Intempestivo.- Ilegitimidad de Personería Pasiva. El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador. Por tanto no es obligación del trabajador saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una empresa o institución.</p>	<p>993</p>
<p>V. R: 0457-2017 J: 2891-2016</p>	<p>La jubilación patronal global debe tener el carácter de consensual, esto es, con el acuerdo de voluntades del trabajador y del empleador, pero de ninguna manera podría ser impuesta, ni aun mediante decisión judicial.</p>	<p>1004</p>
<p>VI. R: 496-2017 J: 1472-2014</p>	<p>Despido intempestivo a la mujer en estado de gestación. Para que sean aplicables las garantías de la mujer en estado de gestación, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora.</p>	<p>1010</p>
<p>VII. R: 725-2017 J: 04133-2016</p>	<p>La resolución extemporánea del visto bueno por el Inspector del Trabajo, no significa por si sola la existencia del despido intempestivo.</p>	<p>1018</p>

- VIII.** R: 965-2017 J: 2016-03292
- Despido intempestivo, por discriminación de una persona con VIH, la carga de la prueba se revierte y es el empleador quien deberá demostrar que el despido tuvo distinta motivación.
 - El trabajador no está obligado a demostrar que notificó a su empleador dándole aviso de su condición médica con anterioridad al despido intempestivo, como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley de Discapacidades.
- 1023
- IX.** R: 1028-2017 J: 00254-2016
- La estabilidad pactada en la Contratación Colectiva, no procede por cuanto esta ya precluyó, pues en el caso de estudio el despido intempestivo ha sido el 8 de marzo del 2016, fecha de la resolución de visto bueno otorgada a favor del empleador que ha sido declarada ilegal e improcedente por los jueces ad quem, a ese tiempo ya no estaba vigente la cláusula de garantía de estabilidad laboral, pues esta se habría consumido al haber superado los tres años que señala el contrato colectivo.
- 1030

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

- I.** R: 75-2017 J: 2016-0582
- Proceso verbal sumario por cobro por consumo con tarjeta de crédito. El contrato de tarjeta de crédito no debe confundirse con documento probatorio de los consumos. La entidad que pretenda el cobro de consumos realizados con tarjeta de crédito debe adjuntar a su demanda un estado de cuenta detallado, cuya copia deberá estar debidamente certificada por el o los funcionarios autorizados, a fin de garantizar la autenticidad de los mismos.
- 1039
- II.** R: 096-2017 J: 275-2016
- Juicio verbal sumario por pago de póliza de seguros. La subrogación es la posibilidad de que la empresa aseguradora pueda repetir contra el causante de un siniestro el valor indemnizado; en este tipo de procesos se debe probar dos cosas: la existencia de un contrato de seguro, póliza, fianza, etc., y que efectivamente se haya realizado el correspondiente pago.
- 1049
- III.** R: 093-2017 J: 2016-0959
- Juicio ordinario de pago por consignación. La finalidad del pago por consignación es la extinción de una obligación y quienes deben promover este tipo de procesos son quienes tienen la obligación de pagar.
- 1058
- IV.** R: 167-2017 J: 2016-0310
- Juicio civil por rendición de cuentas. No cabe juicio de rendición de cuentas sobre el contrato de una cuenta bancaria; la institución bancaria no administra bienes ni dineros ajenos, la disposición de fondos la hace el propietario a través de cheques y retiros con la tarjeta de débito.
- 1066
- V.** R: 173-2017 J: 2014-0043
- Juicio de restablecimiento de servidumbre de tránsito. La parte que afirma la existencia de un hecho al que atribuye una consecuencia jurídica debe ante todo, justificar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de las normas invocadas en apoyo de su postura procesal.
- 1080

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

- I.** Juicio de impugnación de declaratoria judicial de paternidad por parte de Albacea testamentaria. No es posible impugnar la declaratoria judicial de paternidad de un juicio de impugnación de paternidad donde se cuenta con una prueba científica de ADN que confirma el vínculo filiatorio. 1091
R: 84-2017
J: 246-2016
- II.** Juicio de Restitución Internacional de hijo. Si bien todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, existen circunstancias excepcionales. 1110
R: 95-2017
J: 008-2017
- III.** Juicio de Impugnación de Paternidad. El reconocimiento voluntario de paternidad puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo en virtud de su derecho inalienable a la identidad. El reconociente solo lo puede impugnar por vía de nulidad cuando al reconocimiento no concurrieron los requisitos para su validez. 1119
R: 140-2017
J: 294-2016
- IV.** Divorcio por causal. Valoración de la prueba. La prueba debe valorarse en conjunto atendiendo los principios de la sana crítica. La falta de armonía se debe determinar a partir de manifestaciones externas, objetivas que indiquen la imposibilidad de armonía conyugal. 1129
R: 200-2017
J: 2014-12508

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial
año 2017

**RESOLUCIONES DEL PLENO
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA**



FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

PERMANENCIA DEL DELITO DE USURA

RESOLUCIÓN No. 01-2017

Suplemento del Registro Oficial 950, de 22 de febrero del 2017

ANTECEDENTES.-

INFORME TÉCNICO SOBRE FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN SALA PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO

1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

A. El punto de derecho a ser analizado en el presente informe, se encuentra relacionado con el delito de usura previsto en:

Art. 583. Código Penal.- 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 Norteamérica, el que se dedicare a préstamos usurarios.

Art. 585.- Será reprimido con prisión de dos a cuatro años y multa de mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que encubriere, con otra forma contractual cualquiera, la realidad de un préstamo usurario.

B. El sentido y alcance de la disposición legal, ha dado pie a que los diferentes Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en forma reiterada consideren que la consumación del delito de usura perdura en el tiempo con varios actos, configurándose desde el momento que se presta el dinero hasta que cesan los efectos del vínculo de sometimiento.

Del análisis de las sentencias se desprenden elementos importantes, que dan pie a los siguientes problemas jurídicos detectados:

1.1. CUÁNDO CULMINAN LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL VÍNCULO DE SOMETIMIENTO EN EL DELITO DE USURA?

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ha expresado (sentencia penal Caso. 796-2014) que es deber del Tribunal de Casación, en atención a las obligaciones internacionales asumidas por la República del Ecuador, analizar el

delito de usura desde la perspectiva de los derechos humanos garantizados en la Constitución¹ de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales, no pudiendo restringirse a un sentido legalista de un tipo penal que se encuentra recogido en un cuerpo de leyes dictado antes de la Constitución del 2008. La usura, parte de la economía informal del país, moviliza cuantiosos recursos y la ejercen personas inescrupulosas que llenan sus bolsillos valiéndose de la necesidad y urgencia económica de miles de incautos, que caen en sus redes para salir al paso de sus penurias; siendo que en el delito de usura la conducta delictiva se configura cuando el prestamista obliga al prestatario el pago de un interés superior al máximo fijado por ley; abusando de una situación privilegiada que nuestras normas penales no permiten, pues se estaría atentando contra la economía en general.

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 labor 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 para la reproducción de su trabajo y su forma de 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.²

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 permanece 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 extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento**, el que puede presentarse de manera heterogénea, sea por letras de cambio, escrituras públicas, etc.³

Cabe aclarar que los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento, se extinguen en dos circunstancias:

1. Con el último pago de los intereses del préstamo usurario, contraído por la víctima.
2. Cuando la víctima deja de pagar dichas obligaciones y el usurero demanda por vía civil su cobro, hasta la última actuación judicial.

Como vemos el delito de usura no tiene un solo momento consumativo, sino que se puede prolongar en el tiempo con el ejercicio de las acciones judiciales ejercidas por el sujeto activo para el cobro.⁴

¹ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial*, No. 449 (20 de octubre de 2008), arts. 66, numerales 2, 15, 16, 17, 26, 29; 276, numeral 2; 283, 321, 325.

² Resolución Nro. 658-2015, dictada el 14 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 796-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Sylvia Sánchez y Edgar Flores Mier, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

³ Resolución Nro. 689-2015, dictada el 18 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1477-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Jorge Blum y Miguel Jurado, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

⁴ Resolución Nro. 1612-2015, dictada el 16 de julio del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1194-2016; por el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán, Jueza Nacional ponente, doctores Vicente Robalino y Miguel Jurado, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

Por lo expuesto, se 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).

1.2. ES EL DELITO DE USURA UN DELITO CONTINUADO O PERMANENTE?

El delito de usura: ¿delito continuado?. El delito continuado denominado por algunos autores contemporáneos como “unidad de acción continuada” o “continuación delictiva”, tiene lugar en la teoría jurídica como una modalidad especial de ejecución progresiva de determinados tipos penales, que se presenta cuando el sujeto activo realiza varios actos a lo largo del tiempo, en donde cada uno de ellos constituye por sí solo un delito; sin embargo, debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito.

El delito de usura: ¿delito permanente?. El delito permanente consiste en que el agente no sólo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue voluntariamente realizando la acción; en otras palabras, cuando la consumación perdura en el tiempo por un lapso más o menos largo, por cuanto también perdura la lesión del bien jurídico protegido. Es así que la realización del tipo penal de usura se mantiene por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsista el estado antijurídico creado por el mismo, por lo que la consumación se da cuando se termine o abandone la situación antijurídica. En ese momento se podrá afirmar que el acto delictivo se agotó.⁵

Momento de consumación del delito de usura. Al tratar de entender los delitos, se atiende no solo al momento de su consumación sino también a sus antecedentes y a su agotamiento. Es por esto que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ha expresado su criterio con respecto de la consumación del delito de usura, en las diferentes sentencias emitidas por los Tribunales, manifestando que la acción del delito de usura se materializa, en diversos momentos:

1. 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;
2. Cuando el contrato **se perfecciona trasladando las sumas de dinero de una persona a otra;** durante el descuento, es decir, cuando el monto del capital se ha reducido, sin embargo el interés se amplía hasta sobrepasar el límite permitido;
3. **Y permanece mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación,** es decir, mientras el acreedor exija el pago de la deuda y el deudor siga cancelando las cuotas, siguen siendo vulnerados de manera activa sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad, a una vida digna; entre otros.
4. **El delito recién culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.**⁶ *La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial.*

⁵ Velásquez Velásquez, DP, p. 991; id. Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª. Ed., Bogotá, ED. A. Morales, 2010, p. 632.

⁶ Resolución Nro. 810-2015, dictada el 12 de junio del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1642-2014; por el Tribunal conformado por la doctora Rosa Álvarez, Conjueza Nacional ponente, doctoras Gladys Terán (voto salvado) y Zulema Pachacama, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

1.3. ¿PARA QUÉ ES NECESARIO IDENTIFICAR EL MOMENTO CONSUMATIVO EN EL DELITO DE USURA?

Ante esta interrogante se puede sostener que la usura, en realidad se trata de un delito permanente en el cual se debe identificar el momento consumativo para determinar la **prescripción de la acción penal**.

El Art. 101 del Código Penal, derogado, mandaba a diferenciar entre delitos de acción pública y de acción privada, y, si se ha iniciado o no el proceso –desde la audiencia de formulación de cargos-. El delito de usura es de acción pública punido con prisión, por lo que el plazo para la prescripción es de cinco años.

Aplicando este criterio, si dentro de un proceso, el cometimiento del delito de usura, inicia en una fecha determinada con el préstamo que importó intereses mayores a los permitidos por la ley y con base al cual se suscribieron títulos valores con intereses superiores a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador; se puede evidenciar que **el delito permanece con el pago de los intereses, pues, los derechos de la víctima son activamente afectados mientras no se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento**.⁷

Por lo que el plazo para la prescripción de la acción penal, en atención al artículo 101 del Código Penal y considerando que no se haya iniciado el procesamiento, inicia su decurso desde la fecha en la que la víctima cancela su última obligación, estipulada en el préstamo usurario concedido; pero si se deja de pagar dicha prestación, y el sujeto activo inicia una demanda, por vía civil, para el cobro de la obligación principal, la prescripción se contaría desde la última decisión judicial en firme.⁸

Recordemos lo tipificado en el Código Penal, con respecto al delito de usura:

- **Art 583.**-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;
- **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.

Podemos ver que el legislador no ha establecido normativamente, distinción alguna entre la consumación y el agotamiento del delito, cuya delimitación es obra de la dogmática. De lo que podemos colegir que la separación del agotamiento respecto de la consumación tiene consecuencias en tres aspectos:

- a) En cuanto a la participación, porque haría típica la acción del que interviene antes del agotamiento;
- b) En orden a la prescripción porque comenzaría a correr desde el último acto de agotamiento; y
- c) En punto a la realización, que darían lugar a la tipicidad.

⁷ Resolución Nro. 658-2015, dictada el 14 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 796-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Sylvia Sánchez y Edgar Flores Mier, Jueza y Conjuez Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

⁸ Resolución Nro. 1612-2015, dictada el 16 de julio del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1194-2016; por el Tribunal conformado por la doctora Gladys Terán, Jueza Nacional ponente, doctores Vicente Robalino y Miguel Jurado, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

Cabe anotar que existe una doble corriente al abordar el problema de la consumación:

1. Por un lado están quienes estiman la consumación del delito de usura, cuando se cumple la obligación y se pagan los réditos, concibiendo la propiedad como bien jurídico protegido, advirtiendo que el mero pacto sin lesión patrimonial sólo constituiría frustración o tentativa, apareciendo el delito como delito de resultado material, que sólo se consume con la real obtención de un lucro
2. Por otro lado se encuentra aquella posición, según la cual el delito de usura se consume en el instante mismo de concertarse el contrato usurario o el que encubre a éste, lo que obligaría a entender que estamos frente a un delito **sui generis**, “con el que se trata de amparar valores de igual e incluso superior entidad ética y social a los del patrimonio privado, siendo delito de riesgo o de mera actividad en el que no son concebibles otros grados ejecutivos que el pacto usurario, mismo, sin necesidad de efectos económicos materiales en el mundo exterior”. Esta conclusión se explica en razón de los verbos típicos de encubrir, otorgar o dedicarse que utilizan los preceptos y en la ausencia de toda referencia a la cuantía del beneficio o del perjuicio para la determinación de la pena; en cualquier caso, advierte que se trata de un “delito instantáneo pero de efectos permanentes, lo que conlleva que por más que la infracción se consume con la perfección del contrato, mientras éste, que disfraza y encubre el préstamo usurario, perdure y continúe en plena vigencia, permitiendo la percepción de ilegales intereses o el ejercicio de acciones de cualquier clase, no se inicia el cómputo prescriptivo, el que sólo arrancará o comenzará a contarse cuando ese contrato, tras el que por iniciativa del usurero se oculta la verdadera voluntad de las partes, deja de producir efecto”.⁹

2. EL DELITO DE USURA DESDE LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA LEY.¹⁰

- En atención a las obligaciones internacionales asumidas por la República del Ecuador, es necesario analizar el delito de usura desde la perspectiva de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, por lo que no se puede restringir a un sentido legalista, en el entendimiento de un tipo penal recogido en un cuerpo normativo que es preconstitucional (El Código Penal fue publicado en el Suplemento del RO No. 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 Policía Nacional, publicada en el RO No. 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 R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008); ya que la aplicación del desarrollo jurisprudencial basado en ese sentido legalista, resultaría anacrónico y violatorio a los derechos humanos.¹¹

Tomaremos en cuenta las normas del derecho internacional, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Constitución, para un entendimiento justo del delito de usura.

⁹ GARCÍA ARAN, M. Sentido actual y contenido material de la incriminación de la usura, Actualidad Penal No. 15, Madrid 1987, pág. 305.

¹⁰ Resolución Nro. 689-2015, dictada el 18 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1477-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Jorge Blum y Miguel Jurado, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

¹¹ Resolución Nro. 689-2015, dictada el 18 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1477-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Jorge Blum y Miguel Jurado, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos, recoge:

“**Artículo 3.**

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

“**Artículo 4.**

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.”

“**Artículo 17.**

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

“**Artículo 25.**

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

[...]”

“**Artículo 30.**

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”

El instrumento internacional citado, establece que todas las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad, a la propiedad, a un nivel de vida adecuado que asegure su bienestar y el de su familia; así como, prohíbe la esclavitud, la servidumbre, y la interpretación en el sentido de conferir derecho al Estado, grupo o persona para realizar actividades tendientes a la supresión de los derechos y libertades referidas. Es decir, el ejercicio de uno de los derechos anotados anteriormente no puede menoscabar el ejercicio de otro.

2. En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, dice:

“**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)



“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.

[...]

“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.”

“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)

“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)

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) 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;

[...]

“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.”

El Pacto de San José de Costa Rica, del que el Ecuador es Estado parte, le impone respetar y garantizar los derechos recogidos en el referido instrumento internacional, y garantizar su efectivo ejercicio. Además se reconoce y amplía los derechos de las personas a la propiedad privada -que puede estar sometida por la ley al interés social-, a la protección de la honra y la dignidad, a la libertad de asociación con fines económicos -sujeta a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger los derechos y libertades de los demás-; prohíbe de manera expresa la esclavitud y la servidumbre, la usura y la interpretación de la Convención que permita suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos; 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.

Es importante relieves 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.

3. Con 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; dijo

“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 deba 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, de 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 medios 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. [...]”

2. *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.

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 punta 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 claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía a 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 punta 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 [...]”

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 les 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.

3. 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, se estableció:

“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 [...]”

De lo anotado se desprende que la libertad de asociación, debe estar dirigida a la realización común de un fin lícito; 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.

4. 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:

“60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.”

En este sentido, es importante resaltar que la Corte IDH, establece que la función social de la propiedad es un elemento fundamental de la misma, en el contexto de una sociedad democrática.

4. 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: [...]

- 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 y 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 la 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; 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.

[...]

“**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, 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”*

La norma que sirve como criterio para considerar si el interés estipulado en un 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, como las consideraciones convencionales y constitucionales revisadas anteriormente, consideran a la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre.

3. PUNTO DE DERECHO CONCORDANTE

3.1. Los siguientes fallos analizados avalan el punto de derecho concordante antes mencionado:

RESOLUCIONES:	
<p>1)</p>	<p>Resolución Nro. 658-2015, dictada el 14 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 796-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Sylvia Sánchez y Edgar Flores Mier, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.</p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>“(…) 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 continúa 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. (…)”.</p>
<p>PUNTO DE DERECHO CONCORDANTE:</p>	<p>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 continúa mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, por lo tanto, el cometimiento del delito culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.</p>
<p>2)</p>	<p>Resolución Nro. 810-2015, dictada el 12 de junio del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1642-2014; por el Tribunal conformado por la doctora Rosa Álvarez, Conjueza Nacional ponente, doctoras Gladys Terán (voto salvado) y Zulema Pachacama, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.</p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>“(…) La acción del delito de usura se materializa, en diversos momentos: 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; cuando el contrato se perfecciona trasladando las sumas de dinero de una persona a otra; durante el descuento, es decir, cuando el monto del capital se ha reducido, sin embargo el interés se amplía hasta sobrepasar el límite permitido; y continúa mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, es decir, mientras el acreedor exija el pago de la deuda y el deudor siga cancelando las cuotas, pues siguen siendo vulnerados de manera activa sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad, a una vida digna; el cometimiento del delito recién culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento (…)”.</p>
<p>PUNTO DE DERECHO CONCORDANTE:</p>	<p>La acción del delito de usura se materializa en diversos momentos, 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; cuando se traslada las sumas de dinero de una persona a otra; cuando el monto del capital se ha</p>



	<p>reducido y el interés se amplía hasta sobrepasar el límite permitido; continuando mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación hasta culminar con la extinción de los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.</p>
<p>3)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>PUNTO DE DERECHO CONCORDANTE:</p>	<p>Resolución Nro. 689-2015, dictada el 18 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1477-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Jorge Blum y Miguel Jurado, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.</p> <p>“(…) 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 continúa 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. (…)”.</p> <p>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 continúa mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación; culminando cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.</p>
<p>4)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>PUNTO DE DERECHO CONCORDANTE:</p>	<p>Resolución Nro. 745-2015, dictada el 26 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 1723-2014; por el Tribunal conformado por el doctor Vicente Robalino, Juez Nacional ponente, doctores Sylvia Sánchez y Marco Maldonado, Jueza y Conjueza Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.</p> <p>“(…) 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 continúa 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. (…)”.</p> <p>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 continúa 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; culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento, el que puede presentarse de manera heterogénea, sea por letras de cambio, escrituras públicas, etc.</p>

<p>5)</p>	<p>Resolución Nro. 2096-2016 dictada el 26 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 197-2016; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum, Juez Nacional ponente, doctores Zulema Pachacama y Edgar Flores, Conjuces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.</p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>“(…) Para que se configure el delito de usura es necesario que se cumpla con el siguiente elemento objetivo, esto es el cobro sucesivo del interés usurario y que es el carácter continuo de la conducta usuraria, porque se prolonga en el tiempo mediante una serie de actos sucesivos conexos, es decir, derivados de los préstamos usurarios, por lo cual ésta conducta solo cesa cuando se cancela el préstamo y los intereses usurario en su totalidad... Consideran los juzgadores que la usura es un delito que genera un sistema anti-economía bajo la falsa figura del ejercicio de la libertad de contratación que abusa de la necesidad de la víctima, la somete por vía de cobros ilegales y coercitivos, mediante la 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 (...)”.</p>
<p>PUNTO DE DERECHO CONCORDANTE:</p>	<p>Para que se configure el delito de usura es necesario que exista el carácter permanente de la conducta usuraria, ya que ésta se prolonga en el tiempo mediante una serie de actos sucesivos conexos, es decir, derivados de los préstamos usurarios, por lo cual ésta conducta solo cesa cuando se cancela el préstamo y los intereses usurarios en su totalidad.</p>

Fallos expedidos por los diferentes Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de los cuales se pudo extraer la siguiente **regla**:

- ✓ *El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley. La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial.*

4. **CONCLUSIONES:**

1. Los prestamistas se multiplican a lo largo y ancho del territorio ecuatoriano, con el pretexto de auxiliar de la pobreza y necesidad a las personas que no tienen acceso a los créditos en las entidades financieras por sus complejos trámites y requerimientos. Este ilegal negocio ha ganado espacio en las economías de varias provincias del país. Los “prestamistas” facilitan dinero rápido, con elevados intereses, es decir, perciben réditos superiores al máximo permitido por la ley, ya sea de manera directa o camuflada. Con base a la usura muchas personas han acrecentado su haber patrimonial, amasando grandes fortunas respaldadas y aseguradas con documentos como letras de cambio, cheques, pagaré a la orden, prendas o hipotecas.

2. Con la vigencia del COIP se amplió el espectro del bien jurídico protegido en el delito de Usura (Art. 309), siendo considerado en la actualidad un delito económico; ya que al tomar ciertos aspectos socioeconómicos del Ecuador, se evidenció el riesgo que representa al desarrollo de la economía, afectando directamente a la sociedad en general. Por ello la importancia y necesidad de establecer el momento en que se consuma y culmina este delito, con el fin de poder perseguirlo con la rigurosidad del caso.
3. El delito de usura cumple con los requisitos exigidos por el *delito permanente*; porque se exteriorizan varios actos, hasta que se presente agotada la conducta antijurídica, lo cual podrá darse por propia voluntad del autor o de un tercero que dé cuenta del acto ilícito; recordando que este tipo penal es creado por el Estado para evitar el abuso del poder económico de un tercero frente a otro. En vista de que se presenta la permanencia en el tiempo y la dependencia de la voluntad del sujeto activo para que se mantenga este resultado durante un periodo determinado, se cumple así con las exigencias de un delito permanente.
4. Es por ello que para determinar la prescripción de la acción penal, se debe contar el tiempo transcurrido desde que cesó el pago de los intereses usurarios o en su defecto, desde que culminó la última actuación judicial; en caso de haberse iniciado un proceso civil para el cobro, por parte del prestamista usurario. Criterio implícito en las sentencias que fueron motivo de análisis dentro del presente informe.
5. Se han presentado sentencias, 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 al inicio de este informe, de las cuales se ha extraído el siguiente razonamiento:
 - *El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley. La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial.*

RESOLUCIÓN No. 01-2017

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función 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, 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 procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que en principio tiene efectos *inter partes*, se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efectos *erga omnes*:

- a) Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
- b) Remisión de los fallos, que contienen las opiniones reiteradas, al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
- c) Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
- d) Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, 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;

Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la Resolución de aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios;

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

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 dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho:



- a) Resolución Nro. 658-2015, dictada el 14 de mayo del 2015, en el proceso de Usura Nro. 796-2014; conformado el Tribunal por el Doctor Vicente Robalino, como Juez Nacional ponente; Doctora Sylvia Sánchez y Doctor Edgar Flores Mier, Jueza y Conjuez de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.
- b) Resolución Nro. 810-2015, dictada el 12 de junio del 2015, en el proceso de Usura Nro. 1642-2014; conformado el Tribunal por la Doctora Rosa Álvarez, como Conjueza Nacional ponente; Doctora Gladys Terán (voto salvado por el monto de la indemnización) y Doctora Zulema Pachacama, Jueza y Conjueza de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.
- c) Resolución Nro. 689-2015, dictada el 18 de mayo del 2015, en el proceso de Usura Nro. 1477-2014; conformado el Tribunal por el doctor Vicente Robalino, como Juez Nacional ponente; Doctor Jorge Blum y Doctor Miguel Jurado, Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.
- d) Resolución Nro. 745-2015, dictada el 26 de mayo del 2015, en el proceso de Usura Nro. 1723-2014; conformado el Tribunal por el doctor Vicente Robalino, como Juez Nacional ponente; Doctora Sylvia Sánchez y Doctor Marco Maldonado, Jueza y Conjuez de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.
- e) Resolución Nro. 2096-2016 dictada el 26 de mayo del 2015, dentro del proceso de Usura Nro. 197-2016; por el Tribunal conformado por el doctor Jorge Blum, Juez Nacional ponente, doctores Zulema Pachacama y Edgar Flores, Conjueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

Dichas sentencias resuelven los siguientes problemas jurídicos:

1. Momento en el que culminan los efectos jurídicos del delito de usura.
2. Por su resultado y actividad, la usura es un delito permanente.
3. Importancia de identificar el momento consumativo en el delito de usura.

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En éstas sentencias la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en las sentencias citadas:

- a. 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 permanece mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, por lo tanto, el cometimiento del delito culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.
- b. La acción del delito de usura se materializa en diversos momentos, desde que el sujeto activo: 1) presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador; 2) cuando se traslada las sumas de dinero de una persona a otra; 3)

cuando el monto del capital se ha reducido y el interés se amplía hasta sobrepasar el límite permitido; permaneciendo mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación hasta culminar con la extinción de los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.

- c. 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 permanece mientras exista el sometimiento del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación; culminando cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento.
- d. 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 permanece mientras el acreedor exija el pago de la deuda y el “deudor” siga cancelando cuotas de la misma, ya que permanecen vulnerados de manera activa sus derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad, y a una vida digna; culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de sometimiento, el que puede presentarse de manera heterogénea, sea por letras de cambio, escrituras públicas, entre otros.
- e. Para que se configure el delito de usura es necesario que exista el carácter permanente de la conducta usuraria, ya que ésta se prolonga en el tiempo mediante una serie de actos sucesivos conexos, es decir, derivados de los préstamos usurarios, por lo cual ésta conducta solo cesa cuando se cancela el préstamo y los intereses usurarios en su totalidad.

Que como resultado del desarrollo de esa línea argumental, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia expuso lo siguiente:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La acción del delito de usura se materializa, en diversos momentos: desde que el infractor presta una cantidad de dinero con un interés mayor a la tasa activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador. Cuando el contrato se perfecciona trasladando las sumas de dinero de una persona a otra. Durante el descuento, es decir, cuando el monto del capital se ha reducido; sin embargo, el interés se amplía hasta sobrepasar el límite permitido.

Permanece mientras exista la subordinación del sujeto pasivo al cumplimiento de la obligación, esto es, si el acreedor exige el pago de la deuda con los intereses ilegales y el deudor siga cancelándola, pues permanecen vulnerados de manera activa sus derechos como a la propiedad, a una vida digna, entre otros.

Esta conducta concluye cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación; es decir, cuando termina de pagar los intereses usurarios o en su defecto la obligación de la que deviene los intereses ilegales o cuando se ha iniciado un proceso civil para el cobro, se dicta la última actuación judicial que culmina la afectación.

En uso de la atribución prevista en los artículos 184.2 de la Constitución de la República y 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial,



RESUELVE:

Art. 1.- Atender la solicitud de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y por tanto, aprobar el informe técnico, remitido por la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas.

Art. 2.- Ratificar el criterio jurídico reiterado de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

- a. Resolución Nro. 658-2015, dictada el 14 de mayo del 2015, en el proceso de usura Nro. 796-2014
- b. Resolución Nro. 810-2015, dictada el 12 de junio del 2015, en el proceso de usura Nro. 1642-2014
- c. Resolución Nro. 689-2015, dictada el 18 de mayo del 2015, en el proceso de usura Nro. 1477-2014
- d. Resolución Nro. 745-2015, dictada el 26 de mayo del 2015, en el proceso de usura Nro. 1723-2014
- e. Resolución Nro. 2096-2016, dictada el 26 de mayo del 2015, en el proceso de usura Nro. 197-2016

Art. 3.- DECLARAR COMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: *“El delito de usura se comete desde que el sujeto activo al realizar un préstamo de dinero cobra al sujeto pasivo un interés mayor que el permitido por la ley. La acción permanece mientras el sujeto pasivo es sometido al cumplimiento de la obligación y culmina cuando se extinguen los efectos jurídicos del vínculo de subordinación, esto es al terminar de pagar los intereses usurarios o en su defecto si se ha demandado el pago de la obligación hasta cuando se dicta la última actuación judicial para su ejecución”.*

Art. 4.- Disponer que la Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización; y, al Registro Oficial para su inmediata publicación.

Art. 5.- Ésta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para ésta Corte Nacional de Justicia, 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 once días del mes enero de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo (V.C.), 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. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Edgar Flores Mier, CONJUECES NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

LA JUBILACIÓN PATRONAL ES UN BENEFICIO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE A LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO INTEMPESTIVO, RETIRO VOLUNTARIO, DESAHUCIO O CUALQUIER OTRA FORMA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL; POR TANTO, EL DERECHO A PERCIBIR JUBILACIÓN PATRONAL NO ESTÁ INMERSO DENTRO DE LAS LIMITACIONES EN LOS MANDATOS CONSTITUYENTES Nos. 2 Y 4

RESOLUCIÓN No. 02-2017

Suplemento No. 1 del R.O. 962 de 14 de marzo de 2017

ANTECEDENTES

INFORME TÉCNICO SOBRE FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I.- PROPUESTA

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ha considerado la siguiente propuesta de acuerdo a los fallos que se adjuntan y que coinciden en un mismo punto de derecho:

JUBILACIÓN PATRONAL NO ESTA LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUYENTES NROS 2 Y 4.- *La jubilación patronal establecida en el Art. 216 del Código del Trabajo, es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral; por tanto, el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones en los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4.*

Propuesta que se lo fundamenta en los siguientes casos así:

- a) Juicio Nro. 0160-2014 - Resolución Nro. 0953-2014, de fecha 26 de noviembre de 2014, a las 09h27, por el Tribunal conformado por el Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Wilson Merino Sánchez y Dr. Jorge Blum Carcelén, Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
- b) Juicio Nro. 0069-2014- Resolución Nro. 0131-2015, de fecha 07 de abril del 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Efraín Duque Ruíz y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Conjuez y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.



- c) Juicio Nro. 0100-2014 - Resolución Nro. 0136-2015, de fecha 9 de abril del año 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Efraín Duque Ruíz y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Conjuez y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
- d) Juicio Nro. 0102-2014, Resolución Nro. 0307-2015 de fecha 22 de junio del 2014, a las 11h05, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, como Juez Ponente, Merck Benavides Benalcázar y Dr. Efraín Duque Ruíz, Juez y Conjuez de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia.
- e) Sentencia Nro. 0104-2014 - Resolución Nro. 0542-2015, de fecha 08 de octubre de 2015, a las 8h29, por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Ponente, Dra. Paulina Aguirre Suárez y Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia Jueza y Juez de la Corte Nacional de la Sala Especializada de lo Laboral.
- f) Sentencia Nro. 1682-2013- Resolución Nro. 0526.2016, de fecha 28 de Julio del 2016, a las 16h25, por el Tribunal conformado por el Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia Jueza y Juez de la Corte Nacional de la Sala Especializada de lo Laboral.

II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar, entre otros, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica; derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en instrumentos de origen internacional, y en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

Así nuestra Constitución establece:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

“**Art. 184.-** Serán funciones 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.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras u servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

Art. 185.- Las sentencias emitidas por la Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reitren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, 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”.

Con relación a la Propuesta el Código Orgánico de la Función Judicial instituye;

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“Art. 182.- Precedentes jurisprudenciales.- 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”.

Para la realización del procedimiento de la propuesta para el precedente, se lo realiza en base a las siguientes resoluciones que se detallan a continuación:

RESOLUCIÓN NRO. 069-2016 CONSEJO DE LA JUDICATURA

El Pleno del Consejo de la Judicatura, con fecha veinticinco de abril del dos mil dieciséis mediante Resolución 069-2016, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 756, de 17 de mayo de 2016 de 17 de mayo del 2016, expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia.

RESOLUCIÓN NRO. 0135-2016 CONSEJO DE LA JUDICATURA

El Pleno del Consejo de la Judicatura, con fecha nueve de agosto del dos mil dieciséis mediante Resolución 135-2016, expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia.

RESOLUCIÓN NRO. 1A -2016 (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA)

La Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 1A-2016, Publicada en el Registro Oficial 767 del 2 de junio del 2016, implementa el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, unificación de la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la Resolución de la aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.



DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para una adecuada cimentación del precedente jurisprudencial y una mejor comprensión de la propuesta se determinan y desarrollan los siguientes problemas jurídicos

- a) El derecho a la jubilación Patronal es independiente y autónomo de las indemnizaciones y bonificaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral?
- b) La Jubilación Patronal no está limitada por los límites establecidos en los Mandatos 2 y 4?

ARGUMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS POR PARTE DE LA SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Del análisis de las sentencias se desprenden los siguientes problemas jurídicos detectados en las resoluciones:

- a) **El derecho a la jubilación Patronal es independiente y autónomo de las indemnizaciones y bonificaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral?**

*El derecho a la jubilación patronal laboral es autónomo e independiente, acceden al mismo las trabajadoras y trabajadores que han cumplido el período de labor para un mismo empleador previsto en la ley y se acogen a este derecho, consiste en el pago de una pensión mensual vitalicia más otros beneficios, que excepcionalmente pueden ser sustituidos por el pago de un monto global establecido de mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador calculado en la forma prevista en la ley y que tiene como finalidad garantizar el sustento de las personas que han cumplido con la etapa de su vida económicamente activa, de tal manera que por su concepto y naturaleza es **totalmente distinto a las indemnizaciones por despido intempestivo, desahucio, renuncia voluntaria, supresión de partida, o de cualquier otra forma prevista en la Ley; por lo tanto, es absolutamente distinto a las indemnizaciones por despido intempestivo o cualquier otra fórmula de terminación de la relación laboral, y el monto pagado esté dentro de los límites previstos en el Mandato Constituyente Nro. 4, aquel pago incluye el beneficio de la jubilación patronal o jubilación proporcional, toda vez que el referido Mandato regula exclusivamente el monto máximo de indemnizaciones y no contiene disposición alguna que regule el pago de la pensión de jubilación patronal, menos aun de que aquella este incluida dentro de la indemnización por despido intempestivo.***

La Constitución de la República del Ecuador, sobre el derecho al trabajo establece:

Art. 33. “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y 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 desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

El Código del Trabajo sobre la Jubilación Patronal, establece:

Art. 216.- “Jubilación a cargo de los empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continua o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo a 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 servicio 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) Fondo de reserva tenga derecho el trabajador, y,

b) La suma equivalente al 5% del promedio de la remuneración anual, de los últimos cinco años y esta 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 beneficio de doble jubilación.*

3.- *El trabajador jubilado, podrá pedir que el empleador le garantice la pensión - o depositarle en el IESS, el capital correspondiente para que este le jubile por su cuenta como la que tiene que pagar el empleador - o le entregue el empleador un fondo global en base a un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinadas en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio

El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador, y,

4.- *En caso de liquidación o prelación de créditos, quienes estuvieren en goce de jubilación, tendrán derecho preferente sobre los bienes liquidados o concursados y sus créditos figurarán entre los privilegiados de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.*

La doctrina respecto a la jubilación Patronal se Pronuncia:

Julio César Trujillo, en su obra “Derecho del Trabajo”¹, manifiesta.- *“El artículo 221 (actual 216) del Código del Trabajo, en su primer inciso que los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continua o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores..... ”*

“El texto de la Ley es claro, de una parte constituye titulares del derecho “a ser jubilados” a los trabajadores sin discriminación alguna, lo que equivale a decir que tienen derecho a la jubilación todos los trabajadores sin distinción de sexo, raza, nacionalidad, estado civil, rama o modalidad del trabajo, etc.; sin embargo, en el foro se ha suscitado la discusión en torno a la cuestión de que si tienen o derecho a la jubilación a cargo del empleador los trabajadores que tienen derecho al seguro de vejez otorgado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad

¹ Trujillo Julio César “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Ediciones PUCE-Quito-Segunda Edición 1996, Págs.425, 426
1.-Trujillo Julio César “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Ediciones PUCE-Quito-Segunda Edición 1996, Págs.425, 426

Social, toda vez que de tenerlo, estos trabajadores gozarían de doble jubilación, una otorgada por el empleador y otra por el IESS...”

El argumento invocado por quienes niegan el derecho a la jubilación a cargo del empleador para los trabajadores con derecho al seguro de vejez es precisamente el que no cabe que unos trabajadores gocen de dos jubilaciones, mientras los más no tienen derecho a una sola y la Corte Suprema de Justicia ha añadido además la tesis de que esta jubilación ha sido establecida transitoriamente hasta cuando el Seguro social Obligatorio conceda el beneficio de la jubilación a los trabajadores afiliados al IESS, de donde se ha deducir que quienes tienen derecho a reclamar este beneficio del IESS no tienen derecho a reclamar otro igual o por el mismo concepto del empleador; una la jubilación a su cargo y otra el pago de los aportes patronales al IESS para el financiamiento del seguro de vejez o jubilación”

....[....]. Los trabajadores que no perciban más que la jubilación del empleador tiene derecho a una pensión igual, por lo menos, a la remuneración mínima vital mensual, Art.4 de la Ley promulgada en el R.O. de 19 de noviembre de 1979, pero si perciben junto con la jubilación del empleador la del IESS, la primera no puede ser inferior al 50% por ciento del sueldo o salario mínimo vital y la segunda al 100% del mismo; Arts. 7 de la Ley No. 137, 9 de la Ley 153,4 de la Ley 1979 y 02, ya citadas.

....[....].El único requisito que exige la Ley para que nazca el derecho a la jubilación es que el trabajador haya prestado servicios al mismo empleador por veinticinco años, por lo menos; sea que la prestación de servicios haya sido continuada, sin interrupción alguna en ese lapso o sea que haya habido interrupción en la prestación de los servicios caso en el cual se sumarán todos los meses, días o años que en cada período haya laborado el trabajador para el mismo empleador, debe eso sí tratarse del mismo empleado, y por esto es que si en un negocio se suceden varios propietarios aunque el sucesor es solidariamente responsable con el antecesor por el pago del fondo de reserva no es en cambio para el efecto de sumar los tiempos de servicio que dan derecho a la jubilación.

Manuel Alonso García en su obra titulada “CURSO DEL DERECHO DEL TRABAJO”, sobre la Jubilación dice:

² *“En cuanto a la jubilación del Trabajador, la inclusión de esta causa entre las dependientes de voluntad de las partes, se hace en base a que, a menos dentro de un límite determinado de edades, la jubilación sigue siendo un derecho, y no una obligación, del trabajador, cuya causa extintiva él, y solo él, puede poner en marcha. De todas formas, hay que hacer forzosamente referencia aquí, y al abordar este tema, a la Disposición Adicional 5ª del Estatuto que con un criterio dudosamente constitucional fijaba la edad de jubilación forzosa en los sesenta y nueve años. Si a ello se añade la propia Disposición mencionada establece que “en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación”, es claro que, en tal caso, y en general de los 69 años (si se conceptúa esta norma como constitucional) la jubilación del trabajador se convierte en una causa extintiva independiente de la voluntad de las partes, de efectos automáticos, llegada la edad que se fije como límite para trabajar, sin perjuicio de que la voluntad del propios trabajador continúe operando como determinante en aquellos otros supuestos en que pueda, si quiere, jubilarse, pero sin hallarse obligado a ello”.*

b) La Jubilación Patronal se encuentra en los límites establecidos en los Mandatos 2 y 4? La jubilación patronal es un derecho irrenunciable del trabajador adquirido con el tiempo y por haber cumplido con los requisitos legales para adquirirla.- El Art. 216 del Código del Trabajo establece “Los trabajadores que por veinte y cinco años más hubieran prestado servicios, continua o interrumpidamente, tendrán derecho a ser

² - Alonso García Manuel, “Curso de Derecho del Trabajo” Octava Edición, Actualizada – Editorial Ariel, S.A., Barcelona, Págs. 554, 555

jubilados por sus empleadores de acuerdo a las siguientes reglas:(.....)”, por lo que este beneficio no está inmerso en las limitaciones de los referidos Mandatos Constituyentes 2 y 4

El Mandato Constituyente Nro. 2

Artículo 8.- Liquidaciones e indemnizaciones.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán planificadamente, el número máximo de renunciadas a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.

Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en su total.

Todos los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones indicadas en el presente artículo, no podrán reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento.

Doctrinariamente la Corte Constitucional con respecto al tema de estudio en una de sus sentencias argumenta:

La Corte Constitucional de fecha 9 de diciembre del 2010 con número 004-10-SAN-CC; Caso N° 0069-09-AN- Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Hernando Morales Vinuesa³

Cuáles son los contenidos y objeto del Mandato Constituyente N° 2?

El objetivo del referido Mandato se encuentra enunciado en dos consideraciones siguientes:

- a) Que la Asamblea Nacional Constituyente debe contribuir a erradicar los privilegios remunerativos y salariales, eliminando las distorsiones generadas por la existencia de remuneraciones diferenciadas que se pagan en algunas entidades públicas, y

³ Sentencia de la Corte Constitucional de fecha 9 de diciembre del 2010 con número 004-10-SAN-CC; Caso N° 0069-09-AN- Juez Constitucional Sustanciador: Dr. Hernando Morales Vinuesa

b) Que algunas entidades del Estado o que se financian con recursos del sector público, a pretexto de su autonomía, han fijado remuneraciones mensuales y salarios que violentan el principio básico de: “a igual trabajo igual remuneración”.-Consecuentemente, el Mandato Constitucional tuvo como objetivo sentar las bases que permitieran superar desviaciones injustificadas en el sistema remunerativo en el sector público por la existencia de grandes diferencias de salarios y remuneraciones, determinantes de situaciones privilegiadas, atentatorias al derecho a la igualdad.

En este sentido, el Mandato estableció límites máximos de ingresos mensuales para determinados funcionarios, así como valores máximos a percibir por concepto de indemnizaciones y liquidaciones por eventos que significan la desvinculación de los servidores públicos de sus respectivas instituciones, además de otras disposiciones conexas al tema que, para efecto del presente análisis, no son de relevancia.

Al respecto el Mandato Constituyente 4 inciso dos determina:

Las indemnizaciones por despido intempestivo, del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato No.2, aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de enero del 2008, acordados en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado.

Ninguna autoridad, juez o tribunal podrá declarar como derecho adquirido, ni ordenar el pago, de una indemnización por terminación de relaciones laborales, bajo la figura de despido intempestivo por un monto superior al establecido en el inciso anterior.- De las normas en referencia citadas en las sentencias que constituyen el precedente se establece que los trabajadores amparados por el Código del Trabajo están inmersos en el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente Nro. 2; en el caso de indemnizaciones, con los límites señalados en los mismos; límites que de ningún modo regulan el beneficio de la Jubilación Patronal cancelado por acuerdo entre las partes en un monto global.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

1. CRITERIOS COINCIDENTES O REITERATIVOS

1.1. INFORME:

RESOLUCIONES:	
<p>1)</p>	<p>Juicio Nro. 0160-2014 - Resolución Nro. 0953-2014, de fecha 26 de noviembre de 2014, a las 09h27, por el Tribunal conformado por el Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Wilson Merino Sánchez y Dr. Jorge Blum Carcelén, Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.</p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>En el juicio laboral seguido por Eduardo Crespo Ávila contra la Compañía Guapan S.A. y Procurador General del Estado, el actor y la demandada presentan recursos de casación, fundamentándolos en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. El actor acusa la falta de aplicación del Art. 216 del Código del Trabajo y errónea interpretación de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente Nro. 8, en tanto que la demandada, Guapan S.A., la infracción del artículo 76, numeral 7 letra I) de la Constitución.</p>
<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p><i>“Por todo lo expuesto se establece que al ser la jubilación patronal una institución reconocida en materia laboral por nuestra legislación, que para beneficiarse de ella necesita cumplir los requisitos que establece el Código del Trabajo, es considerada como un derecho y por ningún concepto puede ser entendida como una indemnización, a consecuencia de lo cual la afirmación de la parte demandada y de la Procuraduría General del estado en el sentido de que al haberse cancelado al actor valores por indemnización de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 y que por tal circunstancia esa cantidad entregada al actor se hallen valores correspondientes por concepto de jubilación patronal, no tiene sentido jurídico por lo antes indicado, ya que se reitera que la jubilación patronal, no tiene sentido jurídico por lo antes indicado, ya que se reitera que la jubilación patronal no es una indemnización sino una obligación laboral para la parte empleadora y un derecho para el trabajador ”</i></p>
<p>2)</p>	<p>Juicio Nro. 0069-2014, Resolución Nro. 0131-2015, de fecha 07 de abril del 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Efraín Duque Ruíz y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Conjuez y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia</p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>El actor y el Representante de la Procuraduría General del Estado interponen recurso de casación, fundamentan sus recursos en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. El actor considera infringidas son el Art. 216 del Código del Trabajo y Disposición Transitoria del Mandato Constituyente Nro. 8, y las normas que considera infringidas la parte demandada son: Art. 76.7 L) de la Constitución de la República y artículo 1 del Mandato Constituyente 4. Por su parte la Procuraduría General del Estado establece en su recurso como infringidas las siguientes normas: Art. 188 inciso séptimo del Código del Trabajo, y Art.1 del Mandato Constituyente Nro. 4; argumenta en su recurso se refiere a las cláusulas de los contratos colectivos y lo que el actor reclama es la jubilación patronal determinada en el Art. 216 del Código del Trabajo, disposición</p>



<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>que no se aplica y se encuentra vigente. Con respecto al recurso interpuesto por la Procuraduría General del Estado, invoca la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4, señala que la Sala, sin efectuar un análisis de la realidad procesal, acoge como propia toda la alegación que formula la parte actora, que pretende que el Estado Ecuatoriano pague al actor una jubilación patronal, desde la fecha en que terminó la relación laboral, sin considerar que la indemnización que se le pagó al recurrente por despido intempestivo ya le cancelaron en forma oportuna como consta en el finiquito, es decir que se le pagó una indemnización que se encuentra dentro del límite establecido en el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4. Con respecto al recurso interpuesto por la parte demandada argumenta que existe errónea interpretación del Art. 1 del Mandato Constituyente. Afirma que el trabajador fue separado de sus funciones por despido intempestivo, pero que se le recompensó por este hecho, con el techo máximo que la Ley permite.-La Sala Especializada de lo Laboral, una vez y estudiado el recurso casa la sentencia.</p> <p><i>La empresa demandada tiene como accionistas al Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y al Banco Nacional de Fomento, por lo que cuenta en su totalidad con recursos del Estado según se desprende de Catastro de las entidades y Organismos del sector público, a las que se refiere el Art. 2 del Mandato Constituyente Nro. 4, por lo que las indemnizaciones que por concepto de despido intempestivo se paguen a los trabajadores de la Compañía demandada deben tener límites de acuerdo a lo establecido en el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 al que se hizo referencia como ocurre en la liquidación del acta de finiquito que consta en el proceso, la jubilación patronal es un derecho irrenunciable del trabajador adquirido por la sola consecuencia del transcurso del tiempo y por haber cumplido con los requisitos legales para adquirirla, así en la especie el accionante ha cumplido treinta y un años bajo la dependencia de la entidad demandada, por lo que tiene derecho a percibir la jubilación patronal mensual vitalicia prevista en el Art. 216 del Código del Trabajo, por lo que este beneficio no está inmerso en las limitaciones del referido artículo 1 del Mandato Constituyente Nro.4.</i></p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>3) Juicio Nro. 0100-2014, Resolución Nro. 0136-2015, de fecha 9 de abril a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Efraín Duque Ruíz y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidía, Conjuez y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>El actor, el demandado y el Representante de la Procuraduría General del Estado interponen recurso de casación.-La parte demandada fundamenta su recurso en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; por su parte el actor y el Representante de la Procuraduría General del Estado fundamentan sus recursos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; las normas que considera infringidas el actor son: artículo 216 del Código del Trabajo y Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente Nro. 8, las normas que considera infringidas la parte demandada son: Art. 76.7.L) de la Constitución de la República y artículo 1 del Mandato Constituyente 4. Por su parte la Procuraduría General del Estado establece en sus recursos como infringidos las siguientes normas: artículo 188 inciso séptimo del Código del Trabajo, y artículo 1 del Mandato Constituyente No. 4.- <i>El actor interpone su recurso la errónea interpretación de la disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente Nro. 8, porque esta disposición se refiere a las cláusulas de los contratos colectivos y lo que</i></p>

el actor reclama es la jubilación patronal determinada en el artículo 216 del Código del Trabajo. El representante de la Procuraduría General del Estado, argumenta errónea interpretación del artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4, pues señala que la Sala sin efectuar un análisis de la realidad procesal, acoge como propia toda la alegación que formula la parte actora, que pretende que el Estado Ecuatoriano pague al actor una jubilación patronal a partir del término de la relación laboral, sin considerar que la indemnización que se le canceló al recurrente por despido intempestivo, como consta del acta de finiquito, indemnización que se encuentre dentro del límite establecido en el artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4. Que, **pagar valores adicionales a los techos que establece el Mandato bajo denominaciones, es decir, indemnización por despido, otra indemnización por desahucio, y otra por la indemnización por los beneficios de la contratación colectiva, cada una en forma independiente**, que en la sentencia impugnada existe aplicación indebida del inciso séptimo del artículo 188 del Código del Trabajo, puesto que el Mandato Constituyente Nro. 4 busca poner límites a todos los rubros que le corresponden por el hecho de la terminación de la relación laboral. Por su parte la demandada argumenta que existe errónea interpretación del artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4, e interpretan erróneamente la norma como que si aquella pusiera un límite únicamente a la indemnización por despido intempestivo cuando lo que hace la norma **es poner límites a (todos) los pagos que puedan hacerse por el hecho de la terminación de la relación laboral.**-La Sala Especializada de lo Laboral, una vez y estudiado el recurso casa la sentencia.

**RATIO
DECIDENDI:**

La empresa demandada tiene como accionistas al Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y al Banco Nacional de Fomento, por lo que cuenta en su totalidad con recursos del Estado según se desprende de Catastro de las entidades y Organismos del sector público, a las que se refiere el Art. 2 del Mandato Constituyente Nro. 4, por lo que las indemnizaciones que por concepto de despido intempestivo se paguen a los trabajadores de la Compañía demandada deben tener límites de acuerdo a lo establecido en el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 al que se hizo referencia como ocurre en la liquidación del acta de finiquito que consta en el proceso, ahora bien, la jubilación patronal es un derecho irrenunciable del trabajador adquirido por la sola consecuencia del transcurso del tiempo y por haber cumplido con los requisitos legales para adquirirla, así en la especie el accionante ha cumplido más de cuarenta y un años bajo la dependencia de la entidad demandada, por lo que tiene derecho a percibir **la jubilación patronal mensual vitalicia prevista en el Art. 216 del Código del Trabajo, por lo que este beneficio no está inmerso en las limitaciones del referido artículo 1 del Mandato Constituyente Nro.4**

- 4) **Juicio Nro. 0102-2014, Resolución Nro. 0307-2015**, de fecha 22 de junio del 2014, a las 11h05, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, como Juez Ponente, Merck Benavides Benalcázar y Dr. Efraín Duque Ruíz, Juez y Conjuez de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia.

ABSTRACT:

En el juicio laboral seguido por Néstor Cárdenas Orellana, contra la Empresa Guapan S.A. Y Procurador General del Estado, la parte demandada interpone recurso de casación, fundamenta en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del Art. 216 del Código del Trabajo y errónea interpretación de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente Nro. 4 e indebida aplicación del artículo 188 del Código del Trabajo.



<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p><i>“De lo que se concluye que por su naturaleza jurídica la jubilación patronal no se halla dentro del ámbito de las indemnizaciones, ya que esta no surge a consecuencia de un daño causado en la persona de la o el trabajador o por efecto de riesgo o enfermedades profesionales sufridos por aquellos; sino como el mismo artículo 216 del Código del Trabajo contempla, es un derecho que se halla regulado en el ámbito laboral y en nuestro ordenamiento jurídico de ahí que es conocido las dos clases de jubilación patronal que se registran en nuestra legislación; una, cuando la o el trabajador ha prestado sus servicios lícitos y personales, continua o interrumpidamente, por el lapso de veinticinco años o más, surge el derecho a ser jubilado por la parte empleadora, mismo que puede ser reconocido voluntariamente y si ello no ocurre debe ser declarado en juicio laboral oral por juezas o jueces del trabajo; dos, cuando el trabajador hubiere cumplido veinte años, y menos de veinte y cinco años de trabajo continuada o ininterrumpidamente, en tanto y en cuanto la relación laboral haya concluido mediante despido intempestivo por parte del empleador o empleadora; y en caso de pago directo de un fondo global por concepto de jubilación patronal del modo que se indicó con anterioridad. Por todo lo expuesto se establece que al ser la jubilación patronal una institución reconocida en materia laboral por nuestra legislación que para beneficiarse de ella necesita cumplir los requisitos que establece el Código del Trabajo es considerada como un derecho y por ningún concepto puede ser entendida como una indemnización, a consecuencia la afirmación de la parte demandada y de la Procuraduría General del Estado en el sentido de que al haberse cancelado al actor los valores por indemnización de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 y por tal circunstancia esa cantidad entregada al actor se hallen valores correspondientes por concepto de jubilación patronal, no tiene sentido jurídico por lo antes indicado, ya que se reitera que la jubilación patronal no es una indemnización sino una obligación laboral para la parte empleadora y un derecho para el trabajador...”</i></p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>5) Juicio Nro. 0104-2014, Resolución Nro. 0542-2015, de fecha 8 de octubre del 2015, a las 8h29, por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Ponente, Dra. Paulina Aguirre Suárez y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia Jueza y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>El actor, el demandado y la Procuraduría General del Estado, interponen recurso de casación; el recurso que interpone la Procuraduría General del Estado lo fundamenta en la causal primera del Art.3 de la Ley de Casación y como normas infringidas el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 y el Art. 188 inciso séptimo del Código del Trabajo. Contrae su recurso; en que existe aplicación indebida del inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo y errónea interpretación del Art. 1 del Mandato Constituyente No. 4.- En cuando al recurso interpuesto por la parte actora, fundamenta su recurso en la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación, argumentando que las normas infringidas en el fallo son: el Art. 216 del Código del Trabajo, por falta de aplicación, y la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 8., por errónea interpretación. En lo principal alega que el fallo interpreta erróneamente la mencionada Disposición Transitoria, pues esta se refiere a las causas de los contratos colectivos, y lo que reclama es la jubilación patronal consagrada en el Art. 216 del Código del Trabajo y que no se aplica en el fallo. Y con respecto al recurso interpuesto por la parte demandada, fundamentan su recurso en las causales primera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, señalando como normas infringidas las contenidas en el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 y el</p>

	<p>Art. 76.7.1) CRE; argumenta en su recurso errónea interpretación del Art. 1 del Mandato Constituyente 4, que los jueces provinciales interpretan erróneamente esta norma como si el límite establecido es únicamente a la indemnización por despido intempestivo, cuando lo que hace es poner límite a todos los pagos que pueden hacerse por terminación de la relación laboral; con respecto a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, manifiesta que no se establece en forma expresa, clara, completa, legítima y lógica porque el rubro jubilación no está incluido en dicho límite, simplemente se dice que el texto del Art. 1 del Mandato Constituyente es claro. La Sala Especializada de lo Laboral, una vez y estudiado y analizado el recurso, casa la sentencia.</p>
<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p><i>En el presente caso, se establece en forma clara las distinciones de las pretensiones del trabajador, por un lado las contenidas en el Mandato No. 4, es decir, las indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones causadas por el despido intempestivo, las cuales como bien señalan los jueces de instancia se cancelaron de conformidad al acta de finiquito que consta en el expediente, con los límites fijados en la norma citada; y, por otro lado su derechos a la jubilación que no guarda ninguna relación, al tratarse de un derecho autónomo adquirido por el trabajador en virtud de haber laborado por más de 40 años para la entidad demandada, derecho de origen distinto. Por lo tanto y dado que la naturaleza de la jurídica de la jubilación es diversa al de aquellos derechos cuyo límite se encuentra contenido en el Mandato Constituyente Nro. 4, no se puede asimilar como si se tratará de una indemnización, bonificación o contribución, si de ninguna forma se encuentra incluida dentro del referido Mandato.</i></p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>6) Sentencia Nro. 1682-2013, Resolución Nro. 0526-2016 de fecha 28 de julio del 2016, a las 16h25, por el Tribunal conformado por el Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Jueza y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La parte actora interpone recurso de casación, establece como infringidas: Art. 11 numeral 4, 229, 326 numeral 2 424, 425 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 1 del Mandato Constituyente No. 4; artículos 40, 69, 111, 113, 188 del Código del Trabajo; y Resolución de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 601, Segundo Suplemento de 21 de diciembre de 2011. Funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación.- La parte actora en su argumentación principal hace referencia al Acta de Finiquito suscrita por la parte actora y la parte demandada, considera como acusación principal que a “[.....] a más de la indemnización recibida, trata de conseguir que los jueces le beneficien económicamente en más de otros rubros, a sabiendas que existen Mandatos Constituyentes que no permiten, con sanciones, de proceder en contrario [...]”, efectuando un análisis del alcance del Decreto Ejecutivo 183 publicado en el R.O. No. 489 de 12 de junio del 2011 referente a las reformas al Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como el alcance de los Mandatos Constituyentes No. 1, 2 artículos 8 y 9, sin que se evidencie que se haya pronunciado respecto a la jubilación patronal que ha solicitado la actora provocando de esta manera que exista una falta de aplicación del artículo 216 del Código del Trabajo, al haber establecido el tribunal ad quem que la jubilación se encuentra dentro de las limitaciones a las que hace referencia el Mandato Constituyente 2 lo cual constituye un erro, pues la jubilación es un derecho que nace de la obligación prevista en el artículo 216</p>



**RATIO
DECIDENDI:**

ibídem, y que no está comprendida dentro de las indemnizaciones y bonificaciones a las que hace referencia el Mandato, en tal sentido se procede a realizar el cálculo de la jubilación patronal observando lo dispuesto en el Art. 216 del Código del Trabajo.- La Sala Especializada de lo Laboral, una vez y estudiado y analizado el recurso, casa la sentencia.

En el presente caso como bien lo analiza el Tribunal ad quem, la pretensión de la actora en su demanda ha sido la que le beneficie económicamente en otros rubros pese haber sido liquidados los que legalmente le corresponden, sin considerar que los Mandatos Constituyentes enuncian valores referenciales que constituyen un límite máximo de pago, los cuales deben ser observados por las autoridades competentes, en tal sentido y siendo que en el acta de finiquito que impugna la actora se le ha reconocido los valores correspondientes por los reclamos estableciendo un monto total, el que ha sido ajustado a los límites que establece el referido mandato.

1.2.- REGLA:

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

JUBILACIÓN PATRONAL NO ESTA LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUYENTES NROS 2 y 4.- *La jubilación patronal establecida en el Art. 216 del Código del Trabajo, es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral; por tanto, el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones en los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4.*

RESOLUCIÓN No. 02-2017

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador señala que 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.

Que el Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador establece: *“El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de la realización personal y 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 escogido o aceptado.”*

Que los artículos 184.42 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función 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, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que este 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 dicho procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que en un principio efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efectos *erga omnes*:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presente similar patrón fáctico;
- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
- Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que el Pleno de la Corte Nacional le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, 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;

Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, Publicada en el Registro Oficial 767 del 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización de Líneas Jurisprudenciales, unificación de la estructura de la Resolución de aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios;

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho:

- a) Juicio Nro. 0160-2014 - Resolución Nro. 0953-2014, de fecha 26 de noviembre de 2014, a las 09h27, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Wilson Merino Sánchez y Dr. Jorge Blum Carcelén, Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
- b) Juicio Nro. 0069-2014, Resolución Nro. 0131-2015, de fecha 07 de abril del 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Efraín Duque Ruíz y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Conjuez y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
- c) Juicio Nro. 0100-2014, Resolución Nro. 0136-2015, de fecha 9 de abril del año 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Efraín Duque Ruíz y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Conjuez y Juez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.



- d) Juicio Nro. 0102-2014, Resolución Nro. 0307-2015 de fecha 22 de junio del 2014, a las 11h05, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, como Juez Ponente, Merck Benavides Benalcázar y Dr. Efraín Duque Ruíz , Juez y Conjuez de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia.
- e) Juicio Nro. 0104-2014, Resolución Nro. 0542-2015, de fecha 08 de octubre de 2015, a las 8h29, por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Ponente, Dra. Paulina Aguirre Suárez y Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia Jueza y Juez de la Corte Nacional de la Sala Especializada de lo Laboral.
- f) Juicio Nro. 1682-2013, Resolución Nro. 0526.2016, de fecha 28 de Julio del 2016, a las 16h25, por el Tribunal conformado por el Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo y Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia Jueza y Juez de la Corte Nacional de la Sala Especializada de lo Laboral.

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

La Sala de lo Laboral d la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

- a) El derecho a la jubilación Patronal es independiente y autónomo de las indemnizaciones y bonificaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral?
- b) La Jubilación Patronal se encuentra en los límites establecido en los Mandatos 2 y 4?

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En tales sentencias la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en las sentencias citadas:

- a) *La empresa demandada tiene como accionistas a Instituciones del Estado como el Banco de Fomento (actual BanEcuador), lo que cuenta en su totalidad con recursos del Estado según se desprende de Catastro de las entidades y Organismos del sector público, a las que se refiere el Art. 2 del Mandato Constituyente Nro. 4, por lo que las indemnizaciones que por concepto de despido intempestivo se paguen a los trabajadores de la Compañía demandada deben tener límites de acuerdo a lo establecido en el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 al que se hizo referencia como ocurre en la liquidación del acta de finiquito que consta en el proceso, la jubilación patronal es un derecho irrenunciable del trabajador adquirido por la sola consecuencia del transcurso del tiempo y por haber cumplido con los requisitos legales para adquirirla, así en la especie el accionante ha cumplido treinta y un años bajo la dependencia de la entidad demandada, por lo que tiene derecho a percibir la jubilación patronal mensual vitalicia prevista en el Art. 216 del Código del Trabajo, por lo que este beneficio no está inmerso en las limitaciones del referido artículo 1 del Mandato Constituyente Nro.4.*
- b) *Las indemnizaciones que por concepto de despido intempestivo se paguen a los trabajadores, deben tener límites de acuerdo a lo establecido en el Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 4 al que se hizo referencia como ocurre en la liquidación del acta de finiquito que consta en el proceso, ahora bien, la jubilación patronal es un derecho irrenunciable del trabajador adquirido por la sola consecuencia del transcurso del tiempo y por haber cumplido con los requisitos legales para adquirirla, así en la especie el accionante ha cumplido más de cuarenta y un años bajo la dependencia de la entidad demandada, por lo que tiene derecho a percibir **la jubilación patronal mensual vitalicia prevista en el Art. 216 del Código del Trabajo, por lo que este beneficio no está inmerso en las limitaciones del referido artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4***

- c) *Se ha determinado que, se establece en forma clara las distinciones de las pretensiones del trabajador, por un lado las contenidas en el Mandato No. 4, es decir, las indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones causadas por el despido intempestivo, las cuales como bien señalan los jueces de instancia se cancelaron de conformidad al acta de finiquito que consta en el expediente, con los límites fijados en la norma citada; y, por otro lado su derechos a la jubilación que no guarda ninguna relación, al tratarse de un derecho autónomo adquirido por el trabajador en virtud de haber laborado por más de 40 años para la entidad demandada, derecho de origen distinto. Por lo tanto y dado que la naturaleza jurídica de la jubilación es diversa al de aquellos derechos cuyo límite se encuentra contenido en el Mandato Constituyente Nro. 4, no se puede asimilar como si se tratará de una indemnización, bonificación o contribución, si de ninguna forma se encuentra incluida dentro del referido Mandato.*

Que como resultado del desarrollo de la línea argumental común, la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia expuso la siguiente:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En los casos de estudio, el Mandato Constituyente 2, expedido el 24 de enero de 2008; regula la homologación de las remuneraciones en el sector público, establece límites a los ingresos, liquidaciones e indemnizaciones de dignatarios, funcionarios, magistrados, servidores y trabajadores; proscribiéndose además la creación o el restablecimiento de complementos remunerativos, con el fin controlar determinadas distorsiones remunerativas y el Mandato Constituyente 4, expedido el 12 de febrero de 2008, viene a ser un complemento del anterior mandato, y se refiere a un solo punto, limitar las indemnizaciones por despido intempestivo. Por lo anteriormente descrito los Mandatos Constituyentes Nro. 2 y 4 regulan exclusivamente el monto máximo de indemnizaciones y no contiene disposición alguna que regule el pago de la pensión de jubilación patronal.- El derecho a la jubilación patronal laboral es autónomo e independiente, acceden al mismo las trabajadoras y trabajadores que han cumplido el período de labor para un mismo empleador previsto en la ley y se acogen a este derecho, que consiste en el pago de una pensión mensual vitalicia más otros beneficios, que excepcionalmente pueden ser sustituidos por el pago de un monto global establecido de mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador calculado en la forma prevista en la ley y que tiene como finalidad garantizar el sustento de las personas que han cumplido con la etapa de su vida económicamente activa, de tal manera que por su concepto y naturaleza es totalmente distinto a las indemnizaciones por despido intempestivo, desahucio, renuncia voluntaria, supresión de partida, o de cualquier otra forma prevista en la Ley.

RESUELVE:

Art. 1: Atender la solicitud de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia y por tanto aprobar el informe técnico, remitido por la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia.

Art. 2: Ratificar el criterio jurídico de la Sala Especializada de lo laboral de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada con fuerza de sentencias que se detallan a continuación:

- a) Juicio Nro. 0160-2014 - Resolución Nro. 0953-2014, de fecha 26 de noviembre de 2014, a las 09h27.
- b) Juicio Nro. 0069-2014, Resolución Nro. 0131-2015, de fecha 07 de abril del 2015, a las 09h30.
- c) Juicio Nro. 0100-2014, Resolución Nro. 0136-2015, de fecha 9 de abril del año 2015, a las 09h30.



- d) Juicio Nro. 0102-2014, Resolución Nro. 0307-2015 de fecha 22 de junio del 2014, a las 11h05.
- e) Juicio Nro. 0104-2014, Resolución Nro. 0542-2015, de fecha 08 de octubre de 2015, a las 8h29.
- f) Juicio Nro. 1682-2013, Resolución Nro. 0526.2016, de fecha 28 de Julio del 2016, a las 16h25.

Art. 3.- DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE, el siguiente punto de derecho: **“JUBILACIÓN PATRONAL NO ESTA LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUYENTES NROS 2 Y 4.- *La jubilación patronal establecida en el Art. 216 del Código del Trabajo, es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desabucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral; por tanto, el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones en los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4*”**

Art. 4.- Disponer que la Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia, para su sistematización; y, al Registro Oficial, para su inmediata publicación.

Art. 5.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, 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 dieciocho días del mes de enero dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Zulema Pachacama Nieto, CONJUEZA NACIONAL. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

**EN VIRTUD DEL RANGO LEGAL DEL MANDATO
CONSTITUYENTE 8, QUE ES SUPERIOR Y POSTERIOR AL CÓDIGO DEL
TRABAJO, Y POR TANTO AL ARTÍCULO 628 DE ESTE CÓDIGO,
EL DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO IMPONDRÁ LAS MULTAS
ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 7 DE DICHO MANDATO, QUE SON
APLICABLES A LAS VIOLACIONES DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO DEL
TRABAJO QUE NO HAYAN FIJADO SANCIÓN ESPECIAL,
Y TAMBIÉN A LA VIOLACIÓN DE LAS REGULACIONES
PREVISTAS EN EL MANDATO DE LA REFERENCIA**

RESOLUCIÓN No. 03-2017

Suplemento No. 1 del R.O. 962 de 14 de marzo de 2017

ANTECEDENTES

INFORME TÉCNICO SOBRE FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I.- PROPUESTA:

La señora Presidenta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha remitido a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, los fallos expedidos por esa Sala que reiteran por tres ocasiones el mismo punto de derecho para la formulación del correspondiente informe técnico, por lo que se eleva a consideración la siguiente propuesta de precedente jurisprudencial: *“En virtud del rango legal del Mandato Constituyente 8, que es superior y posterior al Código del Trabajo, y por tanto al artículo 628 de este Código, el Director Regional del Trabajo impondrá las multas establecidas en el artículo 7 de dicho Mandato, que son aplicables a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, y también a la violación de las regulaciones previstas en el Mandato de la referencia.”*

El informe técnico se fundamenta en los siguientes casos:

- a) **Resolución N° 1062-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 191-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Pablo Tinajero Delgado, Juez Nacional Ponente; doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.
- b) **Resolución N° 1084-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 63-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.



- c) **Resolución N° 1085-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 151-2014, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.

II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar, entre otros, los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad jurídica; derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en instrumentos de origen internacional, y en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

“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.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras o servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

Art. 185.- 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 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, ésta 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”.

Art. 425.- 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 casos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“Art. 182.- Precedentes jurisprudenciales.- 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”.

LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

DISPOSICIÓN ESPECIAL CUARTA.- Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, están en plena vigencia. Para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas.”

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

“Art. 3, número 1.- Métodos y reglas de interpretación constitucional... 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.”

MANDATO CONSTITUYENTE N° 1

“Art. 2.- La Asamblea Constituyente, por mandato popular de 15 de abril de 2007, asume y ejerce plenos poderes. Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna”.

MANDATO CONSTITUYENTE N° 8

“Art. 7.- Las violaciones de las normas del Código del Trabajo, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes de dicho cuerpo legal y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo impondrá multas de un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Igual sanción se impondrá en caso de violación de las regulaciones del presente Mandato.

Los jueces y los inspectores de trabajo podrán imponer las multas de hasta tres sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general.”



REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

“Art. 1.- La Asamblea Constituyente representa a la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes.

Art. 2, número 2.- En ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará... 2. Mandatos Constituyentes: Decisiones y normas que expida la Asamblea Constituyente para el ejercicio de sus plenos poderes. Estos mandatos tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo.”

CÓDIGO DEL TRABAJO

“Art. 628.- Las violaciones de las normas de este Código, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo podrá imponer multa de hasta doscientos dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia.”

DETERMINACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS

Se determinan los siguientes problemas jurídicos:

- A) Cuál es la naturaleza jurídica del Mandato Constituyente?
- B) Existe similitud entre los textos de los artículos 7 del Mandato Constituyente N° 8 y 628 del Código del Trabajo, respecto de la facultad del Director Regional del Trabajo para imponer multas por violaciones a de las normas del Código ibídem cuando la infracción específica no tenga una sanción especial?
- C) Que sanción es aplicable en los casos de violación de las regulaciones del Mandato Constituyente N° 8?

ARGUMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A) Cuál es la naturaleza jurídica del Mandato Constituyente?

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia N° 002-16-SAN-CC dictada dentro de los casos 039-10-AN y 033-12-AN (acumulados), concluyó, en lo principal, que los mandatos constituyentes y en la especie, el Mandato Constituyente N° 6, es una norma infraconstitucional que según lo expresado en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana tiene una categoría de ley orgánica, debiendo así ser interpretadas sus normas dentro de nuestro sistema jurídico constitucional. La misma sentencia señala “... que la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante sentencia N° 0001-10-SAN-CC del 13 de abril de 2010, dentro del caso N° 0040-09-AN, respecto de la naturaleza jurídica de otros mandatos constituyentes ha manifestado: “Resulta trascendente ponderar que el Mandato Constituyente N° 2 y en particular de su artículo 8, tiene el carácter de ley orgánica, razón por la cual posee la representación de generalidad, en armonía con la rigidez de nuestra Constitución de la República. El carácter de generalidad establece destinatarios (sic) con una pluralidad indeterminada o general, lo contrario al carácter singular cuyo receptor es una persona individual y concreta.”. Este criterio ha sido ratificado en reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, para el período de transición, como por la actual Corte Constitucional del Ecuador, sosteniendo en lo principal que al tener el mandato constituyente una categoría de ley orgánica debe ser interpretado como tal por parte de las diferentes autoridades jurisdiccionales que lleguen a tener conocimiento de una causa”.

El inciso segundo del artículo 2 del Mandato Constituyente N° 2, expedido el 29 de noviembre de 2007 establece que, “*Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna*”.

A su vez, el número 1 del artículo 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescribe: “*1. Reglas de solución de anti-nomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.*”

De los textos transcritos se establece que el Mandato Constituyente es una norma infraconstitucional, con categoría de ley orgánica; y, de conformidad con la Disposición Especial Cuarta de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, para la reforma de los mandatos constituyentes debe adoptarse el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas, pues tal es la condición jurídica del Mandato Constituyente. Además, por analogía, se debe tener en cuenta la regla 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control y Control Constitucional antes mencionada, que es aplicable a la interpretación de las disposiciones de los artículos 7 del Mandato Constituyente N° 8 y 628 del Código del Trabajo, en lo que concierne al orden de aplicación de las normas, esto es, la jerárquicamente superior y la posterior, previsto en la aludida regla. Tan es así, que en Resolución N° 1062-2016 expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se considera “... *que el artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8, al ser una norma jerárquicamente superior (puesto que es orgánica) y expedida con posterioridad al Código del Trabajo, prevalece sobre este último cuerpo normativo citado y, por consiguiente, el artículo 628 del Código del Trabajo se encuentra tácitamente derogado ...*”

B) Existe similitud entre los textos de los artículos 7 del Mandato Constituyente N° 8 y 628 del Código del Trabajo, respecto de la facultad del Director Regional del Trabajo para imponer multas por violaciones a de las normas del Código ibídem cuando la infracción específica no tenga una sanción especial?

El artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8 prescribe que, “*Las violaciones de las normas del Código del Trabajo, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes de dicho cuerpo legal y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo impondrá multas de un mínimo de tres y hasta un máximo de veinte sueldos o salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Igual sanción se impondrá en caso de violación de las regulaciones del presente Mandato*”.

En tanto que el artículo 628 del Código del Trabajo prevé que “*Las violaciones de las normas de este Código, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo podrá imponer multa de hasta doscientos dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia.*”

Y, en respuesta a la pregunta formulada, se transcribe lo sostenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia que, en las Resoluciones Nos 1084-2016 y 1085-2016 estima que, “*De la revisión de las normas transcritas, se observa que el texto es muy similar y que lo único que varía es el monto de la multa que el Director Regional del Trabajo puede imponer en caso de violaciones a las normas del Código del Trabajo, cuando la infracción específica no tenga una sanción especial; siendo que el artículo 7 del Mandato N° 8 no es aplicable únicamente a las violaciones de dicho Mandato, sino que como lo señala el mismo artículo, es aplicable en general a las violaciones del Código del Trabajo que no haya fijado sanción especial, tanto es así, que en el artículo se diferencia que la sanción será igual en caso de violaciones a las regulaciones del Mandato.*”



C) Qué sanción es aplicable en los casos de violación de las regulaciones del Mandato Constituyente N° 8?

En relación con esta interrogante, tanto del texto del artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8, como del criterio vertido en las resoluciones 1084-2016 y 1085-2016 expedidas por Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se establece que la sanción para la violación de las regulaciones de dicho Mandato será igual a la contemplada para las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial; pues el artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8, de modo expreso, dispone que *“Igual sanción se impondrá en caso de violación de las regulaciones del presente Mandato”*.

1. CRITERIOS REINCIDENTES O REITERATIVOS

1.1. INFORME

RESOLUCIONES:	
1)	Resolución N° 1062-2016 expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 191-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Pablo Tinajero Delgado, Juez Nacional Ponente; doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.
ABSTRACT:	El Director Regional del Trabajo y Servicio Público de Cuenca y la delegada de la Procuraduría General del Estado deducen recurso de casación respecto del fallo expedido por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que acepta la demanda, declara la ilegalidad de la resolución de 8 de septiembre de 2011 y la nulidad de la resolución de 25 de julio de 2011, emitidas por la Directora Regional del Trabajo del Austro, y deja sin efecto las multas impuestas (por falta de presentación de formularios del pago de utilidades, justificación de horario de trabajo y registro de ingreso y salida de los trabajadores), salvando el derecho de la autoridad de trabajo para que realice el juzgamiento de conformidad con el Código del Trabajo, dentro del juicio propuesto por el Gerente y representante legal de la Compañía CORPMOSA CÍA. LTDA en contra de los recurrentes.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que el artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8, al ser una norma jerárquicamente superior (puesto que es orgánica) y expedida con posterioridad al Código del Trabajo, prevalece sobre este último cuerpo normativo citado y, por consiguiente, el artículo 628 del Código del Trabajo se encuentra tácitamente reformado, por lo que la norma del Mandato Constituyente resulta plenamente aplicable al caso. En tal virtud, acepta el recurso de casación y declara la nulidad de la sentencia impugnada; y, en aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación, dispone la remisión del proceso al Tribunal de instancia para que dicte la sentencia de mérito correspondiente.
RATIO DECIDENDI:	El artículo 7 del Mandato Constituyente 8, al ser una norma jerárquicamente superior (puesto que es orgánica) y expedida con posterioridad al Código del Trabajo, prevalece sobre este último cuerpo normativo y, por consiguiente, el artículo 628 del Código ibídem se encuentra tácitamente reformado.

2) **Resolución N° 1084-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 63-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.

ABSTRACT: El Director Regional del Trabajo y Servicio Público de Cuenca y la delegada del Procurador General del Estado deducen recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que acepta la demanda propuesta por Vicente Fernando Uday Lupercio, propietario de la empresa “La Piñata Decoraciones” en contra de los recurrentes, declara nulo el acto administrativo impugnado y deja sin efecto las multas impuestas, por haberse aplicado una norma que no es pertinente -la del artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8-, para sancionar al administrado por los posibles incumplimientos de sus deberes laborales; además, deja a salvo el derecho de la parte demandada para realizar el juzgamiento de conformidad con el Código del Trabajo.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que de la revisión de los textos de los artículos 628 del Código del Trabajo y 7 del Mandato Constituyente N° 8 se establece, *“que lo único que varía es el monto de la multa que el Director Regional del Trabajo puede imponer en caso de violaciones a las normas del Código del Trabajo, cuando la infracción específica no tenga una sanción especial; siendo que el artículo 7 del Mandato N° 8 no es aplicable únicamente a las violaciones de dicho Mandato, sino que como lo señala el mismo artículo, es aplicable en general a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no haya fijado sanción especial, tanto es así, que en el artículo se diferencia que la sanción será igual en caso de violaciones a las regulaciones del Mandato.”*. En tal virtud, acepta el recurso y casa la sentencia y, conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, declara legal el acto administrativo impugnado.

RATIO DECIDENDI: De la revisión de los artículos 628 del Código del Trabajo y 7 del Mandato Constituyente N° 8, se establece que lo único que varía es el monto de la multa que el Director Regional puede imponer en caso de violaciones a las normas del Código del Trabajo, cuando la sanción específica no tenga una sanción especial, por lo que el artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8 no es aplicable únicamente a las violaciones de dicho Mandato, sino que como lo señala el mismo artículo, es aplicable en general a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, tanto es así, que en el artículo se diferencia que la sanción será igual en caso de violaciones a las regulaciones del Mandato.



<p>3)</p>	<p>Resolución N° 1085-2016 expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 151-2014, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.</p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>La actora de la causa Carmen Alexandra Yupa Uyaguari en calidad de propietaria de “Galanty Decoraciones Bazar y Floristería” deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, que declara sin lugar la demanda, y en consecuencia, la validez del acto administrativo que sanciona a la accionante por falta de presentación de documentos que justifiquen el pago de horas suplementarias y extraordinarias y la falta de declaración y registro de pago de utilidades, dentro del juicio propuesto por la recurrente en contra de la Directora Regional del Trabajo y Servicio Público de Cuenca y del Procurador General del Estado.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que de la revisión de los textos de los artículos 628 del Código del Trabajo y 7 del Mandato Constituyente N° 8 se establece, <i>“que lo único que varía es el monto de la multa que el Director Regional del Trabajo puede imponer en caso de violaciones a las normas del Código del Trabajo, cuando la infracción específica no tenga una sanción especial; siendo que el artículo 7 del Mandato N° 8 no es aplicable únicamente a las violaciones de dicho Mandato, sino que como lo señala el mismo artículo, es aplicable en general a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, tanto es así, que en el artículo se diferencia que la sanción será igual en caso de violaciones a las regulaciones del Mandato.”</i></p>
<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>De la revisión de los artículos 628 del Código del Trabajo y 7 del Mandato Constituyente N° 8, se establece que lo único que varía es el monto de la multa que el Director Regional puede imponer en caso de violaciones a las normas del Código del Trabajo, cuando la sanción específica no tenga una sanción especial, por lo que el artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8 no es aplicable únicamente a las violaciones de dicho Mandato, sino que como lo señala el mismo artículo, es aplicable en general a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, tanto es así, que en el artículo se diferencia que la sanción será igual en caso de violaciones a las regulaciones del Mandato.</p>

1.2. REGLA

Sobre la base de la exposición que antecede, se determina la siguiente situación fáctica concreta y reiterativa sobre un mismo punto de derecho:

“En virtud del rango legal del Mandato Constituyente 8, que es superior y posterior al Código del Trabajo, y por tanto al artículo 628 de este Código, el Director Regional del Trabajo impondrá las multas establecidas en el artículo 7 de dicho Mandato, que son aplicables a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, y también a la violación de las regulaciones previstas en el Mandato de la referencia.”

RESOLUCIÓN No. 03-2017

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función 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, 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. Que el procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que, en principio, tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:
 - Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.
3. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, 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;
4. Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, Unificación de la Estructura de las Sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la Estructura de la Resolución de Aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios;

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

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:



- a) **Resolución N° 1062-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 191-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Pablo Tinajero Delgado, Juez Nacional Ponente; doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.
- b) **Resolución N° 1084-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 63-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.
- c) **Resolución N° 1085-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 151-2014, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

Las sentencias antes mencionadas resuelven los siguientes problemas jurídicos:

- A) Cuál es la naturaleza jurídica del Mandato Constituyente?
- B) Existe similitud entre los textos de los artículos 7 del Mandato Constituyente N° 8 y 628 del Código del Trabajo, respecto de la facultad del Director Regional del Trabajo para imponer multas por violaciones a de las normas del Código ibídem cuando la infracción específica no tenga una sanción especial?
- C) Que sanción es aplicable en los casos de violación de las regulaciones del Mandato Constituyente N° 8?

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

- El artículo 7 del Mandato Constituyente 8, al ser una norma jerárquicamente superior (puesto que es orgánica) y expedida con posterioridad al Código del Trabajo, prevalece sobre este último cuerpo normativo y, por consiguiente, el artículo 628 del Código ibídem se encuentra tácitamente reformado.
- De la revisión de los artículos 628 del Código del Trabajo y 7 del Mandato Constituyente N° 8, se establece que lo único que varía es el monto de la multa que el Director Regional puede imponer en caso de violaciones a las normas del Código del Trabajo, cuando la sanción específica no tenga una sanción especial, por lo que el artículo 7 del Mandato Constituyente N° 8 no es aplicable únicamente a las violaciones de dicho Mandato, sino que como lo señala el mismo artículo, es aplicable en general a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, tanto es así, que en el artículo se diferencia que la sanción será igual en caso de violaciones a las regulaciones del Mandato.

RESUELVE:

Art 1.- Atender la solicitud de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, y por tanto aprobar el informe técnico remitido por la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia.

Art. 2.- Ratificar el criterio jurídico reiterado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

- a) **Resolución N° 1062-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 191-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Pablo Tinajero Delgado, Juez Nacional Ponente; doctor Álvaro Ojeda Hidalgo y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.
- b) **Resolución N° 1084-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 63-2013, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.
- c) **Resolución N° 1085-2016** expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación N° 151-2014, suscrita por el Tribunal conformado por el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional Ponente; doctor Pablo Tinajero Delgado y abogada Cynthia Guerrero Mosquera, Jueces Nacionales.

Art. 3.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: *“En virtud del rango legal del Mandato Constituyente 8, que es superior y posterior al Código del Trabajo, y por tanto al artículo 628 de este Código, el Director Regional del Trabajo impondrá las multas establecidas en el artículo 7 de dicho Mandato, que son aplicables a las violaciones de las normas del Código del Trabajo que no hayan fijado sanción especial, y también a la violación de las regulaciones previstas en el Mandato de la referencia.”*

Art. 4.- Disponer que la Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remita copias certificadas de la presente resolución a la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización, y al Registro Oficial para su inmediata publicación.

Art. 5.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, 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 dieciocho días del mes de enero dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dra. Zulema Pachacama Nieto CONJUEZA NACIONAL. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



INSTRUCTIVO DE SESIONES DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN 04-2017

Suplemento No. 1 del R.O. 962 de 14 de marzo de 2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO

Que el Pleno es la máxima autoridad de la Corte Nacional de Justicia, siendo necesario para al cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, que se reúnan las Juezas y Jueces que lo integran y en sesión resuelvan los asuntos que le competen;

Que el Reglamento para el Régimen Interior del Tribunal dictado por la Corte Suprema de Justicia el 7 de noviembre de 1959, que regulaba el desenvolvimiento de las sesiones de este Tribunal, fue derogado por la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 15 de diciembre de 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 360, de 12 de enero de 2011; por lo que es necesario expedir un instructivo que contenga esa normativa;

Que han surgido dudas en cuanto al alcance de las atribuciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia y la forma cómo debe tomar sus decisiones;

Que es necesario contar con normas que regulen la forma en que se desarrollarán las sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia;

En uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Dictar el siguiente Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia:

CAPÍTULO I

DE LA INTEGRACIÓN DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Art. 1.- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia está integrado por las juezas y jueces nacionales y por los conjuces que se encuentren reemplazando a una Jueza o Juez en todas sus funciones.

En las sesiones y actuaciones del Pleno, inclusive cuando se constituye como Tribunal de justicia, actuará la Secretaria o Secretario General de la Corte Nacional de Justicia o quien legalmente lo reemplace.

Art. 2.- Las sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se realizarán en la ciudad de Quito; sin embargo, podrán convocarse y reunirse en cualquier lugar de la República del Ecuador en ejercicio de su jurisdicción nacional.

Art. 3.- Son funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia;

1. Juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal por delitos de ejercicio público de la acción;
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración;
3. Dirimir los conflictos de competencia entre salas especializadas o entre Jueces o Conjuces de la Corte Nacional de Justicia;
4. Discutir y aprobar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia; y presentarlos por medio de su Presidenta o Presidente a la Asamblea Nacional;
5. Conceder licencia entre nueve y sesenta días a los jueces/as y conjuces/as nacionales, y declararles en comisión de servicio cuando fuere del caso;
6. 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;
7. Designar, en los casos previstos por la ley, los representantes de la Función Judicial ante las entidades y organismos del sector público, y ante organismos internacionales;
8. Conocer consultas de los jueces sobre la inteligencia y aplicación de la ley, en casos generales y abstractos;
9. Expedir resoluciones en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, estableciendo la disposición que será general y obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la Ley;
10. Elegir al Presidente/a titular de la Corte Nacional de Justicia, mediante votación escrita y secreta, sin perjuicio de que el Magistrado/a que lo desee firme su voto;
11. Presentar observaciones a los proyectos de ley que se tramitan en la Asamblea Nacional, relativos a la administración de justicia; así como en aquellos que dicha Función del Estado solicita el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia;
12. Determinar el número de juezas y jueces nacionales de cada sala especializada de la Corte Nacional de Justicia y proceder a su integración; y,
13. Ejercer las demás atribuciones que establecen la Constitución, la ley y los reglamentos.

CAPÍTULO II

DE LAS CONVOCATORIAS

Art. 4.- Las convocatorias a sesiones ordinarias y extraordinarias, o a comisiones generales del Pleno se cumplirán por disposición del Presidente/a de la Corte Nacional de Justicia, quien fijará la agenda del día, la fecha y hora de la reunión. Las reuniones se realizarán en el salón de sesiones del Pleno de la Corte Nacional, o donde lo indique la convocatoria, en el día y a la hora señalados.



Excepcionalmente, cuando lo soliciten por escrito por lo menos doce de los miembros del Pleno, el Presidente/a de la Corte Nacional convocará a sesión extraordinaria, para tratar exclusivamente los puntos determinados en la solicitud.

Art. 5.- La convocatoria contendrá el día y hora de la sesión, y el orden del día a tratarse. Será suscrita por la o el Secretario General.

Cuando la sesión no vaya a efectuarse en el Salón de Sesiones del Pleno, contendrá también el lugar de realización de la sesión,

En las convocatorias a sesiones ordinarias, se podrá incluir un punto denominado varios, en el que se podrán tratar asuntos de competencia del Pleno, a petición de las Juezas y Jueces Nacionales.

Art. 6.- Las convocatorias se deberán realizar al correo electrónico institucional y mediante documento físico entregado en los despachos de las o los Jueces Nacionales. A ellas se adjuntarán, por cualquiera de estos medios, los informes y en general los documentos que serán discutidos en la sesión.

Art. 7.- Las convocatorias se realizarán con una antelación de cuarenta y ocho horas, con excepción de aquellas que hace el Presidente/a en el desarrollo de una sesión del Tribunal o de casos de urgencia.

CAPÍTULO III

DE LA DIRECCIÓN DE LAS SESIONES

Art. 8.- Las sesiones del Pleno estarán dirigidas por el Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia; sin embargo, cuando desee intervenir en un debate, se conozca un asunto en el cual tenga interés personal, o deba ausentarse momentáneamente, encargará la dirección de la sesión a la o el juez subrogante.

En caso de impedimento o ausencia del titular, presidirá el primer Juez o Jueza subrogante y a su falta lo hará aquel o aquella que corresponda de acuerdo al orden de designación.

CAPÍTULO IV

CLASES DE SESIONES

Art. 9.- La asistencia a las sesiones del Pleno es obligatoria. La ausencia será legalmente justificada ante el Presidente/a.

Art. 10.- Clases de sesiones.- Las sesiones son ordinarias y extraordinarias; las primeras se realizarán los días miércoles, cuando convoque el Presidente/a de la Corte Nacional; y las segundas en cualquier día, cuando disponga convocarlas el Presidente/a de la Corte Nacional o lo soliciten por escrito por lo menos doce de los miembros del Pleno, determinando los asuntos a tratarse.

Art. 11.- De la constitución en Tribunal.- Cuando el Pleno deba conocer un asunto jurisdiccional, se suspenderá la sesión y se constituirá en Tribunal hasta resolverlo.

Mientras el Pleno esté constituido en tribunal, la deliberación será reservada; por lo que no se grabará ni se dejará constancia en el acta sino de la ponencia por la cual hubiere votado cada Juez/a.

Art. 12.- De la sesión permanente.- El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, podrá instalarse en sesión permanente. En estos casos, si no se lograre concluir el tratamiento de uno o más temas en una jornada, se proseguirá en los siguientes días, hasta resolverlos.

Art. 13.- De la suspensión de la sesión.- El Presidente/a de la Corte Nacional de Justicia, por decisión propia o a solicitud de un juez/a y aprobación de la mayoría absoluta de los presentes, suspenderá el tratamiento de un tema o la sesión, que se reinstalará máximo en cinco días hábiles, en la fecha que se indique en la misma sesión.

Art. 14.- Comisiones generales.- El Presidente/a, por decisión propia o a solicitud de un Juez/a y aprobación de la mayoría absoluta de los presentes, podrá convocar a una comisión general en cualquier momento. Igualmente, en las sesiones ordinarias o extraordinarias cualquier Juez/a o quien preside la reunión podrá solicitar se suspenda la misma y el Pleno se instale en comisión general para tratar asuntos que considere no sean susceptibles de hacerlo en sesión formal. Mientras el Pleno se encuentra en comisión general no se grabará la reunión ni se dejará registro detallado de lo tratado en ella, pero no podrán realizarse mociones ni tomarse decisiones. El tiempo de duración de esta modalidad será responsabilidad de quien dirige la sesión, quien también decidirá si la reunión se debe realizar en reserva.

Igualmente, por disposición del Presidente/a o a petición de algún Juez/a, el Pleno podrá constituirse en comisión general para recibir a personas ajenas a éste, que soliciten ser escuchadas. El tiempo de su intervención será regulado por quien dirija la sesión.

CAPITULO V

DEL DESARROLLO DE LAS SESIONES

Art. 15.- La instalación de la sesión la realizará el Presidente/a de la Corte Nacional o quien lo subrogue, sin perjuicio de que una vez instalada se encargue su dirección en los términos del artículo 8 de este Instructivo.

Art. 16.- El Presidente/a dispondrá al Secretario/a General que verifique el quórum. Sin embargo, una vez proclamado por el Secretario el número de Jueces/as concurrentes, cualquiera de ellos puede pedir se constate nuevamente el quórum.

El quórum para la instalación y funcionamiento del Pleno será de por lo menos doce juezas y jueces.

Art. 17.- Quórum.- El quórum para la toma de decisiones será de por lo menos doce votos conformes. De no alcanzarse esta votación, se tomará una nueva en la siguiente sesión; y si en esta segunda oportunidad tampoco se alcanzan por lo menos los doce votos, la propuesta se considerará denegada, sin perjuicio de que el proyecto pueda ser reformulado.

Sin embargo, cuando se trate de asuntos jurisdiccionales, de no obtenerse la mayoría absoluta requerida por la ley en la ponencia inicial o en las ponencias alternativas, el Presidente/a de la Corte, mediante sorteo, llamará de uno en uno, a tantas conjuetas y conjuetes cuantos sean necesarios; en caso de que tampoco se logre mayoría absoluta, el Presidente/a de la Corte Nacional tendrá voto dirimente.

Cuando se resuelvan asuntos jurisdiccionales, todos los Jueces/as hábiles presentes suscribirán el fallo; en caso de que la resolución no fuere unánime, los magistrados que disientan deberán redactar sus votos salvados dentro del término de 3 días; los referidos votos serán suscritos por todos los Jueces/as que han votado.



Art. 18.- Las sesiones ordinarias se iniciarán con la lectura del orden del día que será puesto a consideración de la Sala para su aprobación o modificación. Por excepción el Pleno podrá modificar el orden del día una vez iniciada la sesión.

Las sesiones extraordinarias comenzarán con la lectura del orden del día, el que no podrá modificarse.

Art. 19.- Todos los asuntos que consten en el orden del día serán deliberados y resueltos en la sesión respectiva, salvo cuando a criterio del Pleno o de la Presidencia se requiera un estudio o información adicional, para lo cual se encargará a uno o más Jueces/as, a la Asesoría Jurídica o a quien el Presidente/a considere conveniente, para que presenten un informe, y se fijará un plazo para hacerlo.

Art. 20.- Presentación de mociones.- Los Jueces/as pueden presentar una moción con relación a los asuntos discutidos, que deberá ser apoyada para que el Presidente/a la ponga en discusión; sin embargo, el proponente podrá retirar su moción, en la misma sesión.

La moción podrá ser sometida a modificación o ampliación por parte de cualquiera de los miembros, previa aceptación de su proponente.

Art. 21.- Para intervenir en las sesiones del Pleno, los Jueces/as deben solicitar la palabra al Presidente/a, quien la concederá en el orden que la soliciten, pudiendo el Presidente/a moderar el tiempo de intervención.

Mientras habla un Juez/a no podrá ser interrumpido, salvo que se presente un punto de orden o que se aparte de la cuestión debatida, en cuyo caso el Presidente/a le pedirá que se concrete al asunto en discusión.

El punto de orden procede cuando una Jueza o Juez Nacional solicite una aclaración a quien está en uso de la palabra, cuestione la existencia de quorum o crea que se está infringiendo alguna norma de procedimiento en el desarrollo de la sesión.

CAPÍTULO VI

DE LAS VOTACIONES

Art. 22.- Terminado el debate, el Presidente/a ordenará que el Secretario/a tome la votación y proclame su resultado.

El Presidente/a determinará si una votación debe realizarse a mano alzada o nominalmente, salvo en asuntos jurisdiccionales en que necesariamente deberá constar el voto de cada Juez/a, y en caso de elecciones, que deben realizarse mediante voto escrito y secreto. Cuando se realice la votación a mano alzada, cualquier Juez/a podrá pedir que se deje constancia de su voto en contra.

La votación nominal se realizará en el orden de precedencia, salvo el Presidente/a, que votará al final.

Art. 23.- Clases de votos.- Los votos serán a favor o en contra de todo tema del orden del día o moción que se discuta; salvo en caso de elecciones, en que podrán hacerlo por uno de los candidatos, en blanco o nulo; y, en asuntos jurisdiccionales, que deberán hacerlo por la o las ponencias.

Art. 24.- Votación por partes.- A solicitud de un Juez/a, el Presidente/a dispondrá que un tema, moción, proyecto o informe se discuta y vote por partes, debiendo precisar en cada caso la parte sujeta a discusión y votación.

Art. 25.- Verificación de la votación.- Proclamado el resultado de una votación, el Presidente/a ordenará que se verifique la votación, por una sola vez, si algún Juez/a lo solicitare inmediatamente de proclamada, por considerar que hay error en el conteo.

Art. 26.- Reconsideración.- En la misma sesión o en la sesión ordinaria siguiente, un Juez/a puede solicitar la reconsideración de cualquier asunto que se hubiere aprobado, siempre que no se trate de los fallos que dicte el Tribunal, ni de elecciones.

Si la moción de reconsideración tiene el apoyo de por lo menos doce Jueces/as, se discutirá nuevamente el asunto reconsiderado, el que se lo aprobará o negará de conformidad con las reglas generales.

CAPITULO VII

DE LAS ELECCIONES

Art. 27.- Elección de Presidente/a de la Corte Nacional de Justicia.- Las juezas y jueces titulares elegirán de su seno a la Presidenta o al Presidente de la Corte Nacional de Justicia con al menos doce votos conformes, dentro de la primera quincena del periodo correspondiente, por votación escrita y secreta, sin perjuicio de que el Juez/a que lo desee firme su voto.

Una vez que se declare legalmente electo al Presidente/a, prestará la promesa en la misma sesión, ante el Pleno y entrará en ejercicio de sus funciones.

Art. 28.- Designaciones.- Las votaciones para elegir dignidades o delegados serán escritas y secretas, sin perjuicio de que cualquier Juez pueda firmar su voto.

Se proclamará electo al candidato que haya obtenido la mayoría simple de los votos de los concurrentes a la sesión, salvo el caso de elección del Presidente/a de la Corte Nacional de Justicia, para el que se necesita doce votos.

Art. 29.- Escrutadores.- Para proceder a las elecciones el Presidente/a nombrará un escrutador y otro el Pleno.

Recogidas por el Secretario/a General las papeletas del voto, las contará en voz alta en presencia de los escrutadores, y si su número fuere igual al de los votantes, se hará el escrutinio de los votos. En caso contrario se repetirá la votación Art. 30.- Proclamación de resultados.- Los escrutadores proclamarán los resultados dejando constancia del número de votos a favor de cada candidato, del número de votos en blanco y de los nulos. Los votos en blanco no se sumarán a la mayoría.

Art. 31.- Si en una elección ningún candidato obtiene la mayoría de votos necesaria, se procederá a definir el resultado en una nueva elección entre los dos candidatos más votados.

En caso de que necesitándose doce votos conformes para proceder a una elección, ninguno de los candidatos alcance la mayoría necesaria, y se diese un empate en el segundo lugar, previo a aplicar la norma del inciso anterior, se procederá a votar para definir el segundo lugar.

CAPÍTULO VIII

CONSTANCIA DE LAS SESIONES

Art. 32.- Actas de las sesiones.- El Secretario/a General hará un acta resumen de cada sesión, que contendrá una relación ordenada y sucinta de lo acontecido en la sesión y de las mociones que se hubieren votado, con la indicación de su resultado. Esas actas deberán ser aprobadas por el Pleno en la siguiente sesión ordinaria; si se hicieren observaciones aprobadas por el Pleno, el Secretario/a hará las rectificaciones solicitadas.

Art. 33.- Grabación de las sesiones.- Las sesiones de Pleno de la Corte Nacional de Justicia serán grabadas, salvo los casos de comisión general o cuando el Pleno se constituya en Tribunal para resolver un asunto jurisdiccional; y conservadas bajo responsabilidad de la Prosecretaria. Publíquese en la Gaceta Judicial y 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 ocho días del mes de febrero del año dos mil diecisiete.

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. 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Guillermo Narváez Pazos, CONJUECES NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

SENTIDO DE LA PALABRA “SEPARACIÓN” CUANDO SE INVOCA LA CAUSAL DE ABANDONO EN UNA DEMANDA DE DIVORCIO

RESOLUCIÓN No. 05-2017
R.O. 983 de 12 de abril de 2017

ANTECEDENTES

I. INFORME TÉCNICO SOBRE FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES PROPUESTA:

Se pone a consideración de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, la siguiente propuesta, de acuerdo con los fallos que se adjuntan y que coinciden en el siguiente punto de derecho: “*El uso del vocablo **separación** en el sentido de la ruptura de las relaciones conyugales no se contraponen al vocablo **abandono** en la forma prevista como causal de divorcio, Art. 109, numeral 11 (actual 110, numeral 9) del Código Civil, R.O. 46 de 24 de junio del 2005*”, el mismo que se lo fundamenta en los siguientes casos:

- a) Resolución **0102-2012** dictada el 03 de mayo del 2012, en el proceso de divorcio propuesto por Walter Valverde contra Erika Reyes, juicio Nro. 30-2012; Tribunal conformado por la Doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional ponente, Doctor Eduardo Bermúdez Coronel y Doctor Asdrúbal Granizo Gavidía, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia.
- b) Resolución **122-2012** dictada el 10 de mayo del 2012, en el proceso por divorcio instaurado por Washington Ayora Ayora contra de Lelis Soledispa Soledispa, Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia.
- c) Resolución **215-2012** dictada el 16 de julio del 2012, en el proceso por divorcio seguido por Enrique Molestina Avilés contra Gloria Verduga Vélez, juicio Nro. 148-2012; Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dr. Eduardo Bermúdez, Juez Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.
- d) Resolución **246-2012** dictada el 9 de agosto del 2012, en el proceso de divorcio signado con el No. 165-2012, seguido por Darwin Orlando Reyes Campaña contra de Dolores del Rocío Banchón Cruz; Tribunal conformado por la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel y Dr. Asdrúbal Granizo, Jueces Nacionales de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia.



- e) Resolución **072-2014**, dictada en el juicio 137-2013, dictada el 23 de abril del 2014, en el proceso de divorcio seguido por Luis Bermeo Ávila contra Blanca Bermeo Campoverde; Tribunal conformado por la Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, y Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Juezas Nacionales de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- f) Resolución **150-2015**, dictada el 15 de julio del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 247-2014, seguido por Ernesto Copo Sánchez contra María Filomena Ramírez Mantilla; Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Nacional ponente, Dra. María Rosa Merchán Larrea y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- g) Resolución **201-2015**, dictada el 4 de septiembre del 2015, en el proceso por divorcio seguido por Luis Suárez Mosquera contra Teresita Álava Álava, signado con el Nro. 103-2015; por el Tribunal conformado por la Doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- h) Resolución **0040-2016**, dictada el 17 de febrero del 2016, en el proceso por divorcio signado con el Nro. 270-2015, Tribunal conformado por la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. María del Carmen Espinoza, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- i) Resolución **0043-2016**, dictada el 23 de febrero del 2016, dentro del proceso de divorcio Nro. 119-2015, Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar, entre otros, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica; derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en instrumentos de origen internacional, y en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

“**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.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras o servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

Art. 185.- 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 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, ésta 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”.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“Art. 182.- Precedentes jurisprudenciales.- 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”.

CÓDIGO CIVIL

Art. 110.- Son causas de divorcio:

11a.- 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

Artículo sustituido R.O. 46 de 24 de junio del 2005:

Art. 110.- Son causas de divorcio:

9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos. (Registro Oficial No. 526, Viernes 19 de junio del 2015)

DETERMINACIÓN DE PROBLEMA JURÍDICO

Se determina el siguiente problema jurídico:



a) **El uso de la locución separación ¿desnaturaliza el sentido de la causal de divorcio por abandono?**

ARGUMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Una de las más usuales causales alegadas para la disolución del vínculo matrimonial es el abandono injustificado del hogar por parte de alguno de los cónyuges, para lo cual antes de la reforma, se requería el abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge por más de un año consecutivo, la cual podía ser ejercida únicamente por el cónyuge víctima y al pasar tres años, lo podía pedir cualquiera de los dos cónyuges.

Sin embargo, con la reforma introducida el 24 de junio del 2015, se establece que el abandono injustificado de uno de los cónyuges, debe de ser únicamente por más de 6 meses ininterrumpidos, causal que puede ser utilizada indistintamente por cualquiera de los cónyuges, sin existir diferenciación si es el cónyuge que abandona el hogar o el cónyuge perjudicado.

Las sentencias tomadas para referencia del punto de derecho a ser discutido, tratan sobre demandas de divorcio con fundamento en la causal de abandono. La discusión se produce porque en la gran mayoría de las veces, se ha utilizado procesalmente el término separación como un símil al abandono; lo que ha dado pie al debate intra proceso que si la separación como tal puede ser causa suficiente para la procedencia del divorcio. Ante esa disyuntiva, en las sentencias que se verán a continuación, se ha adoptado el criterio por el cual, los términos podrían ser utilizados indistintamente, siempre y cuando, al hablarse de separación, no se refiera al mero alejamiento conyugal –que muchas veces puede ser consensuado, por razones laborales por ejemplo- sino que se trate de una verdadera ruptura de relaciones conyugales que torne imposible retomar los fines de matrimonio.

Se ha tomado como referencia el trabajo de Investigación realizado por la Dra. Silvia Amores Osorio, de la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, quien ha encontrado una sentencia Pre-fundadora de la línea, se trata de la **Resolución No. 006-V-1992**, en la cual ya se trata este tema al señalar:

“(...) El juez inferior de modo absurdo o injurídico sostiene que la separación de los cónyuges no consta en nuestro Código Civil como causal de divorcio, sino el abandono. (sic) Y, rechaza la demanda porque el actor al alegar tal separación por cerca de cuatro años y al presentar la respectiva prueba testimonial, ésta no se encuadra dentro de la causal invocada. Al respecto cabe las siguientes reflexiones: Antes de la expedición de la Ley Reformatoria al Código Civil publicada en el Registro Oficial No. 256 del 18 de agosto de 1989, la comentada causal se refería a la separación de los cónyuges con inexistencia de relaciones conyugales por más de tres años. Y si tal separación hubiere durado más de 4 años el Legislador concedía a cualquiera de los cónyuges el derecho a ejercer la acción de divorcio, sin tomar en cuenta quien era el cónyuge perjudicado por el abandono. La reforma legislativa actual respeta, sin lugar a duda, la Institución del matrimonio, como célula de gran trascendencia en la vida familiar, pero adopta una concepción menos conservadora, más realista y acorde con la doctrina moderna, cuando sustituye la causal 11ª por la siguiente: El abandono involuntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente y el inciso segundo, de la reforma dice: 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. Se comprende entonces, que si existe, en verdad una separación de los cónyuges por más de tres años consecutivos (causal que invoca el actor) es obvio que uno de ellos se separó o abandonó el hogar; y el Juez debió interpretar la ley reformatoria recurriendo a su intención y espíritu manifestado, en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento como nos enseña la regla del Art. 18 del Código Civil, y no confundiendo dos expresiones sinónimas en el caso (...).” Gaceta Judicial Año XCII. Serie XV. No. 14. Pág. 4298 (Quito, 6 de mayo de 1992).

Es en el año 2002, cuando surge la **Sentencia Fundadora de Línea: Resolución 194-2002**, dentro del proceso de divorcio seguido por Jorge Luis Antonio Camacho Molina contra Lotty Rosita Ramírez López, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Dr. Galo Pico, Juez ponente, Doctor Estuardo Hurtado y Dr. Rodrigo Varea, Jueces de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En su parte pertinente señala:

*“(...) **TERCERO:** En efecto, esta Sala en la resolución No. 714-98 publicada en el Registro Oficial 145 de 10 de marzo de 1999, reproduce parte de la sentencia dictada el 6 de mayo de 1992 por la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia y publicada en la Gaceta Judicial Serie XV No. 14 p. 4299, que en referencia dice: “SEGUNDO.- ... El juez inferior de modo absurdo e injurídico sostiene que la separación de los cónyuges no consta en nuestro Código Civil como causal de divorcio, sino el abandono. (sic) Y, rechaza la demanda porque el actor al alegar tal separación por cerca de cuatro años y al presentar la respectiva prueba testimonial, ésta no se encuadra dentro de la causal invocada (...)”. Gaceta Judicial. Serie XVII. No. 10. Pág. 3138. Quito, 13 de septiembre de 2002.*

Sin embargo, este criterio no ha sido constante y sostenido, sino que ha ido cambiando con el tiempo, así lo demuestra la Resolución **No 1147-95** dentro del **juicio verbal sumario** por divorcio seguido por Félix Espín Andrango contra de Inés Tacuri Benavides, que en su parte pertinente señala:

“(...) La reforma introducida a la causal 11ª del Art. 109 del Código Civil, sustituyó el término “separación” por el de “abandono”, frente a lo cual es pertinente esclarecer la razón de la distinción entre uno y otro término o por el contrario determinar si para fines de aplicación de la norma se mirarán como situaciones equivalentes. Al respecto, esta Sala con fecha 2 de diciembre de 1997, a las 10h00, dictó resolución en el juicio verbal sumario No 573-93 que por divorcio siguió Gustavo Enrique Ruiz Alvarado en contra de Lilian Alba Barahona Maigón; y en igual sentido se pronunció en el fallo de 27 de abril de 1998, las 11h30, dictado en juicio verbal sumario No 73-95 que por divorcio siguió Gabriela Gutiérrez en contra de Jorge Freire, en que se distingue el abandono y la separación diciendo: “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, desempeño de funciones públicas o privadas, prestación de servicios personales con o sin relación de dependencia etc., los cónyuges fijen su domicilio en localidades diferentes, tanto más cuando que por lo que dispone el Art. 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 causal de divorcio la regla 11ª del Art. 109 del Código Civil, sino que ha de acreditarse que ha habido abandono voluntario e injustificable por el tiempo mínimo contemplado en la norma antes invocada (...)”.

Además se señala que:

“(...) las expresiones abandono y separación no pueden entenderse como sinónimas, por el contrario el abandono presupone intención de dejar al otro cónyuge, incumpliendo por lo tanto con las obligaciones propias del contrato de matrimonio; y la separación no siempre presupone el abandono ni el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales. Cuando se discutieron las reformas al Código Civil, se planteó sumariamente el tema de la distinción entre separación y abandono, distinguiendo que la separación puede implicar el mantenimiento de relaciones conyugales entre los cónyuges, siendo esta la verdadera filosofía de la causal. En los casos de divorcio el actor, cuando expone los fundamentos de hecho de su acción, tipifica la conducta que ha sido recogida por el legislador como una de las once causales que dan derecho a demandar el divorcio(...)”

En la **Resolución 605-2009**, se mantiene el criterio anterior:

“(...) Al respecto, esta Sala estima que, en efecto, no se puede considerar el abandono y la separación como sinónimos, como lo ha expresado la ex Corte Suprema de Justicia en el fallo que, en parte, cita la recurrente, pues la separación no siempre conlleva la intención de los cónyuges de romper el vínculo matrimonial que los une y puede deberse a ciertas circunstancias que obligan por necesidad a permanecer separados por determinado tiempo, como sucede por motivos de trabajo, salud, educación, la situación migratoria, por ejemplo, en los que si bien existe la separación de los cónyuges por cuestiones necesarias e incluso ajenas a su voluntad, empero, la intención de permanecer unidos y vivir juntos, de auxiliarse mutuamente y de procrear una familia se mantiene incólume, pues los lazos afectivos que vinculan a marido y mujer perseveran y superado el motivo de la separación, vuelven a estar juntos; en cambio, en el abandono la situación es diferente, ya que uno de los cónyuges se separa, deja el hogar en común con el ánimo y la intención de romper con el vínculo matrimonial, en tal caso desaparece el “animus conyugal”, porque ya no existe el deseo de permanecer unidos y auxiliarse mutuamente(...)”

El Código Civil de Argentina (Art. 202, inciso 5to.) enumera como causales de divorcio el abandono voluntario y el abandono malicioso. Al respecto, Eduardo Zannoni en su obra Separación Personal y Divorcio Vincular, pág. 96, señala: **“INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES ASISTENCIALES.**- Hemos dicho que la noción de abandono no se circunscribe al abandono voluntario y malicioso del hogar, sino que se extiende a los supuestos en que uno de los cónyuges se sustrae deliberadamente de los deberes asistenciales que la convivencia matrimonial impone. Es claro que en muchos casos el incumplimiento de los deberes asistenciales se manifiesta juntamente con el abandono del hogar y, entonces, queda subsumido o comprendido en éste...”

Luis Claro Solar en su obra “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, pág. 60, explica que en Chile. “El abandono del hogar común no es la simple ausencia; sino el alejamiento intencional y no justificado del marido o de la mujer que falta al deber de vivir juntos que el matrimonio impone a los cónyuges. La ley no fija el tiempo de este abandono, como en el caso de la ausencia sin justa causa; y corresponderá, por lo tanto, al juez apreciar si el alejamiento o retiro de uno de los cónyuges lleva en sí el carácter ofensivo que debe tener para el otro, si constituye una injuria grave contra él.

La resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada, comporta también una ofensa o menosprecio al otro cónyuge

Respecto al abandono, el Dr. José García Falconí en su obra “El Juicio de divorcio por causales”, pág. 79, expresa: “**QUÉ ES EL ABANDONO...**Es en general alejamiento del hogar con la intención de sustraerse a los deberes de cohabitación y asistencia legalmente injustos al cónyuge y que nacen en forma conjunta. Puede tratarse del abandono del domicilio conyugal, de la negación a reintegrarse a él o de la negativa del marido de recibir a su mujer...”

CRITERIOS REINCIDENTES O REITERATIVOS

RESOLUCIONES:	
<p>1)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Resolución 102-2012 dictada el 3 de mayo del 2012, en el proceso de divorcio Nro. 30-2012; por el Tribunal conformado por la Doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional ponente, Doctor Eduardo Bermúdez Coronel y Doctor Asdrúbal Granizo Jueces Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>Erika Cristina Reyes Torres, demandada, interpone recurso de casación contra la sentencia que declaró con lugar la demanda de divorcio propuesta por Walter Gerardo Valverde Galarza.</p> <p>Fundamenta su recurso en la causal primera del art. 3, alega errónea interpretación del Art. 110 numeral 11 ya que, argumenta, la sentencia considera que abandono y separación son lo mismo, sin que se establezca que haya existido abandono voluntario e injustificado.</p> <p>Del estudio de la sentencia el Tribunal señala que el uso de la noción separación no desnaturaliza el sentido de la causal que prevé el término abandono, en tal virtud no casa la sentencia y confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.</p> <p><i>“(...) Con la prueba actuada dentro del proceso el Juez Ad quem ha llegado a la convicción de que se ha configurado la causal de divorcio alegada...sin que el uso de la noción separación pueda desnaturalizar 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 (...)”</i></p>
<p>2)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Resolución 122-2012, dictada el 10 de mayo del 2012, en el proceso por divorcio instaurado por Washington Ayora Ayora en contra de Lelis Soledispa Soledispa, Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La recurrente alega infracción del Art. 110 numeral 11 del Código Civil, fundamenta su recurso en la causal primera. Alega que entre su cónyuge y ella existe una relación de amistad y trato cordial a pesar de que él viva con otra persona; afirmación ante la cual el Tribunal confirma el estado de separación, sin que exista la voluntad de cumplir con los fines del matrimonio, por lo cual la separación se ha tornado en abandono. Razón por la cual no casa la sentencia.</p> <p><i>“(...) La institución del matrimonio ha sido creada por el legislador con el propósito de que los contrayentes cumplan fines específicos, cuales son vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, encontrándose vigente entre los cónyuges una simple relación de amistad se ha desvirtuado la naturaleza del matrimonio y la necesidad de mantener el vínculo. No existiendo por tanto la voluntad de dar cumplimiento fiel a los fines del matrimonio, la separación prolongada por un período mayor a tres años, que tiene como antecedente la separación conyugal, se ha tornado en abandono (...)”</i></p>



<p>3)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Resolución 215-2012, dictada el 16 de julio del 2012, en el proceso por divorcio signado con el Nro. 148-2012; Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dr. Eduardo Bermúdez, Juez Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La demandada de la causa propone recurso de casación contra la sentencia que aceptó la demanda de divorcio que interpuso en su contra Enrique Molestina Avilés. Alega infracción de los Art. 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República del Ecuador; 110 numeral 11 del Código Civil; y, 103, 113, 115, 208, 213, 216 numerales 5 y 7 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en las causales primera, tercera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. Alega falta de motivación de la sentencia, así como falta de coherencia entre la parte motiva y resolutive, ante lo cual el Tribunal observa que es un contrasentido, por lo cual desecha el cargo.</p> <p>Con respecto a la causal primera, alega errónea interpretación del art. 110, numeral 11, inciso segundo del Código Civil por cuanto afirma que el Tribunal ha aceptado la demanda por “separación por más de tres años”, cuando la norma refiere “abandono por más de tres años”; ante lo cual el Tribunal señala que el vocablo separación no desnaturaliza ni se contrapone al sentido de la causal invocada, razón por la cual no casa la sentencia recurrida.</p> <p><i>“(...) Efectivamente, el demandante utiliza la palabra “SEPARADO”, vocablo que no desnaturaliza ni se contrapone con el sentido de la causal invocada que si bien prevé para ella el término abandono, no excluye sino que confirma la condición de separados, puesto que, en definitiva, dicho abandono no es otra cosa que el antecedente del estado de separación en el que se encuentran los cónyuges (...)”</i></p>
<p>4)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Resolución 246-2012, dictada el 9 de agosto del 2012, en el proceso de divorcio signado con el No. 165-2012, seguido por Darwin Orlando Reyes Campaña en contra de Dolores del Rocío Banchón Cruz; Tribunal conformado por la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel y Dr. Asdrúbal Granizo, Jueces Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>Darwin Orlando Reyes Campaña presenta recurso de casación contra la sentencia que revoca la de primera instancia que declara con lugar la demanda. Fundamenta su recurso en la causal primera, por errónea interpretación del Art. 110 numeral 11 del Código Civil.</p> <p>Al analizar la sentencia impugnada, el Tribunal señala que el término separación no desnaturaliza el sentido de la causal invocada, razón por la cual casa la sentencia y confirma la emitida por el Juez Suplente Segundo de lo Civil de Machala y declara disuelto el vínculo matrimonial.</p> <p><i>“(...) el uso de la noción <u>separación</u> no puede desnaturalizar el sentido de la causal invocada, que como queda dicho, prevé para ella el término abandono y que en definitiva no es otra cosa que el antecedente del estado de separación en el que se encuentran los cónyuges... Estado de separación que se ha prolongado por un lapso de aproximadamente cuatro años en forma ininterrumpida, injustificada y voluntaria, durante el cual la demandada no ha demostrado haber tenido la intención de reanudar la vida conyugal, ni ha dicho cuáles han sido los motivos que le han impedido hacerlo, puesto que es deber de ambos cónyuges cumplir con los fines del matrimonio, esto es, vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, perdiéndose</i></p>

	<p><i>de esta manera la voluntad de mantener el vínculo matrimonial y todo lo que este implica. No existiendo dicha voluntad esta separación prolongada por un período mayor a cuatro años, se ha tornado en abandono (...)</i>”</p>
<p>5)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Resolución 072-2014, dictada el 23 de abril del 2014, en el juicio por divorcio No. 137-2013, Tribunal conformado por la Dra. María Rosa Merchán, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio y Dra. María del Carmen Espinoza, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La demandada en la causa interpone recurso de casación contra la sentencia que aceptó el recurso de apelación, revoca la sentencia y declara disuelto el vínculo matrimonial. Alega que los testigos hablan de separación y no de abandono, figuras que, añade, son completamente distintas. Aseveración ante la cual el Tribunal señala que en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto a la utilización del término abandono o separación no desnaturaliza el sentido de la causal invocada, en tal virtud no casa la sentencia.</p> <p><i>“(...) Con respecto a la causal onceava del artículo 110 del Código Civil que utiliza en la estructura de su texto el término “abandono” y no el de separación, este Tribunal deja sentado, que reiteradamente ha sostenido que, el uso del término separación, no desnaturaliza el sentido de la causal invocada, cuando se prueba que él o la cónyuge, se ha alejado del hogar, sustrayéndose de las obligaciones maritales, por decisión unilateral, por el tiempo y condiciones que establece la norma.</i></p> <p><i>El abandono al tenor de lo dispuesto en el artículo 110.11 del Código Civil, debe ser entendido como el sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al afecto conyugal, especialmente los que el Código Civil enumera en los artículos 136, 137 y 138 de ahí que si los contrayentes dejan de satisfacer las obligaciones asumidas con aquel, impidiendo con ello que el matrimonio cumpla con los fines para los cuales fue concebido, éste pierde su razón de ser y no es más un proyecto de vida común, que sea fuente de realización personal para los cónyuges y su prole (...)</i>”</p>
<p>6)</p> <p>ABSTRACT:</p>	<p>Resolución 150-2015, dictada el 15 de julio del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 247-2014; Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Nacional ponente, Dra. María Rosa Merchán Larrea y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>Ernesto Marcelo Copo Sánchez presenta recurso de casación contra la sentencia que revocó la resolución en la que obtuvo sentencia favorable dentro del proceso de divorcio por la causal 11 inciso segundo del Código Civil, que interpuso en contra de María Filomena Ramírez Mantilla. Alega que la sentencia vulneró preceptos jurídicos sobre la valoración de la prueba (no se consideró testimonios, ni pago de pensión a favor de su hija fijada con fecha anterior, lo cual demuestra el abandono), y que el tribunal ha incurrido en interpretación legalista de la causal de divorcio por abandono.</p> <p>Una vez analizada la sentencia, el Tribunal concluye que ha existido la pérdida de afecto conyugal sumado o unido al incumplimiento de los deberes conyugales, por lo que encuentra razón suficiente para casar la sentencia y confirmar la que declaró con lugar la demanda de divorcio.</p>



<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p><i>“(...) 5.5.1 En esta línea de análisis, a pesar de que el actor al presentar su demanda, en lugar de alegar 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 (...)”</i></p>
<p>7)</p> <p>ABSTRACT:</p>	<p>Resolución 201-2015 dictada el 4 de septiembre del 2015, en el proceso por divorcio signado con el número 103-2015; por el Tribunal conformado por la Doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La demandada presenta recurso de casación contra la sentencia que rechazó su recurso de apelación y confirmó la de primer nivel que declaró con lugar la demanda que por divorcio inició en su contra el señor Luis Adolfo Suárez Mosquera. Alega la recurrente que existe errónea interpretación del artículo 110.11 del Código Civil, que se ha cambiado la causal de separación que invocó el actor en su demanda, por la de abandono. Añade que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Adicionalmente dice que la demanda versa sobre divorcio por separación y no liquidación de bienes, por lo que a su criterio existe extra petita. Sostiene que el fallo carece de motivación, que es contradictorio e ilógico, afirma que es una resolución diminuta y absurda que ha adoptado decisiones contradictorias, incompatibles e incomprensibles, lo cual produce su nulidad.</p>
<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Por lo expuesto, a costa de los Conjueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el Tribunal dicta la sentencia de mérito mediante la cual declara disuelto por divorcio el vínculo matrimonial. Dentro del análisis que realiza para llegar a la mencionada conclusión, el Tribunal observa que si bien el término utilizado en la demanda fue de separación, éste es sinónimo de abandono cuando los cónyuges dejan de satisfacer las obligaciones asumidas entre sí.</p> <p><i>“(...) CUARTO. Respecto a la alegación de la demandada, relacionada con la improcedencia de la demanda con sustento en que el actor al demandar lo ha hecho bajo el argumento de “separación” y no de “abandono”, este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones: Si bien la causal de divorcio prevista en el artículo 110.11 inciso segundo del Código Civil estructura su texto utilizando el término “abandono” y no “separación”, el uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal invocada, cuando se advierte que uno y otro son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales.</i></p> <p><i>El abandono al tenor de lo dispuesto en el artículo 110.11 del Código Civil, debe ser entendido como el sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al afecto conyugal, especialmente los que el Código Civil enumera en los artículos 136, 137 y 138, de ahí que si los contrayentes dejan de satisfacer las obligaciones asumidas entre sí, impidiendo con ello que el matrimonio cumpla con los fines para los cuales fue concebido, éste pierde su razón de ser y no es más un proyecto de vida común, que sea fuente de realización personal para los cónyuges y su prole (...)”.</i></p>

<p>8)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Resolución 0040-2016, dictada el 17 de febrero del 2016, dentro del proceso de divorcio No. 270-2015, Tribunal conformado por la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. María del Carmen Espinoza, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La demandada interpone recurso de casación contra la sentencia que desecha el recurso de apelación, acepta la demanda y declara disuelto el vínculo matrimonial. Fundamenta su recurso en la causal primera y tercera, alega infracción del Art. 76 numeral 1 y 82 de la Constitución, Art. 110, causal 11 inciso 2 del Código Civil, y Arts. 113, 115, 207, 208, 216 numerales 5 y 7 del Código de Procedimiento Civil. El Tribunal señala que el abandono se configura con la concurrencia de tres elementos: objetivo (dejar el hogar), subjetivo (sustracción intencional de los deberes matrimoniales), y temporal (el tiempo transcurrido)</p> <p><i>“(...) 5.5.2.- Doctrinariamente, se considera que al haberse prolongado la separación por más de tres años, se ha configurado el abandono, pues, es evidente que se ha producido una ruptura de la affectio maritalis y por tanto, del proyecto de vida en común, pues éste (el proyecto), se construye y fortalece a través de la relación de convivencia cotidiana más allá del sometimiento a las normas; consecuentemente, el rompimiento es notorio. La doctrina francesa califica esta ruptura como el factor psicológico consistente en la voluntad de abdicar la convivencia.</i></p> <p><i>5.5.3.- El criterio expuesto por las juezas de la Sala de la Familia, en algunas sentencias, refiere expresamente, al supuesto yerro que se comete al usar la noción separación en lugar de abandono; se ha recalcado que el uso del término “separación” no desnaturaliza el sentido de esta causal. La jurisprudencia reitera, el abandono se configura con la concurrencia de tres elementos: objetivo, subjetivo y temporal. Por el primero se entiende la dejación material o física del hogar conyugal; por el segundo, la sustracción intencional del cumplimiento de sus deberes conyugales (vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente), en forma voluntaria, intencional y libre; y, tercero el paso del tiempo que el legislador ha considerado prudente para tenerlo como tal: tres años; consecuentemente, los casos de separación acordada por los cónyuges por motivos de trabajo, estudio, salud, etc., con la intención de seguir manteniendo la relación, pues la affectio no ha variado, no estarían dentro de estos supuestos, pues, al finalizar la causa volverán a unirse; más, si la separación se produce por voluntad unilateral, de forma injustificada y, con el paso del tiempo adquiere el carácter de definitiva es decir da como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales, ésta (separación) se torna en abandono (...)”.</i></p>
<p>9)</p> <p>ABSTRACT:</p>	<p>Resolución 043-2016 dictada el 23 de febrero del 2016, dentro del proceso de divorcio No. 119-2015, Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>La demandada en la causa interpone recurso de casación contra la sentencia que aceptó el recurso de apelación, revoca la sentencia y declara disuelto el vínculo matrimonial. Alega que los testigos hablan de separación y no de abandono, figuras que, añade, son completamente distintas. Aseveración ante la cual el Tribunal señala que en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto a la utilización del término abandono o separación no desnaturaliza el sentido de la causal invocada, en tal virtud no casa la sentencia.</p>



“(...) Con respecto a la causal onceava del artículo 110 del Código Civil que utiliza en la estructura de su texto el término “abandono” y no el de separación, este Tribunal deja sentado, que reiteradamente ha sostenido que, el uso del término separación, no desnaturaliza el sentido de la causal invocada, cuando se prueba que él o la cónyuge, se ha alejado del hogar, sustrayéndose de las obligaciones maritales, por decisión unilateral, por el tiempo y condiciones que establece la norma.

El abandono al tenor de lo dispuesto en el artículo 110.11 del Código Civil, debe ser entendido como el sustraerse de las obligaciones y derechos connaturales al afecto conyugal, especialmente los que el Código Civil enumera en los artículos 136, 137 y 138 de ahí que si los contrayentes dejan de satisfacer las obligaciones asumidas con aquel, impidiendo con ello que el matrimonio cumpla con los fines para los cuales fue concebido, éste pierde su razón de ser y no es más un proyecto de vida común, que sea fuente de realización personal para los cónyuges y su prole (...)”

REGLA

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

El uso de la noción separación, no desnaturaliza el sentido de la causal invocada (abandono), cuando se advierte que uno y otro son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales.

RESOLUCIÓN No. 05-2017

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

1. Que el preámbulo de la Carta Mayor resalta la decisión de los ecuatorianos y las ecuatorianas de construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas.
2. Que el Capítulo Sexto de la Constitución de la República, de los DERECHOS DE LIBERTAD, garantiza, entre otros, el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a tomar decisiones libres, informadas y voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual; el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuántas y cuántos hijos tener.
3. Destaca, que el matrimonio se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes, en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal.
4. Que el artículo 341 garantiza, por parte del Estado, las condiciones que aseguren la protección integral de sus habitantes a lo largo de su vida, con el cumplimiento de los derechos y principios reconocidos en la Constitución.
5. Que el numeral 4 del artículo 11 subraya que ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

6. Que los compromisos internacionales del Ecuador, expresados tanto en la Convención Iberoamericana de Derechos Humanos- Pacto de San José, como en la Convención para Prevenir y Erradicar la Discriminación contra la Mujer-CEDAW, imponen la adopción de medidas para lograr para las y los ecuatorianos: “*los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución*”;
7. Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del 2008, establecen como una función 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, 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 procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución, se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las Salas que en principio tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efecto *erga omnes*:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presente similar patrón fáctico;
 - Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas del Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
 - Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
 - Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.
1. Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial número 544, de 9 de marzo del 2009, establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, 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;
 2. Que la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución Nro. 1A-2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 767, de 2 de junio del 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización de líneas jurisprudenciales, unificación de la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la Resolución de la aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios;

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho:



- a) Resolución **102-2012**, dictada el 03 de mayo del 2012, en el proceso de divorcio Nro. 30-2012; por el Tribunal conformado por la Doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional ponente, Doctor Eduardo Bermúdez Coronel y Doctor Asdrúbal Granizo Jueces Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia.
- b) Resolución **215-2012**, dictada el 16 de julio del 2012, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 148-2012; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dr. Eduardo Bermúdez, Juez Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.
- c) Resolución **150-2015**, dictada el 15 de julio del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 247-2014; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán Larrea y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.
- d) Resolución **201-2015**, dictada el 4 de septiembre del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 103-2015; por el Tribunal conformado por la Doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- e) Resolución **072-2014**, dictada el 23 de abril del 2014, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 137-2013; por el Tribunal conformado por la Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, y Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Juezas Nacionales de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- f) Resolución **150-2015**, dictada el 15 de julio del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 247-2014; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán Larrea y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- g) Resolución **201-2015**, dictada el 4 de septiembre del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el número 103-2015; por el Tribunal conformado por la Doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- h) Resolución **0040-2016**, dictada el 17 de febrero del 2016, en el proceso por divorcio signado con el número 270-2015; por el Tribunal conformado por la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. María del Carmen Espinoza, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- i) Resolución **0043-2016**, dictada el 23 de febrero del 2016, dentro del proceso de divorcio signado con el Nro. 119-2015; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales.

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

- a) **El uso de la noción separación, ¿desnaturaliza el sentido de la causal de divorcio por abandono?**

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En las mencionadas sentencias, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en las sentencias citadas:

El uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal invocada (abandono), cuando se advierte que uno y otro son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales.

RESUELVE:

Artículo 1.- Atender la solicitud de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores y por tanto aprobar el informe técnico, remitido por la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia.

Artículo 2.- Ratificar el criterio jurídico reiterado de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la doctrina jurisprudencial desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

- a) Resolución **102-2012** dictada el 03 de mayo del 2012, en el proceso de divorcio Nro. 30-2012; por el Tribunal conformado por la Doctora Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente, Doctor Eduardo Bermúdez Coronel y Doctor Asdrúbal Granizo Jueces Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia.
- b) Resolución **215-2012** dictada el 16 de julio del 2012, en el proceso por divorcio signado con el Nro. 148-2012; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dr. Eduardo Bermúdez, Juez Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.
- c) Resolución **150-2015**, dictada el 15 de julio del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 247-2014; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán Larrea y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.
- d) Resolución **201-2015**, dictada el 4 de septiembre del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el número 103-2015; por el Tribunal conformado por la Doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.



- e) Resolución **072-2014**, dictada el 23 de abril del 2014, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 137-2013; por el Tribunal conformado por la Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional Ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, y Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Juezas Nacionales de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- f) Resolución **150-2015**, dictada el 15 de julio del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 247-2014; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán Larrea y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- g) Resolución **201-2015**, dictada el 4 de septiembre del 2015, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 103-2015; por el Tribunal conformado por la Doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional ponente, Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional, y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional de la Sala Especializada de la Familia, Niñez. Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- h) Resolución **0040-2016**, dictada el 17 de febrero del 2016, en el proceso por divorcio, signado con el Nro. 270-2015; por el Tribunal conformado por la Dra. Rocío Salgado Carpio, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. María del Carmen Espinoza, Juezas Nacionales de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.
- i) Resolución **0043-2016**, dictada el 23 de febrero del 2016, dentro del proceso de divorcio signado con el Nro. 119-2015; por el Tribunal conformado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdivieso, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Rosa Merchán y Dra. Rocío Salgado Carpio, Juezas Nacionales.

Artículo 3.- Declarar como PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO, el siguiente punto de derecho: *“El uso de la noción, separación, no desnaturaliza el sentido de la causal abandono invocada, cuando se advierte que uno y otro término son utilizados como sinónimos por los sujetos procesales y/o cuando se ha probado que la separación se ha producido por voluntad unilateral e injustificada, y al pasar el tiempo y adquirir el carácter de definitiva, ésta se ha convertido en abandono, al producir como resultado el incumplimiento de los deberes conyugales”.*

Artículo 4.- Disponer que la Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, para su sistematización; y al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación.

Artículo 5.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, 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 de la Corte Nacional de Justicia, a los veintidós días del mes de febrero del año dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, 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, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dr. Efraín Duque Ruiz CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES, ACTAS DE MEDIACIÓN Y ACTAS TRANSACCIONALES

RESOLUCIÓN No. 06-2017
R.O. 983 de 12 de abril de 2017

1.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

El Código Orgánico General de Procesos, COGEP, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, tiene por objeto regular la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal. Constituye una herramienta sustancial en la transformación del sistema procesal, pues significa pasar del proceso escrito al proceso oral en aplicación de los principios constitucionales de oralidad, intermediación, simplificación, uniformidad, celeridad y economía procesal contemplados en los Arts. 168 y 169 de la Constitución de la República, así como para garantizar el derecho de los ciudadanos para acceder al sistema de administración de justicia y obtener de aquella una tutela efectiva y eficaz de sus derechos, acorde a lo previsto en el Art. 75 de la Constitución.

En el Título V, Capítulo I “EJECUCION”, del Código Orgánico General de Procesos, se contempla una normatividad procesal específica que regula el procedimiento para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución (Art. 362 del COGEP).

Debemos entender que estas regulaciones tienen como objetivo hacer efectiva las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros, así como las decisiones de otros mecanismos de resolución de conflictos previstos en la Constitución y las leyes (arbitraje, mediación, etc.), como efecto consustancial de la justicia, para un estricto cumplimiento de las facultades jurisdiccionales que comprenden hacer ejecutar lo juzgado, de acuerdo con el Art. 167 de la Constitución de la República y el Art. 150 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos señala cuáles son los títulos de ejecución; en tanto que, en el Capítulo II del Título V se regula el mecanismo de ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

En la práctica se han presentado dudas en las unidades judiciales de primera instancia respecto de la competencia para conocer y tramitar las peticiones para el cumplimiento de títulos de ejecución, pues en ciertos casos, cuando las solicitudes se han presentado ante el juzgador de la materia a la que corresponde el título, se han inhibido de conocerlas por estimar que la competencia corresponde a la instancia civil; y, por el contrario, las juezas y jueces de lo civil, por su parte, consideran que la facultad corresponde al juzgador de la materia sobre la que versa el título de ejecución. Esta situación origina conflictos de competencia y un retardo en la resolución de este tipo de procesos.

El artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, establece que corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia: *“Expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad 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.”*



2.- ANÁLISIS JURÍDICO:

El artículo 362 del Código Orgánico General de Procesos define a la ejecución como el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución.

El Art. 363 del Código Orgánico General de Procesos establece que son títulos de ejecución: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral 3. El acta de mediación. 4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme las reglas de este Código. 6. Las actas transaccionales. 7. Los demás que establezca la ley.

Por otra parte, el Art. 102 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos establece que la ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la demandada competente en razón de la materia; disposición que no consta en la parte pertinente a la ejecución de títulos de ejecución nacionales.

El Art. 18 regla 4ta. del Código Civil, sobre la interpretación judicial de las leyes, señala: “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.”

El Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: “INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES.- 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 por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

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.”

En cuanto a la ejecución de la sentencia ejecutoriada, prevista como título de ejecución en el numeral 1 del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, existen normas claras que establece que aquella compete al juez de primera instancia que ejerce jurisdicción y competencia en la materia de la que trate esa sentencia. Así, el artículo 142 del Código del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: “Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo.”

Respecto de la ejecución de los títulos previstos en el numeral 4 del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, que son el contrato prendario y de reserva de dominio, al ser asunto de carácter mercantil regulados en el Código de Comercio, la competencia corresponde a los jueces de las unidades de lo civil y mercantil.

En los casos de los numerales 2 laudo arbitral, 3 acta de mediación y 6. Las actas transaccionales; aplicando el criterio de analogía y los principios de oportunidad, eficacia y eficiencia, contemplados en el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial; la ejecución de aquellos corresponde al juez de la materia del domicilio del ejecutado sobre la que verse el laudo arbitral, acta de mediación o acuerdo transaccional, aplicando así el mismo principio que contempla el artículo 102 del Código Orgánico General de Procesos.

3. CONCLUSIÓN:

Aplicando en su contexto las reglas del COGEP y los principios generales de aplicación de las normas procesales, sobre la ejecución de laudos arbitrales y actas de mediación, se deberá asimilar lo previsto para las sentencias, laudos o actas dictadas en el extranjero y homologadas, para los casos de títulos de ejecución, determinando que la competencia corresponde al juez de la materia.

RESOLUCIÓN No. 06-2017

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo previsto en el Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 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 registrarán a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Que el artículo 362 del Código Orgánico General de Procesos, define a la ejecución como el conjunto de actos procesales para cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución; en tanto que el artículo 363 enumera como títulos de ejecución: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral 3. El acta de mediación.

4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme las reglas de este Código. 6. Las actas transaccionales. 7. Los demás que establezca la ley;

Que han surgido dudas en los juzgadores de las unidades judiciales de primera instancia respecto de la competencia para conocer y tramitar las peticiones para el cumplimiento de títulos de ejecución referidos en los numerales 2, 3 y 6 del Art. 363 del Código Orgánico General de Procesos, pues en ciertos casos, cuando las solicitudes se han presentado ante el juzgador de la materia a la que corresponde el título de ejecución, se han inhibido de conocerlas por estimar que la competencia corresponde a la instancia civil; y, por el contrario, las juezas y jueces de lo civil, por su parte, consideran que la facultad corresponde al juzgador de la materia sobre la que versa el título de ejecución; no así en los casos de los numerales 1 y 4 en los que se aplica lo dispuesto en los Arts. 142 y 240 del Código Orgánico de la Función Judicial;

Que, cuando se trata de la ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, el artículo 102, inciso segundo del Código Orgánico General del Procesos, establece que la ejecución corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o el demandado competente en razón de la materia; y, en su inciso tercero dispone que si la o el demandado no tiene su domicilio en el Ecuador, será competente la o el juzgador del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, laudo arbitral o acta de mediación;

Que el Art. 18 regla 4ta. del Código Civil, sobre la interpretación judicial de las leyes, señala: “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.”



Que el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: “INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES.- 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 por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. 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, en aplicación de los principios previstos en el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, en los casos de los títulos de ejecución contemplados en los numerales 2 laudo arbitral, 3 acta de mediación y 6 las actas transaccionales del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, la ejecución de aquellos corresponde al juez de la materia del domicilio del ejecutado sobre la que verse el título de ejecución; y

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

RESUELVE:

Art. 1.- En aplicación de los principios previstos en el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y las reglas del Art. 102 del Código Orgánico General de Procesos, las solicitudes para la ejecución de los títulos contemplados en los numerales 2. laudo arbitral, 3. acta de mediación y 6. actas transaccionales del Art. 363 ibídem, serán conocidas por la o el juzgador de primera instancia de la materia del domicilio del ejecutado.

Art. 2.- La presente resolución entrará en vigencia a partir 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 veintidós días del mes de febrero del año dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, 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, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dr. Efraín Duque Ruiz, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



SENTENCIAS DE MÉRITO EN CASACIÓN

RESOLUCIÓN No. 07-2017

Suplemento del Registro Oficial No. 1006 de 17 de mayo de 2017

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el 20 de octubre de 2008 entró en vigencia una nueva Constitución que estableció en el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que los Estados constitucionales, siendo Estados de derecho se diferencian de los demás estados liberales y democráticos por estar supeditada la actuación estatal a los mandatos expresos de la Constitución y en particular a la defensa estricta de los derechos constitucionales;

Que en el caso ecuatoriano el artículo 3 de la Constitución de la República vigente dispone que son deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, entre los que se destaca el derecho a la tutela judicial efectiva;

Que el artículo 172 de la Constitución de la República ordena que los jueces y juezas administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley;

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 178 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano de la justicia ordinaria, y como tal órgano de cierre de dicha jurisdicción;

Que es obligación de todos los jueces y juezas, garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos previstos en los artículos 75 de la Constitución de la República y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos;

Que el artículo 184 de la Constitución de la República establece las funciones fundamentales de la Corte Nacional de Justicia entre las que se destaca por su importancia “conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley”;

Que si bien en sus orígenes el recurso de casación tenía como únicos propósitos la anulación de las sentencias proferidas con violación a las reglas del derecho objetivo y la garantía de la obediencia a la ley, (función nomofiláctica), así como la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora), con el transcurrir del tiempo y debido a las mutaciones sufridas por el Estado de derecho al transformarse en Estado constitucional, estos propósitos han ido variando progresivamente, incorporando nuevas realidades jurídicas;

Que en el caso ecuatoriano, con el nuevo sistema constitucional vigente, además de la función de defensa de la legalidad, con el principio de la supremacía constitucional impone al juzgador a través del recurso de casación garantizar y tutelar la eficacia real de los derechos constitucionales del recurrente y particularmente su derecho material al debido proceso y a la tutela judicial efectiva;



Que este propósito se consigue, en el contexto de un recurso de casación, cuando una vez casada la sentencia o el auto definitivo, el tribunal de la Sala de la Corte Nacional de Justicia repara el derecho vulnerado; para lo cual la única alternativa lógica es dictar sentencia de mérito de acuerdo con las reglas del derecho objetivo y las reglas y principios que sustentan los derechos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Que en atención a esta nueva realidad, el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos reordenó las causales de procedencia del recurso extraordinario de casación, para hacerlas más claras y diferenciar sus efectos jurídicos, a efectos de compatibilizar las reglas de la casación con los principios del Estado constitucional;

Que el artículo 268 del COGEP estableció como primer caso la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales con la consecuencia de viciar el proceso de forma insubsanable¹;

Que el segundo caso del artículo 268 del COGEP, procede cuando la sentencia impugnada carezca de los requisitos legales necesarios para que una decisión judicial ordinaria sea tenida como sentencia o auto definitivo, en ella se tomen decisiones contradictorias con la parte considerativa de la sentencia, o se dicte una providencia indebidamente motivada;²

Que el tercer caso del artículo 268 del COGEP dispone: “Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia”.³

Que el cuarto caso del artículo 268 del COGEP, establece la procedencia del recurso: “Cuando se haya incurrido en 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 sustantivo en la sentencia o auto”.⁴

Que el quinto caso del artículo 268 del COGEP, procede “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto”.

Que el COGEP reordenó las causales de procedencia de la casación para aclarar el procedimiento a seguir y los efectos de casar una sentencia; estableciendo una diferencia sustantiva entre los efectos de la procedencia de la causal primera respecto de los efectos de las demás causales;

Que en el caso de que la sentencia o el auto definitivo sean casados en virtud de lo dispuesto en el caso primero, el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos es claro al definir que en este evento, una vez casada la sentencia la causa se devuelve al juzgado o tribunal de origen para que éstos vuelvan a tramitar el proceso desde el momento en que se generó la nulidad insubsanable;

¹ La primera causal del artículo 268 del COGEP corresponde a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación de 1993.

² La causal segunda del artículo 268 del COGEP hace las veces de la antigua causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

³ Indudablemente la causal 3 del artículo 268 del COGEP representa una sustantiva mejora de la redacción de la antigua causal 4 de la Ley de Casación.

⁴ Esta causal corresponde a la antigua causal tercera del artículo 16 de la Ley de Casación.

Que en el caso de que la sentencia sea casada en aplicación de los otros casos, el artículo 273 numerales 2, 3 y 4 del COGEP, dispone claramente que es competente para dictar la sentencia sustitutiva el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, quien deberá casar la sentencia, y expedir la nueva resolución “en mérito de los autos”;

Que de acuerdo con las reglas de interpretación legal establecidas en el artículo 18 del Código Civil, aplicables para la interpretación del COGEP, la expresión “en mérito de los autos” sólo se puede entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; salvo cuando el propio legislador haya definido un significado especial para ciertas materias, caso en el cual se les dará en éstas su significado legal;

Que en mérito de los autos, es una expresión jurídica entendida por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia, como sinónimo de “lo alegado y lo probado”. Así de acuerdo con los numerales 2 y 3 del artículo 273 del COGEP, cuando el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia case la sentencia o auto impugnado, deberá expedir una decisión en remplazo tomando en cuenta los méritos existentes en el proceso.

Que la resolución del recurso extraordinario de casación tiene dos momentos o fases: la de la decisión de los jueces integrantes de la sala de casación sobre si se casa o no se casa la sentencia objeto de impugnación; y la fase del reenvío del expediente o de la expedición de la sentencia sustitutiva, según corresponda.

Que existe dudas, sobre el alcance del artículo 273 del COGEP, respecto de si debe o no considerar los hechos preestablecidos en el proceso y valorar las pruebas legalmente actuadas, y en qué momento se debe hacerlo;

Que una interpretación legal adecuada de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 273 del COGEP conduce a que una vez casada la sentencia impugnada, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus funciones constitucionales y legales, DEBE EXPEDIR EL FALLO que corresponda en mérito de los autos, en sustitución de la que fue casada; es decir según lo alegado y lo probado en el proceso, que implica el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de las pruebas; y, En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial;

RESUELVE:

Artículo 1.- Una vez admitido el recurso, para resolver sobre los cargos formulados a la sentencia de instancia, el tribunal de las Salas Especializadas de Casación no juzgará los hechos, ni valorará la prueba.

Tal prohibición no es aplicable en los casos establecidos en el artículo 273 numerales 2, 3, y 4 del COGEP, casos en los que una vez casada la sentencia de instancia, y para garantizar adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, los jueces y las juezas del Tribunal de las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia dictarán sentencia sustitutiva de la que fue impugnada y casada, y en ese caso deberán considerar los hechos de la demanda, la contestación, las excepciones y valorar la prueba. Esto último dependiendo de las infracciones calificadas en la etapa de admisión.

Artículo 2.- En las causas que se tramiten en la Corte Nacional de Justicia por recursos de casación en los que aun deba aplicarse la Ley de Casación de 1993, codificada en el 2004, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del COGEP, y en caso de que la Sala de Casación decida casar la sentencia por las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la ley de casación, los integrantes de la sala deberán dictar una nueva sentencia o auto de mérito en los siguientes términos:



1. Cuando la infracción verse sobre la indebida aplicación, falta de aplicación, o errónea interpretación de normas de derecho se dictará sentencia, en mérito de los autos, corrigiendo el error de derecho.
2. Si el error consistiera en indebida aplicación, falta de aplicación, o errónea interpretación de un precepto relativo a la valoración de la prueba, y que tal actuación hubiere causado la equivocada aplicación o la no aplicación de una norma sustantiva, se dictará la sentencia con fundamento en los hechos y las pruebas legítimamente actuadas y que obran en el expediente.
3. En caso de casar la sentencia de acuerdo a la causal quinta, se dictará una nueva sentencia corrigiendo los vicios de la incongruencia.
4. En el evento de que se case la sentencia impugnada en virtud de la causal quinta de la ley de casación, se anulará el fallo impugnado y se dictará la sentencia motivada, cumpliendo con los requisitos de fondo y forma de la sentencia. Si existiere contradicción entre la parte considerativa y la resolutive de la sentencia en la nueva sentencia se corregirá el error asegurándose que la resolución guarde coherencia con la parte motiva.

Artículo 3.- En el caso previsto en el artículo 273 numeral 2 del COGEP, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, casado el fallo, emitirá sentencia o auto corrigiendo el vicio y aplicando correctamente los principios y reglas de valoración de las pruebas infringidas; y de ser necesario, se analizará los hechos y se valorará las pruebas.

Artículo 4.- Casada la sentencia en aplicación del numeral 3 del artículo 273 del COGEP, los jueces y juezas del Tribunal de la Sala Especializada de Casación correspondiente, verificada la ocurrencia del vicio, dictarán una nueva sentencia “en mérito de los autos” corrigiendo el error de derecho y reemplazando los fundamentos jurídicos errados por los adecuados, según corresponda.

Artículo 5.- Casada la sentencia por falta de motivación, el Tribunal de la Sala Especializada de Casación dictará sentencia debidamente motivada.

Artículo 6.- Para efectos de la presente resolución se entenderá que la interpretación legal correcta de la expresión técnica “en mérito de los autos” abarca el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de la prueba.

Artículo 7.- La presente resolución tiene el carácter de general y obligatoria y rige mientras una ley específica sobre la materia no disponga en 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 veintidós días del mes de febrero del año dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (voto en contra), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (voto en contra), Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronero (voto en contra), 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Silvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Efraín Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL (voto en contra); Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



REGLAS PARA EL TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN No. 08-2017
R.O. 983 de 12 de abril de 2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República (artículo 168.6) establece 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;

Que asimismo el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador establece: *“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 la indefensión;*

Que de acuerdo con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas;

Que el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que: *“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 en 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...”;*

Que la Constitución de la República dentro de los derechos de protección, ha consagrado a la tutela judicial efectiva (artículo 75), al debido proceso (artículo 76) y a la seguridad jurídica (artículo 82), como una trilogía de derechos que constituyen el instrumento de defensa de los y las ecuatorianos y de las y los extranjeros, que permiten garantizar el correcto juzgamiento y aplicación de las normas jurídicas dentro de cualquier procedimiento;

Que de acuerdo 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”, que incluirá, entre otras garantías: “a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...”;*



Que el artículo 169 *Ibídem* establece: *“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”*;

Que el artículo 84 de la Constitución, imperativamente dispone que *“todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades...”*

Que el artículo 4 del Código Orgánico General de Procesos dispone: *“La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible”*;

Que el artículo 79 del Código Orgánico General de Procesos, establece los lineamientos generales para el desarrollo de las audiencias;

Que el artículo 93 del Código Orgánico General de Procesos, ordena: *“Al finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días...”*;

Que el artículo 94 del Código Orgánico General de Procesos, señala:

“Las resoluciones judiciales de fondo o mérito dictadas en audiencia deberán contener:

1. El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto.
2. La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega.
3. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

La o el juzgador, en el auto interlocutorio o sentencia escrita, motivará su decisión y cumpliendo con los requisitos, respetará y desarrollará los parámetros enunciados en el procedimiento oral”;

Que el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación prevé la inapelabilidad del laudo arbitral cuando expresamente dice: *“Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecute, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley”*; mientras que de acuerdo con el artículo 31 de la mencionada ley, *“Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el*

tribunal arbitral. Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite...”. Es decir, según el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, existe disposición expresa, que los laudos arbitrales no son susceptibles de apelación; en tanto que de acuerdo con el artículo 31 ibídem, en forma expresa se establece que únicamente cabe la acción de nulidad del laudo arbitral.

Que la Corte Constitucional en sentencia No. 007-16-SCN-CC, de fecha 28 de septiembre de 2016, en relación a la consulta de norma realizada por los jueces de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, sobre la constitucionalidad de los Arts. 30 y 31 de la ley de Arbitraje y Mediación, ha establecido que: *“En tal virtud, existen procesos en los cuales la ley expresamente no prevé la posibilidad de presentar recursos, lo cual no significa una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, sino por el contrario, implica el acceso a la justicia bajo un marco de certeza jurídica. Siendo así, existen disposiciones expresas que conforme lo manifestado impiden la presentación de recursos adicionales a la acción de nulidad respecto de laudos arbitrales”*.

Que la Corte Constitucional en sentencia No. 008-13-SCN-CC, de fecha 14 de marzo de 2013, determina: *“Sin embargo, aún 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”*.

Que asimismo la Corte Constitucional en sentencia No. 081-13-SEP-CC, de 23 de octubre de 2013, establece que: *“Una de las características principales del proceso arbitral, es la establecida en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual señala que los laudos arbitrales son inapelables; por lo que las partes, al aceptar someterse a un proceso arbitral, implícitamente aceptan la inapelabilidad de los laudos arbitrales y de esta manera aceptan someterse a la decisión en estos adoptada”*.

Que en sentencia No. 173-14-SEP-CC, de fecha 15 de octubre de 2014, la Corte Constitucional ha señalado: *“De tal forma, la acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral, lo que no genera ni da lugar a considerar que la acción de nulidad es una acción independiente del laudo que tiene un trámite adicional al previsto en el artículo mencionado, ya que por el contrario surge de éste, conforme lo determina la ley. Siendo así, la restricción impuesta en el artículo 30 -inapelabilidad laudo arbitral- genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción”*.

Que han surgido dudas a nivel de las Cortes Provinciales del país, en cuanto al procedimiento y recursos que se debe aplicar en los casos de nulidad de laudos arbitrales presentados en las Cortes Provinciales, a partir de la vigencia del Código Orgánico de Procesos;

En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, la obligación impuesta en el artículo 84 de la Constitución de la República, para adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales,



RESUELVE:

Art. 1.- En observancia de lo dispuesto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como en los Arts. 4, 79, 93 y 94 del Código Orgánico General de Procesos, en el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral se aplicarán las siguientes reglas:

1. La acción de nulidad de laudo arbitral se presentará ante el árbitro o tribunal arbitral que dictó el laudo, dentro del término de diez días contados desde la fecha en que éste se ejecutorió.
2. El árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días remitirá el proceso al o la Presidenta de la Corte Provincial de Justicia, respectiva.
3. La o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia verificará si la acción fue interpuesta dentro de término, en caso afirmativo la pondrá en conocimiento de la contraparte para que la conteste dentro del término de cinco días. En caso negativo inadmitirá la petición.
4. Para resolver la acción de nulidad, la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia convocará a las partes a audiencia única, la que tendrá lugar dentro del término de treinta días contados desde la fecha que tuvo conocimiento de la acción. En esta audiencia se practicarán las pruebas anunciadas al proponer la nulidad o al contestarla.

Art. 2.- Para el desarrollo de la audiencia, la o el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, deberá seguir los lineamientos generales de las audiencias establecidas en el artículo 79 del Código Orgánico General de Procesos y, tomará en cuenta los efectos previstos en el artículo 87 del mismo cuerpo legal.

Art. 3.- Una vez finalizada la audiencia, el administrador de justicia deberá pronunciar su decisión en forma oral, y notificará la sentencia motivada por escrito, conforme a lo establecido en los artículos 93 y 94 del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 4.- De la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación.

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 veintidós días del mes de marzo de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea (V.C.), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Rocío Salgado Carpio (V.C.), Dr. Jorge Blum Carcelén (V.C.), Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Francisco Iturralde Albán (V.C.), Dra. Teresa Delgado Viteri, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. Guillermo Narváez Pazos, Dr. Edgar Flores Mier, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



RENOVACIÓN PARCIAL DE LA SALA LABORAL

RESOLUCIÓN No. 09-2017
R.O. 983 de 12 de abril de 2017

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 el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 183 dispone 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...”*;

Que desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se implementó el sistema oral en nuestro derecho procesal, lo que ocasiona dificultades para los Jueces Nacionales que integran más de una Sala especializada, pues la sustanciación y resolución de los procesos se realiza mediante audiencias;

En uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

Art. 1.- Renovar parcialmente la integración de la Sala especializada de lo Laboral, a la que la Jueza Nacional doctora María del Carmen Espinoza Valdivieso seguirá perteneciendo únicamente para el conocimiento de los juicios que llegan a esa Sala con recursos interpuestos al amparo de la Ley de Casación; y, asuntos constitucionales.

Las causas que lleguen a partir de esta fecha a la Sala especializada de lo Laboral, al amparo del Código Orgánico General de Procesos, serán sorteados entre los demás Jueces y Juezas que integran la Sala.

Los juicios laborales que actualmente se encuentran en conocimiento de la mencionada Jueza Nacional, continuarán bajo su competencia, en la misma calidad que le hayan correspondido por sorteo, esto es, como ponente o como miembro del tribunal.

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 veintidós días del mes de marzo de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Francisco Iturralde Albán, Dra. Teresa Delgado Viteri, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. Guillermo Narváez Pazos, Dr. Edgar Flores Mier CONJUECES Y CONJUEZA. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



LO RESUELTO POR LOS TRIBUNALES DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EN MATERIA DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO, EN RESOLUCIONES EJECUTORIADAS, TIENEN EL CARÁCTER DE COSA JUZGADA Y NO PUEDE VOLVER A DISCUTIRSE EN UN JUICIO INDIVIDUAL DE TRABAJO. POR TANTO, LOS JUECES DE TRABAJO NO TIENEN COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER ASUNTOS MATERIA DE DECISIÓN EN UN CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO. SALVO QUE EN LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO SE RECLAME PRETENSIONES QUE NO FUERON MATERIA DE CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO

RESOLUCIÓN No. 10-2017

Suplemento del Registro Oficial No. 1006 de 17 de mayo de 2017

**INFORME TÉCNICO SOBRE FALLO DE TRIPLE REITERACIÓN
SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

I.- PROPUESTA

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, ha considerado la siguiente propuesta de acuerdo a los fallos que se adjuntan y que coinciden en un mismo punto de derecho:

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CAUSA COSA JUZGADA

“Lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tienen el carácter de cosa juzgada y no puede volver a discutirse en un juicio individual de trabajo. Por tanto, los jueces de trabajo no tienen competencia para conocer y resolver asuntos materia de decisión en un conflicto colectivo de trabajo. Salvo que en la acción individual de trabajo se reclame pretensiones que no fueron materia de conocimiento y resolución del Conflicto Colectivo”.

Propuesta que se la fundamenta en los siguientes casos así:

- a) Juicio Nro. 1638-2013; Resolución Nro. 0479-2014, de fecha 11 de Julio de 2014, a las 16H55, por el Tribunal conformado por el Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dra. Zulema Pachacama Nieto y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Conjueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia.
- b) Juicio Nro. 1762-2014; Resolución Nro. 0465-2015, de fecha 2 de septiembre de 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Juez y Conjueza de la Corte Nacional de Justicia.
- c) Juicio Nro. 1656-2013; Resolución Nro. 0391-2015, de fecha 17 de julio de 2015, a las 13h18, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Merck Benavides y Dra. Paulina Aguirre Suárez, Juez y Jueza de la Corte Nacional de Justicia.
- d) Juicio Nro. 0413-2014; Resolución Nro. 0861-2014, de fecha 11 de noviembre de 2014, a las 10h27, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Merck Benavides Benalcázar y Dra. Mariana Yumbay Yallico, Juez y Jueza de la Corte Nacional de Justicia.
- e) Juicio Nro. 1657-2013; Resolución Nro. 0809-2014, de fecha 24 de octubre de 2014, a las 10h00, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dra. Gladys Terán Sierra y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia.

II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar, entre otros, los derechos al debido proceso, a la igualdad, y a la seguridad jurídica; derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en instrumentos de origen internacional, y en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

Así nuestra Constitución establece:

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

“**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.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

Art. 185.- Las sentencias emitidas por la 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 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”.

Con relación a la Propuesta el Código Orgánico de la Función Judicial instituye;

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“Art. 182.- Precedentes jurisprudenciales.- 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.

RESOLUCIÓN NRO. 069-2016 CONSEJO DE LA JUDICATURA

El Pleno del Consejo de la Judicatura, con fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis mediante Resolución 069-2016, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 756, de 17 de mayo de 2016, expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia.

RESOLUCIÓN NRO. 0135-2016 CONSEJO DE LA JUDICATURA

El Pleno del Consejo de la Judicatura, con fecha nueve de agosto de dos mil dieciséis mediante Resolución 135-2016, expidió el Instructivo al Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia.

RESOLUCIÓN NRO. 1A -2016 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

La Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 1A-2016, Publicada en el Registro Oficial 767 de 2 de junio de 2016, implementa el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, unificación de la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la resolución de la aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para una adecuada cimentación del precedente jurisprudencial y una mejor comprensión de la propuesta se determinan y desarrollan los siguientes problemas jurídicos:

¿Puede reclamarse en una acción individual ante la justicia ordinaria pretensiones que fueron conocidas y resueltas por un Tribunal de Conciliación y Arbitraje en un conflicto colectivo de trabajo?

En un Estado Constitucional de derechos y justicia como es el caso de Ecuador, el Juez ordinario también es un Juez garantista, en la medida que debe respetar los derechos consagrados en la Constitución y aplicarlos de forma inmediata y directa tal como lo prevé el Art. 11 numeral 3 que establece: “*El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios... 3. Los derechos y garantías establecidos en la*

Constitución y en los instrumentos privados internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte....”, en este sentido, las normas constitucionales se deben respetar en todas las instancias y etapas de los procesos judiciales tanto en materias ordinarias como en los procesos de garantías jurisdiccionales, de naturaleza netamente constitucional.

No existe vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, cuya intangibilidad e irrenunciabilidad está consagrada en el Art. 326.2 de la Constitución de la República; derechos reconocidos y ejecutados por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje en el ejercicio de sus funciones al tenor de la disposición del Art. 326.12 de la Constitución de la República que establece *“El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios. ... 12 Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”*

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, manifiesta: *“Las garantías constitucionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación...”* vulneración que puede presentarse dentro de cualquier proceso judicial ordinario o constitucional sin importar la materia de que se trate.

El Código del Trabajo en su Art. 488 inciso cuarto establece *“El fallo del Tribunal de Conciliación y Arbitraje no será susceptible de recurso alguno, pero las partes podrán pedir aclaración o ampliación del mismo, dentro de los días siguientes a la notificación, de dicho fallo”*

En los términos previstos en los artículos 483 y 488 del Código del Trabajo, lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, tienen el efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil (actual Art. 101 del Código General de Procesos), se refiere a que *“La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho.- En consecuencia no podrá seguirse un nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho,.....”*

Manuel Alonso García en su libro **Curso de Derecho del Trabajo**, sobre la **Conciliación** la define como *“aquel sistema de sustanciación de conflictos de trabajo (individuales y colectivos), por virtud del cual las partes del mismo ante un tercero que ni propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones, tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial.....”*, al **Arbitraje** lo define como *“aquella institución jurídica destinada a resolver un conflicto individual o colectivo planteado entre sujetos de una relación de derecho, y consistente en la designación de un tercero árbitro, cuya decisión se impone en virtud del compromiso adquirido en tal sentido por las partes interesadas....”*

Por lo que en resumen.- El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el cual particulares que no revisten la calidad de jueces comunes, resuelven controversias susceptibles de transacción con exclusión de la justicia ordinaria.-El procedimiento arbitral es sencillo y ágil, por lo que permite a las partes rápidamente resolver sus conflictos; la sentencia arbitral, que pone fin al litigio y a la jurisdicción de los árbitros, tiene el mismo status que una sentencia judicial, puede ejecutarse como tal y tiene efecto de cosa juzgada. Sin embargo, en caso de incumplimiento, su ejecución no puede ser llevada a cabo por el árbitro o tribunal arbitral que lo emite, sino que la justicia ordinaria es la encargada de ejecutar lo juzgado por los árbitros, a través de un trámite especial y vía de apremio.

Con respecto a la **Cosa Juzgada**. Hernando Devis Echandía, 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 la voluntad del juez, sino por voluntad de la Ley. Pero la 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 otorgue el efecto 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 cada una de las sentencias del Tribunal de Conciliación y Arbitraje”.

La cosa juzgada es una naturaleza estrictamente procesal, porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifestada 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 en su efecto directo, produciendo así la definitividad de la certeza jurídica de aquellas. Ambos son efectos jurídicos de la cosa juzgada.

Julio César Trujillo al analizar la cosa juzgada expresa: “Al tratar el 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 cuando 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 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 sean la sentencia de segunda instancia o la 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 COGEP Art. 101).- **Sentencia ejecutoriada.**- La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma.- **Carlos María Enrigue Lancaster-Jones** en el Manual de Excepciones Civiles, en la Página 68, sobre la **cosa juzgada** expresa: “La excepción de cosa juzgada se refiere a la cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los Tribunales de Justicia”; el mismo autor cita a **Piero Calamandrei** quien establece que “...la cosa juzgada no crea ni una presunción ni una ficción de verdad; la cosa juzgada solo crea la irrevocabilidad jurídica del mandato, sin cuidarse de distinguir si las premisas psicológicas de las cuales ese mandato ha nacido, son premisas de verdad o solamente de verosimilitud. .” **Carnelutti**, quien siguiendo la línea de Calamandrei, sostiene que la justicia de la sentencia, o su injusticia no tiene nada que ver con su eficacia declarativa o constitutiva, ni en general, con la eficacia jurídica del fallo (de la cosa juzgada), como se desprende de la doctrina, la institución de la cosa juzgada no es aplicable únicamente en materia civil, sino en todas las materias, pues parte de la seguridad jurídica, que garantiza el debido proceso.

Los argumentos expuestos nos permiten concluir que lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje no es susceptible de recurso alguno ya que aquello causa efectos de cosa juzgada.

1. CRITERIOS COINCIDENTES O REITERATIVOS

1.1. INFORME:

RESOLUCIONES:	
<p>1)</p> <p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Sentencia Nro. 1638-2013; Resolución Nro. 0479-2014, de fecha 11 de Julio de 2014, a las 16H55, por el Tribunal conformado por el Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dra. Zulema Pachacama Nieto y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Conjuenza y Juez de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>El actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Las normas que considera infringidas son: falta de aplicación de los artículos 114, 121, 165 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, artículo 297 ibídem; normas que, según afirma han llevado a la vulneración indirecta de los artículos 95, 185, 188, 233 y 503 del Código del Trabajo; así como de la Cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo. El recurrente invoca la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; pues afirma que en la sentencia recurrida ha existido falta de aplicación del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, porque la parte demandada no ha justificado en el proceso absolutamente nada, que no aporta prueba alguna en relación al pago de los valores reclamados en la demanda, que no ha demostrado que formen parte de la última remuneración en condiciones normales de trabajo; que el documento de finiquito firmado es nulo, que alega el recurrente es nulo y sin valor legal, por lo cual es impugnabile de acuerdo a lo previsto en el artículo 595 del Código del Trabajo, y al numeral segundo del artículo 326 de la Constitución del Estado, ya que el 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 la terminación de la relación laboral, calculado en los términos del artículo 95 del Código Obrero, es intangible e irrenunciable, por lo que no podía ser materia de transacción..-La Sala Especializada de lo Laboral, una vez y estudiado el recurso no casa la sentencia.</p> <p><i>La ejecución de convenios o actas que pongan fin a los conflictos colectivos realizadas por los Tribunales de primera instancia del Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo), cuya competencia está determinada en el Art. 491 del Código del Trabajo; surgen reclamaciones por parte del trabajador o el empleador planteadas mediante acciones individuales ante los Jueces de Trabajo; éstos y por lo mismo la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para resolver el conflicto individual sometido a su conocimiento no así para pronunciarse en la ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que surte efectos de cosa juzgada. Al expresar el recurrente en su recurso de casación en lo pertinente que señala “.....Se deja a salvo los derechos que le asiste a cada uno de los trabajadores despedidos de reclamar sus derechos en la vía judicial....”, ha de entenderse que existen derechos de los trabajadores que no fueron materia de conflicto colectivo resuelto en sentencia dictada por dicho Tribunal el trabajador no pierde el derecho de reclamos individualmente, por lo que no es competencia del juez o tribunal revisar en otro proceso de las ejecuciones de sentencias ejecutoriadas, porque ello desnaturalizaría el efecto de la cosa juzgada y violenta el principio de seguridad jurídica que el propio actor reconoce al manifestar que no es su intención la que “... se altere la sentencia dictada por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje”.</i></p>



<p>ABSTRACT:</p> <p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>2) Sentencia Nro. 1762-2014; Resolución Nro. 0465-2015, de fecha 2 de septiembre de 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Juez y Conjueza de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>El actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Las normas que considera infringidas son los artículos 82; 172; 326 numerales 2, 3 y 13; 424 y 426 de la Constitución de la República. Arts. 481, 489, 491, 496, 565, 568 y 573 del Código del Trabajo; pronunciamiento de la Corte Constitucional publicado en el Registro Oficial Nro. 192 de 13 de mayo de 2010.- El actor alega que la Sala de instancia aplica indebidamente los Arts. 481, 489, 491, 496, 565, 568 y 573 del Código del Trabajo, aplicable para el caso de huelga, en conflictos colectivos, que no tiene relación con la demanda, porque no se trata de un conflicto colectivo, sino de una relación individual, personal, ya que en la demanda lo que reclama son los derechos personales que tiene como trabajador, mas no ha demandado para que se cancele valores para todos los miembros de un sindicato, como lo entiende la Sala de instancia. Que al existir aplicación indebida de los Arts.565, 568 y 573 del Código del Trabajo, confunde las decisiones de las autoridades administrativas en materia laboral con el derecho de los trabajadores. Que se interpreta erróneamente la sentencia pronunciada por la Corte Constitucional de fecha 3 de mayo del 2010 publicada en el R.O. 192 de 13 de mayo de 2010, que se confunde con una reclamación de un conflicto colectivo. Que lo antes mencionado ha derivado en la violación expresa del Art. 328 numerales 2 y 13 de la Constitución de la República, que la Sala debió observar éste mandato Constitucional y rechazando el recurso de apelación de la accionada, debió confirmar la sentencia de primer nivel; y que sin embargo se hizo todo lo contrario y se modifica el valor que debe pagársele. Que se inobserva el Art. 326 numeral 3; 171, 82; 424 y 426 de la Constitución de la República ya que se falla en contra de estos mandatos, en lugar de tener en cuenta la supremacía de la Constitución sobre estos temas del Código del Trabajo.- La Sala Especializada de lo Laboral, una vez analizado y estudiado el recurso no casa la sentencia.</p> <p><i>En el caso de estudio, como se desprende de la doctrina, la institución de la cosa juzgada es aplicable en todas las materias, pues es parte de la seguridad jurídica, una de las garantías del debido proceso. A esto se debe añadir que las sentencias dictadas por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, como ocurre en este caso no pueden ser impugnadas ante los jueces individuales de trabajo, porque se vulnera la competencia privativa de esos Tribunales y además, el principio de la inmutabilidad de las sentencias que han alcanzado la condición de cosa juzgada, toda vez que se estaría creando una nueva instancia, cuando las pretensiones que no se las ha admitido en un conflicto colectivo de trabajo, pueden ser revisadas por un juez laboral, alterando lo resuelto por un Tribunal de Conciliación y Arbitraje</i></p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>3) Sentencia Nro. 1656-2013; Resolución Nro. 0391-2015, de fecha 17 de julio de 2015, a las 13h18, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Merck Benavides y Dra. Paulina Aguirre Suárez, Juez y Jueza de la Corte Nacional de Justicia.</p> <p>El actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Las normas que considera infringidas son: falta de aplicación de los artículo 114, 121, 165 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida artículo 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 del Trabajo; así como la cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo.- Que la norma del artículo 326 numeral 2 de la Constitución del</p>

<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p>Estado determina como principio esencial del 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 que permite la impugnación del Acta de Finiquito como documento liberatorio, más aún cuando contiene renuncia de derechos y violaciones de la Ley, el Art. 82 de la Constitución de la República que determina la seguridad jurídica más aún en un estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuatoriano y que todo ello le han conllevado a un perjuicio, que espera sea reparado con el recurso de casación.- La Sala Especializada de lo Laboral, una vez analizado y estudiado el recurso no casa la sentencia.</p> <p><i>En el presente caso el accionante al haber sido beneficiario de una sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, que se 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 esta fase cualquier reclamación y no en un juicio diferente por cuanto ello transgrede el principio de cosa juzgada, como ya se lo analizó.</i></p>
<p>ABSTRACT:</p>	<p>4) Sentencia Nro. 0413-2014; Resolución Nro. 0861-2014, de fecha 11 de noviembre de 2014, a las 10h27, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Merck Benavides Benalcázar y Dra. Mariana Yumbay Yallico, Juez y Jueza de la Corte Nacional de Justicia</p> <p>El actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Las normas que considera infringidas son: falta de aplicación de los artículos 114, 121, 165 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida artículo 297 íbidem; 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 del Trabajo; así como la cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo. 2.- Que la norma del artículo 326 numeral 2 de la Constitución del Estado, determina como principio esencial del 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 que permite la impugnación del Acta de Finiquito como documento liberatorio, más aún cuando contiene renuncia de derechos y violaciones de la Ley, el Art. 82 de la Constitución de la República que determina la seguridad jurídica más aún en un estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuatoriano y que todo ello le han conllevado a un perjuicio, que espera sea reparado en casación. La Sala Especializada de lo Laboral, una vez analizado y estudiado el recurso no casa la sentencia.</p>
<p>RATIO DECIDENDI:</p>	<p><i>En el presente caso el accionante al haber sido beneficiario de una sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, que se 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 esta fase cualquier reclamación y no en un juicio diferente por cuanto ello transgrede el derecho de cosa juzgada en los términos que ya se analizó.</i></p>

- 5) Sentencia Nro. 1657-2013; Resolución Nro. 0809-2014, de fecha 24 de octubre de 2014, a las 10h00, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidía, Juez Ponente, Dra. Gladys Terán Sierra y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia.

ABSTRACT: El actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Las normas que considera infringidas son: falta de aplicación de los artículos 114, 121, 165 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida artículo 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 del Trabajo; así como la cláusula Décima del Décimo Noveno Contrato Colectivo de Trabajo. 2.- Que la norma del artículo 326 numeral 2 de la Constitución del Estado, determina como principio esencial del 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 que permite la impugnación del Acta de Finiquito como documento liberatorio, más aún cuando contiene renuncia de derechos y violaciones de la Ley, el Art. 82 de la Constitución de la República que determina la seguridad jurídica más aún en un estado Constitucional de derechos y justicia como es el Ecuatoriano y que todo ello le han conllevado a un perjuicio, que espera sea reparado en casación. La Sala Especializada de lo Laboral, una vez analizado y estudiado el recurso no casa la sentencia.

RATIO DECIDENDI: *En el presente caso el accionante al haber sido beneficiario de una sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, que se 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 esta fase cualquier reclamación y no en un juicio diferente por cuanto ello transgrede el derecho de cosa juzgada en los términos que ya se analizó.*

1.2.- **REGLA:**

Sobre la base de todo lo expuesto, se determina la siguiente situación fáctica concreta y reiterativa:

RESOLUCIÓN TRIBUNAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CAUSA COSA JUZGADA

“Lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tienen el carácter de cosa juzgada y no puede volver a discutirse en un juicio individual de trabajo. Por tanto, los jueces de trabajo no tienen competencia para conocer y resolver asuntos materia de decisión en un conflicto colectivo de trabajo. Salvo que en la acción individual de trabajo se reclame pretensiones que no fueron materia de conocimiento y resolución del conflicto colectivo”.

RESOLUCIÓN No. 10-2017

APROBACIÓN DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que los artículos 184.2 y 185 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial número 449, de 20 de octubre de 2008, establecen como una función 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, para lo cual debe remitirse el fallo al Pleno de la Corte a fin de que este 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 dicho procedimiento contenido en el artículo 185 de la Constitución se compone de cuatro etapas necesarias para que la jurisprudencia de las salas que en un principio tiene efectos *inter partes* se transforme en precedente jurisprudencial obligatorio con efectos erga omnes:

- Existencia de por lo menos tres sentencias o autos con fuerza de sentencia ejecutoriados en los que exista una opinión o criterio uniforme de la sala para resolver los casos, siempre y cuando los casos resueltos tengan o presenten similar patrón fáctico;
- Remisión de los fallos que contienen las opiniones reiteradas al Pleno de la Corte Nacional para su estudio;
- Deliberación de las y los integrantes del Pleno; y,
- Expedición dentro del plazo de sesenta días hábiles de la resolución de ratificación o rechazo del precedente.

Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 544, de 9 de marzo de 2009, establece que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración, debiendo la resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, 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;

Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 1A-2016, publicada en el Registro Oficial 767, de 2 de junio de 2016, expidió el Procedimiento de identificación y sistematización de Líneas Jurisprudenciales, unificación de la estructura de la Resolución de aprobación de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios;

IDENTIFICACIÓN DE LOS FALLOS QUE CONTIENEN EL PUNTO REITERADO:

La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha dictado las siguientes sentencias que recogen el mismo punto de derecho:



- a) Juicio Nro. 1638-2013; Resolución Nro. 0479-2014, de fecha 11 de Julio de 2014, a las 16H55, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dra. Zulema Pachacama Nieto y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Conjueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia.
- b) Juicio Nro. 1762-2014; Resolución Nro. 0465-2015, de fecha 2 de septiembre de 2015, a las 09h30, por el Tribunal conformado por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Ponente, Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Juez y Conjueza de la Corte Nacional de Justicia.
- c) Juicio Nro. 1656-2013; Resolución Nro. 0391-2015, de fecha 17 de julio de 2015, a las 13h18, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Merck Benavides Benalcázar y Dra. Paulina Aguirre Suárez, Juez y Jueza de la Corte Nacional de Justicia.
- d) Juicio Nro. 0413-2014; Resolución Nro. 0861-2014, de fecha 11 de noviembre de 2014, a las 10h27, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dr. Merck Benavides Benalcázar y Dra. Mariana Yumbay Yallico, Juez y Jueza de la Corte Nacional de Justicia
- e) Juicio Nro. 1657-2013; Resolución Nro. 0809-2014, de fecha 24 de octubre de 2014, a las 10h00, por el Tribunal conformado por el Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Ponente, Dra. Gladys Terrán Sierra y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia.

DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE RESUELVEN LAS SENTENCIAS:

La Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en los fallos ya mencionados:

Puede reclamarse en una acción individual ante la justicia ordinaria pretensiones que fueron conocidas y resueltas por un Tribunal de Conciliación y Arbitraje en un conflicto colectivo de trabajo?

LÍNEA ARGUMENTAL COMÚN

En tales sentencias la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia ha desarrollado y reiterado la siguiente línea argumental, respecto del problema jurídico resuelto en las sentencias citadas:

- a) *Si en la ejecución de convenios o actas que pongan fin a los conflictos colectivos realizadas por los Tribunales de primera instancia del Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo), cuya competencia está determinada en el Art. 491 del Código del Trabajo; surgen reclamaciones por parte del trabajador o el empleador planteadas mediante acciones individuales ante los Jueces de Trabajo; éstos y por lo mismo la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para resolver el conflicto individual sometido a su conocimiento no así para pronunciarse en la ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje que surte efectos de cosa juzgada. Al expresar el recurrente en su recurso de casación en lo pertinente que señala “.....Se deja a salvo los derechos que le asiste a cada uno de los trabajadores despedidos de reclamar sus derechos en la vía judicial...”, ha de entenderse que existen derechos de los trabajadores que no fueron materia de conflicto colectivo resuelto en sentencia dictada por dicho Tribunal el trabajador no pierde el derecho de reclamos individualmente, por lo que no es competencia del juez o tribunal revisar en otro proceso de las ejecuciones de sentencias ejecutoriadas, porque ello desnaturalizaría el efecto de la cosa juzgada y violenta el principio de seguridad jurídica que el propio actor reconoce al manifestar que no es su intención que “... se altere la sentencia dictada por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje”.*

- b) *En el caso de estudio, como se desprende de la doctrina, la institución de la cosa juzgada es aplicable en todas las materias, pues es parte de la seguridad jurídica, una de las garantías del debido proceso. A esto se debe añadir que las sentencias dictadas por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, como ocurre en este caso no pueden ser impugnadas ante los jueces individuales de trabajo, porque se vulnera la competencia privativa de esos Tribunales y además, el principio de la inmutabilidad de las sentencias que han alcanzado la condición de cosa juzgada, toda vez que se estaría creando una nueva instancia, cuando las pretensiones que no se las ha admitido en un conflicto colectivo de trabajo, pueden ser revisadas por un juez laboral, alterando lo resuelto por un Tribunal de Conciliación y Arbitraje.*
- c) *En el presente caso el accionante al haber sido beneficiario de una sentencia del Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, que se 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 esta fase cualquier reclamación y no en un juicio diferente por cuanto ello transgrede el principio de cosa juzgada, como ya se lo analizó.*

Que como resultado del desarrollo de la línea argumental común, la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia dictó la siguiente:

JURISPRUDENCIA REITERATIVA

Las sentencias dictadas por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje causan ejecutoria y producen el efecto de cosa juzgada, por lo tanto, ninguna de las partes jurídicamente, podría proponer que algún órgano judicial proceda a la revisión de lo resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje. - La institución de la cosa juzgada implica que no es posible volver a discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto en otro proceso anterior, para que este enunciado sea válido y encontrarnos frente a un verdadero caso de cosa juzgada son necesarios los siguientes elementos: identidad subjetiva y la identidad objetiva; **la identidad subjetiva**, en la que intervienen las mismas partes procesales y **la identidad objetiva**, en la que el objeto del juicio es la misma cosa, cantidad o hecho fundamentado en la misma causa, razón o derechos.- Como regla general un nuevo juicio que reúna iguales calidades en todos sus elementos no puede ser discutido nuevamente, salvo excepciones puntuales y justificadas, sin embargo es necesario distinguir entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, distinción generalmente aceptada por la doctrina y la legislación romanista; **la cosa juzgada formal**.- Que es la imposibilidad de acceder a recursos ante determinado resultado procesal, la cosa juzgada formal no resuelve el fondo del proceso, el objeto mismo de la litis sino únicamente las excepciones dilatorias, aquellas excepciones que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda. Nada impide que subsanadas dichas excepciones pueda tratarse nuevamente la causa de fondo de la litis en un nuevo proceso. **La cosa juzgada material**.-Que es la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso sobre la causa que goce de esta calidad impide casi de manera absoluta un nuevo tratamiento, la sentencia adquiere un resultado definitivo frente al órgano jurisdiccional que la dictó, como frente a los demás órganos jurisdiccionales, los cuales no sólo están impedidos expresamente de conocer el fallo sino de rever sus resultados.- La prohibición alcanza también a los sujetos del proceso quienes no pueden ejercer su derecho de acción nuevamente sobre el mismo supuesto.- En los casos de estudio al haber sido beneficiarios de sentencias dictadas por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, y en el que se les reconoce a su favor pago de indemnizaciones por despido intempestivo, y considerando que tal derecho es irrenunciable, lo que correspondía es realizar en esta fase cualquier reclamación ante el Presidente del Tribunal de Conciliación y Arbitraje y no en un juicio diferente por cuanto ello transgrede el derecho a la seguridad jurídica y el principio de la cosa juzgada.- En lo que respecta a **seguridad jurídica** el Art. 82 de la Constitución establece “*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el derecho a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas, previas, claras y públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”. Institución que a decir de Osvaldo Alfredo Gozaíni, “(...) se posesiona 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 orden (...). *La seguridad jurídica obliga, en consecuencia, a dar firmeza, constancia y anticipación de las contingencias de cualquier procedimiento sin exagerar la previsión por el riesgo del sacramentalismo estéril.— Lo que se pretende es 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* ". De tal forma que no es competencia de ningún juez o tribunal revisar en otro proceso las ejecuciones de sentencias ejecutoriadas, porque ello desnaturalizaría el efecto de la cosa juzgada y violenta el principio de seguridad jurídica consagrada en nuestra Constitución.

RESUELVE:

Art. 1.- Atender la solicitud de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia y por tanto aprobar el informe técnico, remitido por la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia.

Art. 2.- Declarar como jurisprudencia obligatoria el criterio jurídico de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, expuesto en la jurisprudencia desarrollada en las sentencias que se detallan a continuación:

- a) Juicio Nro. 1638-2013; Resolución Nro. 0479-2014, de fecha 11 de Julio de 2014, a las 16H55.
- b) Juicio Nro. 1656-2013; Resolución Nro. 0391-2015, de fecha 17 de julio de 2015, a las 13h18.
- c) Juicio Nro. 1657-2013; Resolución Nro. 0809-2014, de fecha 24 de octubre de 2014, a las 10h00.
- d) Juicio Nro. 0413-2014; Resolución Nro. 0861-2014, de fecha 11 de noviembre de 2014, a las 10h27.
- e) Juicio Nro. 1762-2014; Resolución Nro. 0465-2015, de fecha 2 de septiembre de 2015, a las 09h30.

Art. 3.- DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE lo siguiente:

“Lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tienen el carácter de cosa juzgada y no puede volver a discutirse en un juicio individual de trabajo. Por tanto, los jueces de trabajo no tienen competencia para conocer y resolver asuntos materia de decisión en un conflicto colectivo de trabajo. Salvo que en la acción individual de trabajo se reclame pretensiones que no fueron materia de conocimiento y resolución del conflicto colectivo”.

Art. 4.- Disponer que la Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia, remita copias certificadas de la presente resolución a la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia, para su sistematización; y, al Registro Oficial, para su inmediata publicación.

Art. 5.- Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, 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 veintiséis días del mes de abril del año dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio (voto en contra), Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Guillermo Narváez Pazos, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUECES NACIONALES; Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



CÓMO DEBE CONTABILIZARSE EL TÉRMINO PARA INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN

RESOLUCIÓN No. 11-2017

Suplemento del Registro Oficial No. 1006 de 17 de mayo de 2017

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES

Existen ciertos conceptos jurídicos referentes a los efectos de las resoluciones que es necesario tratarlos y abordarlos previo a determinar el problema jurídico que se plantea como pregunta: ¿desde cuándo se cuentan los términos para la interposición del recurso de casación?

Esas figuras jurídicas son la “*sentencia ejecutoriada*” y la “*cosa juzgada*”, esta última en sus dos matices, cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

Para Couture, “La **cosa juzgada es inimpugnable**, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: *non bis in eadem*. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción. También es **inmutable o inmodificable**. Como se verá en el momento oportuno, esta inmodificabilidad no se refiere a la actitud que las partes puedan asumir frente a ella, ya que en materia de derecho privado siempre pueden las partes, de común acuerdo, modificar los términos de la cosa juzgada. La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada. La **coercibilidad** consiste en la eventualidad de ejecución forzada. Tal como se expondrá en su momento, la coerción es una consecuencia de las sentencias de condena pasadas en cosa juzgada. Pero esa consecuencia no significa que toda sentencia de condena se ejecute, sino que toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide. Una de las tantas paradojas de la cosa juzgada consiste en que, siendo más vigorosa que cualquier norma del orden jurídico, es al mismo tiempo tan frágil que puede modificarla un



simple acuerdo de los particulares, en cuanto a los derechos y obligaciones en ella atribuidos.¹ (Resaltado fuera de texto).

Del criterio de Couture podemos extraer los siguientes criterios: la cosa juzgada es inimpugnabile cuando se han agotado los recursos previstos en la ley o no se los ha ejercido; es inmutable cuando no se la puede atacar mediante otro juicio; y, es coercible por la posibilidad jurídica de su ejecución forzada en caso de incumplimiento voluntario.

Lino Enrique Palacio, dice que cuando la sentencia no es susceptible de recurso alguno por habérselos consumado o no ejercido, es irrevocable o inimpugnabile, pues ya no permite su ataque directo, y adquiere la categoría de cosa juzgada en sentido formal; mientras que si la sentencia no es susceptible de ataque indirecto mediante otro juicio, adquiere la categoría de cosa juzgada material. Es así que:

a) La cosa juzgada significa, en general, la **irrevocabilidad** que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. No constituye, por lo tanto, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los posibles efectos que produzca (LIEBMAN). b) De lo dicho se sigue que la cosa juzgada supone, fundamentalmente, la *inimpugnabilidad* de la sentencia, o, lo que es igual, la preclusión de los recursos que procedan contra ella (tanto por no haberse deducido cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos). Al operarse tal preclusión, que obsta al ataque directo de la sentencia, se dice que ésta adquiere autoridad de **cosa juzgada en sentido formal**. Cuando en cambio la sentencia, aparte de ser insusceptible de ese ataque directo mediante la interposición de un recurso, también lo es de ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso, se dice que aquélla goza de autoridad de **cosa juzgada en sentido material**. Existe, por consiguiente, cosa juzgada en sentido formal, cuando no obstante ser inimpugnabile la sentencia dentro del proceso en el cual se dictó, existe la posibilidad de obtener, en un proceso posterior, un resultado distinto al alcanzado en aquél. Tal lo que ocurre, v.gr., en el juicio ejecutivo, en el cual cualquiera que haya sido el contenido de la sentencia, queda a salvo al vencido, con ciertas limitaciones, el derecho de promover un proceso de conocimiento tendiente a obtener su modificación (CPN, art. 553) y, en general, en los procesos sumarios propiamente dichos (posesorios, interdictos, etc.). Existe cosa juzgada en sentido material cuando, a la irrecurribilidad de la sentencia, se agrega la imposibilidad de que en cualquier circunstancia y en cualquier otro proceso se juzgue de un modo contrario a lo decidido por aquélla. Como señala ROSENBERG, la cosa juzgada en sentido material comporta la *normatividad* del *contenido* de la sentencia: es decir, de la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada por el fallo, para todo procedimiento en que se cuestione la misma consecuencia jurídica. De lo expuesto se desprende, asimismo, que la cosa juzgada en sentido material presupone la cosa juzgada formal; y que esta última, por consiguiente, puede existir con independencia de la primera.”² (Resaltado fuera de texto).

En la obra del Dr. Manuel Tama, se lee un fallo que nos clarifica la institución procesal de la cosa juzgada formal y material, del siguiente modo:

¹ Couture, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque de Palma Editores, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, pág. 402.

² Palacio, Lino Enrique: Manual de Derecho Procesal Civil, LexisNexis Abeledo-Perrot, Décimo Séptima Edición Actualizada, Buenos Aires, 2003, págs. 533-534.

TERCERO.- Para establecer si el Tribunal de última instancia ha infringido el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala debe analizar tanto la sentencia impugnada como la mencionada por la recurrente a fin de determinar si entre ellas existe o no relación de identidad plena, subjetiva y objetiva, de acuerdo a lo que dispone la norma citada, ya que el intento de renovar una causa y alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada encuentra el insalvable obstáculo de la excepción de cosa juzgada. Al respecto, se observa: 1) Para el debido estudio de la causa, la Sala considera necesario recordar lo que dijera en sus resoluciones Nos. 435-99 de 29 de julio de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 274 de 10 de septiembre del mismo año y 497-2000 de 14 de diciembre de 2000, publicada en el Registro Oficial 284 de 14 de marzo de 2001, respecto a la institución de la cosa juzgada: "... Jaime Guasp (Derecho Procesal Civil, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Pág. 548) al respecto anota: «La cosa juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inatacable, y cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido. Ahora bien, hay dos maneras distintas de atacar un cierto resultado procesal. Una es la manera directa o inmediata, que consiste en una impugnación de la decisión procesal en sí misma. Otra es la manera mediata o indirecta, que consiste en una discusión de los resultados procesales a través del rodeo que supone la apertura de un nuevo proceso, sobre la misma materia, en que puede llegarse a un resultado opuesto o contradictorio del anterior. Cuando un resultado procesal no es directamente atacable, entonces se dice que goza de fuerza de cosa juzgada formal, pues formalmente no resulta ya discutible; cuando no es atacable ni indirectamente, esto es, cuando no cabe abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema, entonces se dice que goza de fuerza- de cosa juzgada material, pues lo que se impide precisamente es la discusión de la materia ya decidida. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material son, en consecuencia, las dos especies básicas del instituto general de la cosa juzgada: según la terminología del derecho positivo español, acaso preferible, firmeza y autoridad de la cosa juzgada, respectivamente. La cosa juzgada formal es, pues, la expresión que designa la imposibilidad de que el resultado procesal plasmado en la decisión del litigio, sea directamente atacado. Ahora bien, el ataque directo a una decisión judicial, por llevar consigo la apertura de un proceso con la finalidad específica de revisar el anterior, recibe el nombre de recurso. Quiere decirse, por lo tanto, que la cosa juzgada formal puede ser correctamente definida como la imposibilidad de que una cierta decisión procesal sea recurrida: el cierre de los recursos procedentes contra la misma». Más adelante, el mismo autor señala: «Cosa juzgada material es la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad. No se trata tanto, sin embargo, de impedir la apertura de nuevos procesos cuanto de que en ellos no se desconozca la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.» (Ibidem, pág. 554).»³

1.2. En el Código Orgánico General de Procesos, la categoría de cosa juzgada formal, la tenemos en el Art. 99 cuando se dice que: *“Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1. Cuando no sean susceptibles de recurso. 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto. 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.”*

³ Tama, Manuel, Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, Edilex SA Editores, Segunda Edición, Guayaquil, 2012, págs. 954- 956.

La categoría de cosa juzgada material, la tenemos en el Art. 101 cuando señala que: “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.”

En consecuencia, el COGEP identifica a la cosa juzgada material como aquella proveniente de una sentencia irrevocable, que permitiendo el ataque directo mediante la posibilidad de los recursos previstos en la ley, adquirió luego de su agotamiento o no ejercicio, la figura jurídica de sentencia ejecutoriada, capaz de no permitir un ataque indirecto mediante otro proceso, siendo por tanto inmutable o inmodificable.

1.3. Se puede concluir que en relación a los efectos de la sentencia, ésta es inimpugnabile o irrevocable, cuando se han agotado los recursos previstos en la ley o no se los ha ejercido, adquiriendo la categoría de cosa juzgada formal, lo que no le priva del ataque indirecto mediante otro juicio. En cambio, si la sentencia no permite el ataque indirecto en otro proceso, es inmutable o inmodificable, entonces adquiere la categoría de cosa juzgada material. De manera que puede existir cosa juzgada formal con independencia de la cosa juzgada material, pero no puede existir cosa juzgada material sin la cosa juzgada formal, pues está en ella implícita.

2. MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE RIGE EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN Y EL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. En la Constitución de la República del Ecuador:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

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. 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.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

2.2. En el Código Orgánico de la Función Judicial:

Art. 164.- SUSPENSIÓN DE LA COMPETENCIA.- La competencia se suspende:

1. Nota: Numeral derogado por Disposición Derogatoria Cuarta del COGEP de Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015.

2. Por el recurso de apelación, de casación, de revisión o de hecho, desde que, por la concesión del recurso, se envíe el proceso al superior hasta que se lo devuelva, siempre que la concesión del recurso sea en el efecto suspensivo o se haya pedido la suspensión en los casos que las leyes procesales lo permiten;
3. Cuando se promueve el conflicto de competencia desde que la jueza o el juez recibe el pedido inhibitorio hasta que se dirima el conflicto, salvo que se hubiese verificado alguno de los casos previstos en el artículo 162 pues en tal evento, continuará interviniendo la jueza o el juez requerido y se limitará a enviar copia de la causa que está conociendo a costa del promotor.

Art. 184.- COMPETENCIA.- Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

RESOLUCIÓN No. 11-2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que en el Código Orgánico General de Procesos, se establece en el Art. 12, que es competencia de los tribunales conformados de las Salas de la Corte Provincial o de los Tribunales de lo Contencioso Tributario y Administrativo, calificar la demanda o el recurso, correspondiendo al juzgador ponente emitir los autos de sustanciación, pero los autos interlocutorios serán dictados por todos los miembros del Tribunal; y que: *“En el caso de los Tribunales conformados de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, se aplicará la norma antedicha, con excepción de la calificación del recurso de casación, que la realizará un único conjuer, conforme con la ley.”*

Que el Código Orgánico General de Procesos, en el Art. 74, preceptúa que: *“Si la ley no señala expresamente un término para dictar una determinada providencia, estas se expedirán dentro del término de tres días contados desde la petición que formule una parte, más un día adicional por cada cien folios a discreción de la o del juzgador.”*

Que según el Art. 77 del Código Orgánico General de Procesos, *“El término empieza a correr en forma común, con respecto a todas las partes, desde el día hábil siguiente a la última citación o notificación. Su vencimiento ocurre el último momento hábil de la jornada laboral.”*

Que el Art. 79 del Código Orgánico General de Procesos, es regla común a las audiencias, en el cual se dice: *“(...) Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. Para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. (...)”*

Que el Art. 99 del Código Orgánico General de Procesos, señala los escenarios procesales en los cuales los autos interlocutorios y sentencias pasan en autoridad de cosa juzgada:

1. *Cuando no sean susceptibles de recurso.*
2. Si las partes acuerdan darle ese efecto.
3. *Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo.*



4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.”

Que el Código Orgánico General de Procesos, dispone en su Art. 250, lo siguiente: “Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad (...) Los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito.”

Que el Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere a la aclaración y la ampliación, indicando que: “La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 255, refiriéndose a los recursos horizontales, dice que: “(...) Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación.” (Subrayado y cursiva fuera de texto).

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 265, establece que: “Contra lo resuelto en apelación, únicamente procederá la aclaración, la ampliación y el recurso de casación, en los casos y por los motivos previstos en este Código.”

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 266, preceptúa que procede el recurso de casación contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Que igualmente procederá 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 proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. Que “Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración.” (Subrayado y cursiva fuera de texto).

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 269, dice: “La Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, se limitará a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y remitirlo, de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia (...) El auto que inadmita el recurso de casación será susceptible de aclaración o ampliación.”

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 271, en relación a la suspensión de la ejecución de la sentencia o auto recurrido, preceptúa que: “El Tribunal correspondiente establecerá el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso” (subrayado y cursiva fuera de texto).

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 274, dice que: “La admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas o que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público.”

Que el Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que: “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.”

Que las normas del COGEP han suscitado dudas respecto al término en el cual las providencias se ejecutarían o causan cosa juzgada; y, sobre la temporalidad para la admisibilidad del recurso de casación.

En uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUELVE:

Artículo 1.- Los autos interlocutorios y las sentencias en materias no penales, se ejecutarían en los casos previstos en el artículo 99 del Código Orgánico General de Procesos.

Artículo 2.- El recurso de casación se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, debiendo las Salas de las Cortes Provinciales o de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario y Administrativo, verificar en el auto que califica la oportunidad del recurso, si ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto; para lo cual deben observar lo siguiente:

- a) El auto o sentencia se ejecutaría vencido el término para interponer los recursos de aclaración y ampliación, si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo;
- b) El auto o sentencia se ejecutaría cuando interpuestos los recursos de aclaración o ampliación, éstos han sido resueltos; en cuyo caso, el decurso del término de los diez días para interponer el recurso extraordinario de casación, será a partir de la notificación del auto que niegue o acepte la ampliación o aclaración.

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 veintiséis días del mes de abril del año dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez (VOTO EN CONTRA), Dra. María Rosa Merchán Larrea (VOTO EN CONTRA), Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo (VOTO EN CONTRA), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidía, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara (VOTO EN CONTRA), Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera (VOTO EN CONTRA), Dra. Sylvia Sánchez Insuasti (VOTO EN CONTRA), JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Guillermo Narváz Pazos (VOTO EN CONTRA), Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUECES NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.





FORMA DE RESOLVER LAS EXCEPCIONES PREVIAS

RESOLUCIÓN No. 12-2017

Suplemento del Registro Oficial No. 21, de 23 de junio de 2017

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. ANTECEDENTES

El Código Orgánico General de Procesos establece las excepciones previas (Art. 153) que la parte demandada puede plantear en el marco de un proceso; y, determina el momento procesal en el cual la o el juzgador debe resolverlas (Art. 295). Dentro de esa regulación, entre las reglas que han de observarse para su resolución, se establece que, si se acepta una excepción previa no subsanable se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo (Art. 295.1); así como prevé que, en los asuntos de puro derecho, la o el juzgador luego de escuchar los alegatos de las partes, emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito (Art. 295.4).

Estas disposiciones no sólo han motivado distintas interpretaciones sino que también han generado dudas respecto de su aplicación. Desde la cuestión de, si todas las excepciones previas han de resolverse en la audiencia preliminar o la primera fase de la audiencia única, cuando se haya planteado litispendencia, prescripción, caducidad o cosa juzgada; hasta la cuestión de, si las decisiones que resuelven acoger las excepciones previas no subsanables (es decir aquellas que terminan el proceso) han de ser decididas por la o el juzgador competente mediante auto o a través de sentencia.

II. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

Con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, como es conocido, el legislador se ha encaminado a sustituir una dispersa legislación procesal por el establecimiento de un sólo cuerpo normativo. De ahí que, para comprender la naturaleza de la decisión que resuelve acoger las excepciones previas no subsanables debemos exponer, aunque sea brevemente, la estructura del proceso judicial instituido por el legislador en la nueva ley procesal.

PRIMERO.- Cuando deben resolverse las cuestiones previas

El COGEP clasifica los procesos en dos grandes grupos o categorías (Libro IV): los denominados procesos de conocimiento (Título I); y, los “Procedimientos Ejecutivos” (Título II). Así, a unos asuntos corresponde aplicar las normas del procedimiento ordinario (Título I, Capítulo I), pudiendo dentro de tal categoría ser contencioso administrativos o contencioso tributarios (Título I, Capítulo II) que contienen una regulación especial; a otros asuntos corresponderá aplicar la regulación del procedimiento sumario (Título I, Capítulo III); y, existen asuntos que deben sustanciarse mediante la aplicación de las normas que regulan los procedimientos voluntarios (Título I, Capítulo IV).

De su parte, los procedimientos ejecutivos son de dos tipos: el procedimiento ejecutivo propiamente dicho, fundado en título ejecutivo (Título II, Capítulo I) y el procedimiento monitorio (Título II, Capítulo II). Por otro lado, en el Libro III del COGEP se regulan los actos de proposición (Título I), la prueba (Título II), las formas extraordinarias de conclusión del proceso (Título III), la impugnación (Título IV)

y las costas (Título V); normas que son aplicables a todos los procedimientos, como lo determinan el propio legislador al denominar al Libro III “Disposiciones comunes a todos los procesos”.

Así, para activar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales del Estado una persona debe presentar la demanda (a esa demanda pueden precederle diligencias preparatorias como lo previene el Art. 141 COGEP), cumpliendo los requisitos establecidos en la ley (principalmente, aunque no sólo, Arts. 142, 143 COGEP). Esa demanda debe ser calificada por la o el juzgador (Art. 146 COGEP), y en caso de ser admitida, precisará el procedimiento que le corresponde, así como además de disponer otras diligencias, ordenará la citación a la parte demandada (Art. 53 COGEP), quien podrá contestarla y reconvenir (Art. 151 COGEP); debiendo formular las excepciones previas en su escrito de contestación (inciso tercero Art. 151 COGEP).

Pero la regulación de cada procedimiento está determinada no sólo por estas reglas —que podemos denominar— generales, sino por otra cuestión que bien podemos señalar como *medular y transversal*, como es *la institucionalización del sistema oral* (Art. 168.6 CRE). *Medular*, porque la oralidad se establece como la modalidad preferente a través del cual, la o el juzgador adopta las decisiones del asunto en el marco del procedimiento concreto; y, *transversal* porque la oralidad no es exclusiva de un tipo de procedimiento sino que informa y, en tal virtud, debe ser aplicada en todos los procedimientos. Desde tal perspectiva, la institucionalización del sistema oral significa que el asunto sometido a conocimiento de la o el juzgador debe resolverse o concluir, generalmente, mediante una decisión adoptada en *audiencia*.

Ahora bien, el COGEP divide en dos momentos el proceso. De ahí que algunas cuestiones deben ser conocidas y resueltas de forma previa; y, sólo habiéndose superado las mismas resulta procedente el juicio. Así, dependiendo del procedimiento algunas cuestiones deben ser resueltas en audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única. Por ejemplo, en el procedimiento ordinario el contenido de la audiencia preliminar comprende (Art. 294 COGEP):

- 1) Alegaciones sobre las excepciones previas y resolución de la o el juzgador (numeral 1, Art. 294);
- 2) Resolver sobre la validez del proceso, reclamos de terceros, competencia, cuestiones de procedimiento (cuestiones conocidas generalmente como saneamiento), así como determinar el objeto de la controversia (numeral 2, Art. 294);
- 3) Intervención de la parte actora sobre su demanda y de la parte demandada sobre su contestación y reconvencción, de ser el caso (numeral 3, Art. 294);
- 4) La obligación de la o el juzgador de promover la conciliación (numeral 4, Art. 294), que de producirse parcialmente se aprobará mediante auto (numeral 5, Art. 294), pudiendo la o el juzgador incluso derivar el proceso a un centro de mediación para que se busque un acuerdo entre las partes (numeral 6, Art. 294); y, concluida la primera parte de la audiencia (numeral 7, Art. 294)
- 5) La parte actora deberá anunciar los medios de prueba que se practicarán en la audiencia de juicio, así como la parte demandada formulará solicitudes, objeciones y planteamientos respecto de la prueba anunciadas por la parte actora (literal a, numeral 7, Art. 294), así como solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba (literal c, numeral 7, Art. 294) debiendo la o el juzgador resolver sobre la admisibilidad de la prueba (literal d, numeral 7, Art. 294).

Por su parte, el contenido de la audiencia de juicio comprende (Art. 297):

- 1) El alegato inicial, tanto de la parte actora como de la parte demandada (numeral 2, Art. 297);
- 2) La práctica de las pruebas admitidas (numerales 3, 4 y 5 Art. 297);



- 3) Alegatos (finales) y réplica (numeral 6, Art. 297); y,
- 4) Decisión de la o el juzgador, para cuyo caso podrá, incluso, suspender la audiencia, debiendo reanudarla posteriormente para anunciar su decisión (numeral 7, Art. 297).

Si bien el legislador ha establecido que el proceso ordinario este comprendido en dos audiencias y que otros procedimientos se sustancien mediante *audiencia única*, tal previsión (para determinados procesos) no implica disminución de garantías procesales, ni mucho menos anulación de las garantías de las partes; tampoco que en los procesos de audiencia única se aborde menos cuestiones que en los procesos ordinarios. Ello resulta fácilmente constatable de la regulación prevista en el COGEP, para cada uno de los procedimientos.

Dentro de las reglas del *procedimiento sumario* se establece que «se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos de debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos» (Art. 333.4 COGEP). De su parte, dentro de las normas que regulan el *procedimiento ejecutivo* prevé que «la audiencia única se realizará en dos fases, la primera de saneamiento, fijación de puntos del debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Culminada la audiencia la o el juzgador deberá pronunciar su resolución y posteriormente notificar la sentencia conforme las reglas de este Código» (inciso segundo del Art. 334 COGEP). Una disposición similar existe en el *procedimiento monitorio* cuando dispone: «Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual, oirá los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación» (Art. 359 COGEP).

De manera que, en todos los procedimientos, cumplidos los actos de proposición (demanda, contestación y anuncio de prueba nueva sobre los hechos expuestos en la contestación; y, de ser el caso, reconvencción y contestación a la reconvencción), dependiendo del procedimiento que haya correspondido al asunto, éste puede resolverse mediante audiencia única o mediante dos audiencias. El legislador ha previsto que los asuntos a los que corresponda el procedimiento ordinario comprende sustanciar en audiencia preliminar (Art. 292 COGEP) y audiencia de juicio (Art. 297 COGEP); por el contrario, los asuntos a los que corresponde otros procedimientos (sumario, ejecutivo y monitorio; voluntario, inclusive) deben resolverse mediante *audiencia única*.

Respecto del momento en el que la parte demandada puede (y debe) plantear las excepciones previas, el COGEP al regular la contestación de la demanda y la reconvencción dispone:

Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar. Inciso tercero, Art. 151 COGEP.

Si bien, el legislador no hace alusión expresa al momento procesal para deducir las excepciones previas, no sólo que el contexto y la ubicación de este precepto nos orientan a pensar que la parte demandada debe (en el sentido de oportunidad) señalar o deducir las excepciones previas de las que se crea asistido al contestar la demanda, sino que tal previsión se encuentra establecida en las normas que regulan la contestación a la demanda. Más aún, la redacción del mencionado artículo refiere que la parte demandada debe deducir *todas* las excepciones; por lo tanto, es indudable que la oportunidad es: la contestación de la demanda.

Establecido lo anterior, corresponde ahora determinar *el momento en el que deben resolverse las excepciones previas*. Los diferentes ordenamientos procesales y la doctrina especializada, son coincidentes en

señalar, de forma prácticamente unánime, que las excepciones previas deben ser resueltas en la audiencia preliminar; cuestión que parece ratificarse, si atendemos los datos sobre el origen y su evolución. Si bien, la doctrina ha anotado que la denominación de *audiencia preliminar* genera cierta incertidumbre, en cuanto preliminar podría entenderse como anterior al proceso¹; esa misma doctrina ha precisado que, desde la perspectiva del idioma que se deriva la expresión audiencia preliminar, “en puridad se debía traducir literalmente como primera audiencia (*erste tagsatzung*) dentro del proceso”². Por ello, en los ordenamientos procesales que nos sirven de antecedente históricos, como en las leyes procesales vigentes en las proximidades geográficas, cuando decimos audiencia preliminar nos referimos a un antecedente del juicio propiamente dicho, más no anterior al proceso.

En otro sentido, se ha señalado que los antecedentes de la audiencia preliminar son múltiples. Así por ejemplo, el Reglamento Legislativo y judicial para asuntos civiles promulgado por el papa Gregorio XVI en 1834³; la Ley de Ginebra de 1819 (Art. 179), el Reglamento del Consejo Real de España de 1846 (Art. 142)⁴; incluso se lo relaciona con el *pretial conference* de los Estados Unidos⁵. Y, aunque se han referido tales antecedentes, existe un amplio consenso en admitir que tal instituto procesal se introdujo por primera vez en la reforma al código procesal austriaco de 1895 por Franz Klein⁶.

Ya en el ámbito de la finalidad o función de la audiencia preliminar, se ha dicho que Klein fue pionero en “anteponer a la vista principal del juicio una comparecencia oral destinada a prepararlo, purgando, corrigiendo y limpiando (cuando ello fuera posible) –con antelación (de allí que se le denominara audiencia preliminar)– los distintos defectos procesales que pudieran afectar a las posibilidades efectivas de llegar a una sentencia que resolviera el fondo del asunto litigioso planteado al tribunal, y delimitando el ámbito del juicio a través de la determinación precisa de su objeto”⁷.

Esa evolución histórica da cuenta, que desde su origen, la audiencia preliminar tiene atribuida una naturaleza depuradora. Así fue establecido, por ejemplo, en el derecho portugués con el denominado *despacho saneador* aparecido originariamente en el año 1926; que se estableció en el artículo 510 del Código de Proceso Civil portugués de 1961; e introducido más tarde en el Código de Proceso Civil brasileño de 1939, y posteriormente en el Código procesal de 1973.

Por lo tanto, desde sus orígenes la audiencia preliminar ha tenido como finalidad u objeto la resolución de todas aquellas cuestiones que podrían impedir el conocimiento del fondo de la controversia planteada en el marco del proceso judicial. Ya en el ámbito de nuestro derecho procesal, considerando que las excepciones previas tienen como finalidad excluir la discusión sobre el fondo de la controversia (evitar la audiencia de juicio), éstas han de ser examinadas, probadas y resueltas por la o el juzgador competente en la audiencia preliminar.

¹ Dante Barrios de Angelis, “La audiencia preliminar”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* (Uruguay: No. 1, 1975), 11 y ss.

² Enrique Vescovi, “El proyecto de Código procesal civil uniforme para América Latina”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal* (Bogotá: No. 4, 1986), 10 y ss.

³ Se dice que tal instrumento en el parágrafo 551 expresaba: “Toda controversia relativa a la calidad e índole del juicio introductivo, a la cualidad que es dado atribuir a la parte en el acto de citación, la legitimación de la persona, serán propuestas y decididas en la primera audiencia”: Roberto Lautayf Ranea, “Audiencia Preliminar”, *Código Procesales de la Provincia de Buenos Aires y la Nación* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004), 723.

⁴ Osvaldo Gonzaine, *La audiencia preliminar en Argentina...*, 131.

⁵ Patricia Bermejo, “La Audiencia preliminar en el proceso civil”..., 275.

⁶ Patricia Bermejo, “La Audiencia preliminar en el proceso civil”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, No. 55, 229. También Víctor Fairén, *Estudios de derecho procesal* (Madrid: 1995), 223.

⁷ Fernando Gascón y Diego Palomo “La audiencia previa en el modelo procesal civil español”, *Revista Hispano-Chilena de Derecho Procesal Civil* (No. 1, septiembre de 2007), 51 y ss.

Ello resulta claro también en nuestro ordenamiento procesal, cuando el Código Orgánico General de Procesos establece que «instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes que se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinentes, serán resueltas en la misma audiencia» (Art. 294.1 COGEP); así como también, porque dentro esas normas se prevé la regulación específica sobre la «resolución de excepciones» (Art. 295 COGEP). Aplicando tales disposiciones, y teniendo en cuenta –como ya hemos señalado– que el procedimiento ordinario comprende la audiencia preliminar y la audiencia de juicio; *todas las excepciones previas han de ser resueltas en la audiencia preliminar*.

Una interpretación en ese sentido, respecto del momento procesal en que deben resolverse las excepciones previas, viene reforzada por la aplicación de distintas normas constitucionales; en particular, los principios de celeridad y concentración (Art. 75 y 169 CRE), que son medios instrumentales para garantizar la tutela judicial efectiva de los justiciables, así como el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica (Art. 75, 76 y 82 CRE).

Si el legislador a través de la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, se orienta a cumplir el mandato constitucional de instituir la oralidad, y con ello la búsqueda de una administración de justicia celer y eficaz; el establecimiento de una audiencia preliminar donde se conozcan y resuelvan de forma concentrada todas las cuestiones que podrían impedir el conocimiento del fondo de la controversia tiene mayor sentido. Incluso podemos afirmar que, mediante esas normas el legislador pretende la aplicación efectiva de los principios constitucionales de celeridad y concentración, así como materializan los derechos constitucionales de quienes son parte del proceso.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, al conocer los cargos de inconstitucionalidad planteados contra la reforma procesal laboral (que establecía la resolución de excepciones previas en la primera audiencia), ha precisado que “[l]a posibilidad creada por la norma consistente en que desde la primera audiencia del proceso laboral el juez defina si se estructura una circunstancia extintiva de los derechos subjetivos que se discuten (prescripción), o declare la existencia de un pronunciamiento judicial anterior en el que converjan identidad de partes, de objeto y de causa (cosa juzgada), promueve principios y valores constitucionales como la celeridad en la definición de las controversias y el acceso a una pronta y cumplida justicia”⁸.

De otro lado, también la afirmación de que en el proceso oral toda prueba debe ser practicada en el juicio, merece un matiz. Aunque resulta cierto que la Constitución establece el sistema oral como medio para la sustanciación de todos los procesos (Art. 168.6 CRE), y en esa línea, el legislador ha previsto que «la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio» (inciso final Art. 159 COGEP), disponiendo incluso que «para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código» (Art. 164 COGEP); hemos de considerar que una interpretación adecuada, pero sobre todo razonable de esos preceptos constitucionales y legales, permiten establecer en su correcta dimensión la naturaleza del proceso oral, en el sentido de que, la afirmación de prueba en el juicio comprende un objeto determinado.

Obviamente no pretendemos negar que la prueba deba practicarse en la audiencia de juicio; no obstante hemos de señalar que esa *prueba a practicarse en la audiencia de juicio debe tener un objeto concreto y determinado: el conocimiento y resolución del fondo de la controversia*. De manera que, tanto las pruebas anunciadas por la parte actora como las pruebas anunciadas por la parte demandada han de practicarse en la audiencia de juicio, *siempre que estén encaminadas a probar los hechos o defensas sobre el fondo del*

⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C_820/11, de 2 de noviembre.

litigio. Y considerando que, las excepciones previas pretenden, precisamente, impedir el conocimiento y decisión del fondo del litigio, han de ser resueltas en la audiencia preliminar, practicándose las pruebas que se estimen necesarias.

También el derecho comparado también se orienta en esa línea. Ya el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social de Colombia, mediante una reforma promulgada en el año 2007, en su artículo 32 establecía que “El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio”⁹. Y, en la actualidad, el vigente Código General del Proceso colombiano establece que aquellas excepciones previas que no requieran prueba se decidirán antes de la audiencia inicial y las que requieran práctica de pruebas en la audiencia inicial (Art. 101.2)¹⁰. En igual sentido, el Código General del Proceso vigente en la República Oriental del Uruguay, establece que en la audiencia preliminar se recibirá la prueba sobre las excepciones previas (Art. 341.4).

Fuera del contexto latinoamericano, la ley de enjuiciamiento civil española determina, dentro de la finalidad de la audiencia previa al juicio, que ésta se llevará a cabo “para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba” (Art. 141.1); así como dispone que descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo” (Art. 416).

De manera que, resulta claro que en el procedimiento ordinario las *excepciones previas han de ser resueltas en la audiencia preliminar*. De su parte, en los procedimientos cuya sustanciación comprende audiencia única, dado que no existe exclusión de las cuestiones referentes al saneamiento, fijación de los puntos en debate, conciliación y admisión de la prueba –que en el procedimiento ordinario deben abordarse en la audiencia preliminar–, tales cuestiones deben ser tratadas y resueltas por la o el juzgador *durante la primera fase de la audiencia única*.

En nuestro ordenamiento jurídico, ello viene ratificado no sólo por la naturaleza y finalidad de la audiencia preliminar, el carácter previo de las excepciones, sino también porque la regulación sobre la resolución de excepciones previas se establece dentro de las normas que rigen la audiencia preliminar, no habiéndose establecido normas expresas en otro sentido. En virtud de lo expuesto, podemos concluir *que todas las excepciones previas deben ser resueltas en la audiencia preliminar en el procedimiento ordinario, o en la primera fase de la audiencia única en los demás procedimientos*.

SEGUNDO.- Decisión que resuelve las excepciones previas.

Establecido lo anterior, corresponde ahora determinar *la naturaleza de la decisión que resuelve las excepciones previas*.

Para abordar esta cuestión, de entrada debemos precisar que el juzgador puede, genéricamente, resolver las excepciones previas en dos sentidos: rechazándolas o aceptándolas; aunque el legislador no ha

⁹ Ley 1149 de 2007, de 13 de julio. Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos.

¹⁰ Ley 1564 de 2012, de 12 de julio. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

establecido expresamente, si esas decisiones deben ser autos o sentencias, por lo que resulta necesario analizar los distintos escenarios, para determinar lo que corresponda.

Iniciemos por los casos en que el juez decide rechazar las excepciones previas. Aunque, como ya hemos señalado, el legislador no ha previsto expresamente si tal decisión debe adoptarse en auto o sentencia, el artículo 296.1 del COGEP, identifica a la decisión que rechaza las excepciones previas como «auto interlocutorio»¹¹. Por tanto, la decisión del juez competente en la que rechaza las excepciones previas debe hacerse mediante *auto interlocutorio*.

Establecido lo anterior, corresponde abordar la naturaleza de la decisión del juzgador, para los casos que decida acoger las excepciones previas. Para ello, debemos destacar que la excepción es una institución que podemos encontrar desde el derecho romano, considerando la distinción entre magistrado y juez¹², la *exceptio* se originó en la etapa del proceso *per formulas* en el derecho romano; y, “[c]onsistía en una cláusula que el magistrado, a petición del demandado, insertaba en la *fórmula* para que el juez, si resultaban probadas las circunstancias de hecho alegadas por el demandado, absolviera a éste, aun cuando se considerara fundada la *intentio* del actor”¹³.

En esa línea, ya Escriche decía que la excepción consiste en la exclusión de la acción, esto es, la contradicción o repulsa con que el demandado procura diferir, destruir o enervar la pretensión o demanda del actor. Ahora bien, en lo que nos interesa, nuestro ordenamiento procesal prevé la posibilidad de la parte demandada no sólo pueda plantear excepciones sobre el fondo de la pretensión deducida por la parte actora, sino también excepciones previas.

El Código Orgánico General de Procesos respecto de las excepciones previas establece lo siguiente:

Art. 153.- Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes:

1. Incompetencia de la o del juzgador.
2. Incapacidad de la parte actora o de su representante.
3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.
4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones.
5. Litispendencia.

¹¹ Si bien, la norma en mención regula la resolución de recursos en la audiencia preliminar, la primera parte del numeral 1 del artículo 296 del COGEP, prescribe de forma concluyente: “El auto interlocutorio que rechaza las excepciones previas, únicamente será apelable en efecto diferido”.

¹² La organización de la administración de justicia en Roma resulta, en realidad, bastante compleja; por ejemplo, durante la República fueron los cónsules los depositarios del poder real y el pretor fue el magistrado por excelencia; posteriormente, durante la República y el principado eran concebidos como magistrados los ediles, el prefecto del pretorio y el prefecto de la ciudad con jurisdicción en Roma; los *praefecti uiri* dicundo tenían competencia en Italia; y, los gobernadores, los cuestores, el legado del emperador y el *praefectus* tenían jurisdicción en las provincias. Sería a partir de Diocleciano, que los magistrados adquirieron facultades para juzgar los asuntos llevados a su conocimiento, al haber desaparecido la bipartición del proceso: Luis Rodolfo Argüello, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones* (Buenos Aires: Astrea, 3ra edición, 6ta reimpresión, 1998), 540.

¹³ José Abascal Zamora, *Diccionario jurídico mexicano* (México: Porrúa, Tomo IV, 1985), 150.

6. Prescripción.
7. Caducidad.
8. Cosa juzgada.
9. Transacción.
10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.

De esta norma podemos advertir algunas cuestiones: 1) Deducir las excepciones previas constituye una facultad procesal de la parte demandada, ello puede evidenciarse porque la redacción dada por el legislador usa el término *podrán*, para representar una posibilidad de parte; debiéndose entender que, quien pretenda beneficiarse de la excepción previa, debe alegarla y probarla. 2) Las excepciones previas son taxativas, esto significa, que sólo pueden interponerse aquellas que la ley ha determinado expresamente; en el presente caso del catálogo previsto en el artículo 153, tal cuestión está determinada cuando la norma establece de forma concluyente: *sólo podrán* plantearse, estableciendo una norma que contiene una fórmula *numerus clausus*.

Para los casos, que el juzgador acepte la(s) excepción(es) previa(s), el Código Orgánico General de Procesos prevé las siguientes normas:

Art. 295.- Resolución de excepciones. Se resolverán conforme con las siguientes reglas:

1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo.
2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvencción por no presentada.
3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litis consorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes.
4. Si el asunto es de puro derecho se escuchará las alegaciones de las partes. La o el juzgador emitirá su resolución y notificará posteriormente la sentencia por escrito.

Terminados los alegatos, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción, debiendo reanudarla para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.

De acuerdo con esta regulación, dentro de las excepciones previas, debemos distinguir: a) la aceptación de excepciones previas subsanables; b) la aceptación de excepciones previas no subsanables; y, c) los asuntos de puro derecho.

Si consideramos que subsanar significa «excusar un desacierto, reparar o remediar un defecto»; en el ámbito del proceso judicial y refiriéndonos a una excepción previa, que sea subsanable implica que su



aceptación no trae como efecto «la terminación anticipada del proceso», sino que el juez competente debe dar la oportunidad a la parte actora para que arregle, corrija o convalide aquello que sea necesario, y ocurrido aquellos continuar el proceso. Por oposición, una excepción previa no subsanable implica una imposibilidad de remediar o corregir el defecto, lo cual llevará inevitablemente a la terminación anticipada del proceso.

En el marco del Código Orgánico General de Procesos, si el juzgador acepta una excepción previa subsanable debe dar lugar al procedimiento de subsanación (enmienda o convalidación), permitiendo a la parte actora cumplir determinados actos procesales; pero, si se acepta una excepción previa no subsanable significa que el proceso no puede avanzar y debe, anticipadamente, terminar. Por tanto, la aceptación de una excepción previa implica la imposibilidad –temporal o definitiva– de continuar con el proceso.

En esa línea, la decisión del juzgador que acoge una excepción previa subsanable debe observar lo siguiente:

Art. 295.- Resolución de excepciones. Se resolverán conforme con las siguientes reglas:

[...]

2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvencción por no presentada.
3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litis consorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes.

[...]

Lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 295 del COGEP permiten inferir que sólo las excepciones previas referidas en dichas normas son subsanables, habiéndose previsto el correspondiente procedimiento que debe observarse para subsanar o corregir; para posteriormente, continuar con el proceso. Concretamente, las excepciones previas que pueden considerarse subsanables son las siguientes:

- a) *Defecto en la forma de proponer la demanda.*- Si bien, se advierte una diferencia de redacción, en cuanto el artículo 295.2 se refiere a defecto, y por su parte, el artículo 153.4 se refiere a error, podemos concluir, a efectos del proceso, que se trata de una misma cuestión.

Por tanto, cuando el legislador se refiere a la subsanación del defecto en la forma de proponer la demanda (Art. 295.2), se aceptará la excepción previa de error en la forma de proponer la demanda prevista en la primera parte del numeral 4 del artículo 153 del COGEP.

- b) *Falta de capacidad, falta de personería, o incompleta conformación del litisconsorcio.*- Debemos asumir que se establecen, en realidad, de tres cuestiones diferentes.

En el primer supuesto, no cabe duda, que estamos frente a la excepción previa prevista en el numeral 2 del artículo 153 del COGEP: incapacidad de la parte actora o de su representante. Esta excepción previa abarca todas las cuestiones referentes a la incapacidad de la parte actora: ya sea

referentes a la posibilidad de una persona de adquirir derechos y contraer obligaciones, que conocemos generalmente como capacidad legal; ya sea respecto de realizar actos procesales válidos, que se conoce como capacidad procesal.

Cuando el legislador se refiere a la falta de personería, o incompleta conformación del litisconsorcio se refiere a la excepción previa prevista en el numeral 3 del artículo 153 del COGEP: falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda.

Por lo expuesto, si el juzgador encuentra precedentes tales excepciones previas, deberá resolverlas mediante auto interlocutorio, dando lugar al procedimiento correspondiente para subsanación. Pero, si luego del tiempo hábil respectivo la parte actora no subsana los defectos, el juzgador deberá tener por no presentada la demanda y ordenar el archivo del proceso mediante auto interlocutorio correspondiente.

La duda persiste únicamente respecto de la decisión que acoge las excepciones previas no subsanables. Como ya hemos destacado, puede advertirse una ambigüedad en el Código Orgánico General de Procesos, respecto de si la decisión de acoger una excepción previa no subsanable debe ser auto o sentencia, pues el legislador se limita a establecer el efecto en caso de resultar procedente: si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo (numeral 1, Art. 295 COGEP). Esto significa, que si bien el Código no establece el tipo de decisión, debemos destacar que la decisión del juzgador que resuelve acoger una excepción previa no subsanable tiene naturaleza *declarativa*.

Ahora bien, el Código Orgánico General de Procesos establece que las juezas y jueces «se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos» (Art. 88 inc. 1 COGEP); y, determina la naturaleza que corresponde a una de esas decisiones. Los autos son de sustanciación o interlocutorios. Precisa que auto de sustanciación «es la providencia de trámite para la prosecución de la causa» (Art. 88 inc. 4 COGEP); mientras que auto interlocutorio es el que «resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento» (Art. 88 inc. 3 COGEP); y, por su parte la sentencia «es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso» (Art. 88 inc. 2 COGEP). De manera que, para establecer si una excepción previa no subsanable debe acogerse mediante auto o sentencia resulta necesario establecer su naturaleza.

Ya hemos establecido, que el juzgador debe resolver mediante auto interlocutorio el acoger las excepciones previas subsanables; como también el archivo del proceso, en caso de no subsanar los defectos. Corresponde ahora ocuparnos de la naturaleza de cada excepción previa no subsanable para establecer si el juzgador debe acogerlas mediante auto o sentencia; y, como el legislador ha establecido que las excepciones previas son únicamente aquellas previstas expresamente en el artículo 153, corresponde tratarlas por separado:

1. INCOMPETENCIA DEL JUZGADOR:

El numeral 1 del artículo 153 establece como excepción previa la incompetencia de la o del juzgador. La incompetencia implica la falta de aptitud del juzgador para conocer y resolver un asunto con base en unos hechos concretos; considerando que el legislador ha establecido la materia, las personas, los grados y el territorio como criterios para radicar la competencia entre los distintos Juzgados, Tribunales y Cortes consiste en un incumplimiento de las normas que lo regulan. Desde luego, cuando la parte demandada en el proceso opone la excepción de incompetencia no hacemos alusión a un concepto general, sino que supone un examen individualizado de las normas reguladoras de la competencia conforme los hechos concretos.



Esta excepción resulta una cuestión importante del proceso, si consideramos que la Constitución de la República reconoce que “[e]n todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden” se asegura el derecho de toda persona al debido proceso (Art. 76 CRE); en particular, el derecho a «ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente» (Art. 76.7.k CRE). De manera que, para respetar el derecho al debido proceso, no basta ser juzgado por «cualquier juez» sino que se requiere que el juez tenga competencia para conocer los hechos y resolver el asunto.

Por otro lado, el derecho al juez competente no es un derecho reconocido únicamente en la Constitución ecuatoriana sino también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos; oportuno resulta mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, que rigen «la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter» reconoce el derecho a ser oído por «un juez o tribunal competente» (Art. 8.1 CADH). Y dado que todo juez debe aplicar directamente tanto la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la ley (Art. 172 CRE) en todo proceso judicial debe asegurarse la competencia del juzgador.

El Código Orgánico de la Función Judicial, ha establecido el principio de *legalidad, jurisdicción y competencia*, prescribiendo que «la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley» (Art. 7 COFJ); y, concretamente establece que la «competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados» (Art. 156 COFJ); siendo que la «competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley» (Art. 157 COFJ). En esa línea se ha pronunciado también la jurisprudencia interamericana, que ha precisado que el derecho al juez competente «implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general por tribunales ordinarios, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos», de manera que «en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de las leyes, la competencia de los juzgadores»¹⁴.

Si bien es cierto que, conforme el artículo 147.1 del COGEP, la incompetencia es motivo de inadmisión de la demanda; sin embargo, cuando deba resolverse la incompetencia como excepción previa, no nos encontramos en el momento inicial del proceso (donde el juzgador advirtiéndose incompetente debería inadmitir la demanda) sino en un escenario en el que se ha admitido a trámite la demanda y cumplido con los actos de proposición, lo cual deviene en la imposibilidad de que el juzgador resuelva inadmitir la demanda.

Ahora bien, si el juzgador debe resolver mediante auto interlocutorio las cuestiones procesales que puedan afectar derechos de las partes o la validez del procedimiento, siempre que no sean materia de sentencia; no cabe duda que, la incompetencia es una cuestión exclusivamente procesal, por lo que debe acogerla mediante auto interlocutorio, con los efectos previstos en el artículo 295.1 del COGEP.

No obstante, no debemos olvidar que el Código Orgánico de la Función Judicial, como cuerpo normativo que regula la organización y funcionamiento de la Función Judicial, en particular establece las competencias de los órganos jurisdiccionales, dentro de las facultades y deberes genéricos de juezas y jueces, establece:

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 75 y 77.

Art. 129.- FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:

[...]

9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva.

Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción;

Teniendo presente que la doctrina constitucional ha señalado que la tutela judicial efectiva se manifiesta en el “[...] derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional [del Estado], a fin de llegar a una decisión judicial sobre las pretensiones formuladas”¹⁵, la finalidad del legislador, a través de esta norma, es la de preservar el derecho de tutela judicial efectiva del justiciable; concretamente, en la faceta del derecho a obtener una decisión motivada sobre el fondo del asunto, en la medida de lo posible.

Obviamente, debemos aclarar que cuando nos referimos al derecho a obtener una decisión de fondo, ello no puede entenderse como el reconocimiento constitucional a que «se otorgue lo pedido» sino tan solo a que el órgano judicial, cumplidas ciertas condiciones (de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal superada las cuestiones que deben tratarse en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única), se pronuncie sobre el fondo del asunto, independientemente de que las pretensiones sean acogidas o rechazadas¹⁶

Si consideramos que, al tiempo de la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, nuestro ordenamiento procesal no sólo contenía un sinnúmero de cuerpos normativos y procedimientos judiciales, sino que también sólo cumplidas todas las actuaciones procesales correspondientes a cada procedimiento era procedente resolver las excepciones (perentorias y dilatorias, conforme la anterior legisla-

¹⁵ Juan Manuel Goig, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, Editorial Universitas Internacional, 2006) 384.

¹⁶ La doctrina ha establecido con claridad: “[...] el derecho a la tutela judicial efectiva no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a que los Tribunales resuelvan sobre las pretensiones que ante ellos se formulan. Por decirlo gráficamente, no es sólo el derecho a traspasar el umbral de la puerta del Tribunal, sino el derecho a que, una vez dentro, éste cumpla la función para la que está instituido. En síntesis, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener del órgano judicial al que el justiciable se dirige una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada, ya sea favorable o desfavorable, o una resolución de inadmisión de la misma. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva es el éxito de la pretensión.

Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva no es el derecho a una sentencia favorable, sino, más modestamente, el derecho a obtener una resolución de fondo, sea favorable o desfavorable para los intereses de quien insta la actuación jurisdiccional”: Picazo Giménez, “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial...”, 23-24.



ción procesal); resultaba frecuente que una vez concluido el proceso, el juzgador acepte la excepción de incompetencia mediante sentencia inhibitoria, absteniéndose de conocer y resolver el fondo del asunto.

Por tanto, cuando el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial establece la inhibición por razones de incompetencia, busca evitar que luego de la celebración del juicio se profieran sentencias inhibitorias; con ello se excluye también, la discusión de si una decisión que rechazaba la demanda por cuestiones de incompetencia, generaba efectos de cosa juzgada material.

Ya en concreto, al regular la inhibición el Código Orgánico de la Función Judicial establecía dos supuestos, cuyos efectos procesales resultan de interés:

- a) Si la incompetencia era en razón del fuero personal, territorio o los grados; el juzgador debía inhibirse en el estado en que se encuentre el proceso, y remitirlo al órgano jurisdiccional competente, a fin de decida lo que corresponda (continúe sustanciándolo, o lo resuelva).
- b) Que la incompetencia fuera en razón de la materia.- En este caso, el juzgador al momento de inhibirse debía declarar la nulidad del proceso y remitirlo al órgano jurisdiccional competente a fin de que dé inicio al juzgamiento.

Tal distinción (entre la inhibición con declaratoria de nulidad del proceso respecto de la inhibición sin la declaratoria de nulidad del proceso) estaba fundado en una cuestión sustancial: la regulación especializada de los procedimientos en diferentes cuerpos normativos, así como la naturaleza de cada uno de ellos.

La Constitución de la República establece que, las leyes que regulan la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución (Art. 133.1 CRE) son orgánicas; de manera que, si el Código Orgánico de la Función Judicial es el cuerpo normativo que regula la organización y funcionamiento de los órganos que integran la Función Judicial, y concretamente, contiene las normas que rigen la competencia de los órganos jurisdiccionales es, en sentido material, una *ley orgánica*; por lo tanto, la aceptación de la excepción de incompetencia debería resolverse de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Por todo cuanto se ha expuesto, si el juzgador acepta la excepción previa de incompetencia, debería adoptar auto interlocutorio, mediante el cual se inhibe del conocimiento del proceso, ordenando remitirlo al juzgador que le corresponda conocerlo, conforme lo previsto en el artículo 129.9 del Código Orgánico de la Función Judicial. Si se resuelve de acuerdo al artículo 295.1 del Código Orgánico General del Proceso, el juzgador debería acoger la excepción previa mediante auto interlocutorio que declara sin lugar la demanda y ordena el archivo del proceso, aclarando que ésta decisión no genera estado de cosa juzgada material.

2. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

El numeral 4 del artículo 153 establece como excepción previa, entre otras, la inadecuación del procedimiento.- Como es bien conocido, el justiciable para acceder a los diferentes órdenes jurisdiccionales no tiene un único cauce procesal, sino varios (ahora notablemente disminuidos mediante la unificación que ha realizado el legislador a través del Código Orgánico General de Procesos); por tanto, la inadecuación de procedimiento es un defecto procesal que radica en la inobservancia de las normas que determinan el procedimiento en que debe sustanciarse un asunto.

De acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, cada procedimiento comprende una regulación propia y exclusiva que rigen los actos de proposición: término para contestar la demanda y deducir la reconvencción, tiempo para contestar la reconvencción, anuncio de prueba nueva sobre los hechos expuestos en la contestación; término para convocar a la audiencia; de manera que, si un asunto se ha sustanciado

conforme las reglas de un procedimiento (que no correspondía), tal cuestión no es susceptible de subsanar. Ello ha de entenderse así porque la Constitución reconoce que el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las competentes (Art. 82 CRE); y, el legislador, en ejercicio de su función constitucional de legislar, ha establecido los presupuestos y requisitos que deben observarse y aplicarse para sustanciar de las controversias en un específico procedimiento (en base a ciertos hechos).

También si tenemos en cuenta que las normas procesales determinan cuál es el procedimiento adecuado en que debe sustanciarse un asunto, y tales normas son indisponibles para las partes; o dicho en otras palabras, porque el procedimiento en que debe sustanciarse un determinado asunto ante los juzgados o tribunales no es una cuestión voluntaria de las partes sino un mandato de la ley.

Además, la Constitución, dentro de las garantías del derecho al debido proceso, establece que “sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (parte final, numeral 3 del artículo 76 CRE); de manera que, constituye una garantía constitucional del derecho al debido proceso, el ser juzgado con la observancia del trámite propio de cada procedimiento, lo cual implica –aunque sea implícitamente– una remisión a las normas legislativas procesales. Así por ejemplo, si un asunto debió sustanciarse en procedimiento ordinario pero, en realidad, se tramitó en procedimiento sumario, los términos son distintos cuestión que podría tener incidencia incluso en el derecho a la defensa, en la faceta del derecho a contar con el tiempo adecuado para la preparación de la defensa (Art. 76.7.b CRE).

Ahora bien, la naturaleza de la inadecuación del procedimiento radica en una cuestión exclusivamente procesal, por lo que conforme el artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos, el juzgador debe acogerla mediante auto interlocutorio, con los efectos previstos en el artículo 295.1.

3. INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

El numeral 4 del artículo 153 también establece como excepción previa, entre otras, la indebida acumulación de pretensiones.- Esta excepción previa, puede estar relacionada con la anterior.

Con la finalidad de garantizar el principio constitucional de economía procesal, el legislador ha permitido que la parte actora pueda demandar en un mismo proceso diversas pretensiones (dos o más); no obstante, establece también la posibilidad de excepcionar la indebida acumulación de pretensiones, cuestión que puede estar fundada en la importancia cualitativa de cada pretensión, la incompatibilidad de contenido entre unas y otras, o 2por la especificidad de cada pretensión.

En todo caso, cuando las pretensiones planteadas en una misma demanda son contradictorias o incompatibles no procede sustanciarse en un mismo proceso. Piénsese por ejemplo, en una demanda que contenga la pretensión de pagar las remuneraciones al trabajador, así como la indemnización por despido intempestivo, pero la demanda se ha presentado en procedimiento monitorio.

Si bien el artículo 147.2 del Código Orgánico General de Procesos, establece como causa de inadmisión en la primera providencia que la demanda contenga una indebida acumulación de pretensiones; no obstante, como ya hemos expuesto al abordar el asunto de la incompetencia del juzgador, si ésta se ha planteado como excepción previa, significa que la demanda fue admitida a trámite y hemos cumplido con los actos de proposición, por lo que atendiendo al momento procesal ya no procede una decisión de inadmisión. Y, dado que la indebida acumulación de pretensiones, es una cuestión exclusivamente procesal, el juzgador debería acogerla mediante auto interlocutorio.



4. LITISPENDENCIA (Art. 153.5 COGEP)

Como excepción, litispendencia significa la existencia concreta de un proceso pendiente; lo cual implica que, una cuestión que está siendo sustanciada y conocida por un juzgado o tribunal, no pudiendo ser conocida por otro órgano jurisdiccional.

Es claro nuestro Código Orgánico de la Función Judicial en establecer que, entre juzgadores de igual clase de una sección territorial, una jueza o juez excluye a los demás por la prevención (Art. 159 COFJ); y, entre los modos de prevención establece que, en todas las causas donde haya pluralidad de juzgados, ésta se produce por sorteo o por la fecha de presentación de la demanda (Art. 160.1 COFJ). Por tanto, habiéndose presentado la demanda, se produce un efecto procesal por el que se excluye la posibilidad de plantear otra demanda (que genere un nuevo proceso); y, en ese sentido, busca impedir que se tramite simultáneamente más de un proceso.

Desde luego, se trata de una cuestión de naturaleza exclusivamente procesal, por lo que en aplicación del artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos, el juzgador debería aceptarla mediante auto interlocutorio.

5. PRESCRIPCIÓN

De acuerdo con lo previsto en el Código Civil, la prescripción es un hecho jurídico a través del cual se adquieren las cosas, o se extinguen las acciones y derechos ajenos (Art. 2392 CC). Como nos referimos a la prescripción como excepción previa, implica que por el mero transcurso del tiempo establecido en la ley ocurre un efecto concreto: la extinción de los derechos y acciones, por no hacerse ejercido tales acciones o derechos, durante cierto tiempo.

Si, conforme a lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos, la sentencia «es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso» (Art. 88), no cabe duda que la excepción previa de prescripción debe ser resuelta mediante sentencia, no sólo porque la prescripción extintiva se refiere a una cuestión sustancial del proceso, sino también por los efectos derivados de su declaratoria. De hecho, así ha venido resolviéndose tradicionalmente por la jurisprudencia nacional y extranjera.

Por ejemplo, en Colombia la decisión que resuelve acoger la excepción de prescripción se profiere mediante sentencia anticipada, cuestión que ha sido ratificada incluso por la Corte Suprema de Justicia¹⁷. El hecho de que nuestro legislador, a través de la ley procesal, haya permitido que la prescripción extintiva sea resuelta como excepción previa, en atención a razones de economía procesal, no parece una razón para cambiar la naturaleza de la decisión. Por lo expuesto, cuando el juzgador encuentre procedente la excepción previa de prescripción, deberá resolver mediante sentencia.

6. CADUCIDAD

La caducidad implica la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo concedido para su ejercicio; de manera que opera cuando no se ha ejercitado dentro del término previsto para tal efecto.

La caducidad es una institución particularmente relevante en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria; aunque de acuerdo a nuestro ordenamiento resulta también aplicable en el ámbito laboral.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, SC1131-2016, de 5 de febrero.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia hace algún tiempo ha dejado establecido la obligatoriedad del juzgador de declarar la caducidad. Incluso, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 185 de la Constitución de la República, fundado en los fallos de triple reiteración de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado la existencia del precedente jurisprudencial, estableciendo 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”; de manera que 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 administrativa¹⁸.

En igual sentido, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución 05/2016 ha establecido que en los juicios individuales de trabajo por despido ineficaz, el juzgador al momento de calificar la demanda podrá declarar la caducidad de la acción (Art. 1); así como también ha establecido que si la caducidad se ha alegado como excepción previa, ésta sea analizada y resuelta en la fase de saneamiento del juicio sumario¹⁹.

El Código Orgánico General de Procesos consolida aquello, no porque en su artículo 307 establece que “[e]n el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda”; sino también porque prevé unas normas específicas que regulan los procedimientos de la jurisdicción contenciosa administrativa y contenciosa tributaria, que deben sustanciarse de acuerdo a lo previsto en el Capítulo II del Título I del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos.

Conforme lo expuesto, no cabe duda que la o el juzgador debe declarar la caducidad en la primera providencia, e inadmitir la demanda. No obstante, cuando la caducidad se ha planteado como excepción previa, asumimos que la demanda se admitió a trámite, dando lugar al cumplimiento de los actos de proposición; por lo que no puede dictarse auto de inadmisión sino que debe resolverse como una cuestión sustancial del proceso, por lo tanto el juzgador debe acogerla mediante sentencia.

7. COSA JUZGADA

La cosa juzgada es una consecuencia de haber recaído decisión definitiva en un proceso; y, como excepción, supone la realidad de que un hecho que se está juzgando ya lo ha sido de modo definitivo en otro proceso anterior, debiendo respetarse el contenido de esa decisión. Considerando que la existencia de cosa juzgada implica no sólo una cuestión procesal, sino declarar que unos mismos hechos han sido ya materia de decisión que ha alcanzado estado, impidiendo que una cuestión debatida y que ha obtenido decisión, sea objeto de posterior y nuevo pronunciamiento; y, si de hecho se presentase un nuevo proceso, obligando al juzgador del proceso ulterior a aceptar la decisión existente, el juzgador debería acogerla mediante sentencia.

¹⁸ Primer Suplemento del Registro Oficial No. 621, de 5 de noviembre de 2015.

¹⁹ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 847, de 23 de septiembre de 20016.

Por lo demás, el establecimiento de la cosa juzgada se fundamenta en la garantía constitucional de seguridad jurídica que asegura el Estado constitucional a toda persona (Art. 82 CRE); pues de lo contrario, los asuntos y particularmente las controversias judiciales se verían sometidos a múltiples procesos, generando un estado de incertidumbre que prácticamente podría volverse interminable.

La jurisprudencia extranjera ha señalado que la excepción de cosa juzgada debe resolverse mediante sentencia, por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia, al conocer un recurso de casación, ha declarado que la cosa juzgada constituye, tanto una obligación del Estado como también un derecho subjetivo de las partes²⁰; de su parte el Tribunal Supremo español ha declarado la existencia de cosa juzgada mediante sentencia²¹.

Por lo expuesto, cuando el juzgador acepte la excepción previa de cosa juzgada deberá resolver mediante sentencia.

8. TRANSACCIÓN

Establece nuestro Código Civil que la transacción es un contrato mediante el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio, o precaven un litigio eventual (Art. 2348 CC), con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad individual, así como en ejercicio del derecho a la libre contratación.

El Código Orgánico General de Procesos se refiere a las actas transaccionales como un título de ejecución (Art. 363.6). Esto significa, que al celebrarse la transacción las partes dieron origen a nuevos vínculos jurídicos en sustitución de aquellos que extinguían; y, una vez celebrada la transacción, el objeto (cierto o eventual) del litigio se convirtió en una situación cierta e incontrovertible; que incluso puede ser obligada a cumplir forzosamente. Por tanto, establecer la existencia de transacción implica una cuestión sustancial del proceso, en tanto se remite a las obligaciones y derechos contraídos en la transacción.

La jurisprudencia comparada ha señalado que la transacción, sea judicial o extrajudicial “produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones. Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas”²².

Al ser una cuestión sustancial del proceso, el juzgador deberá aceptar la transacción mediante sentencia.

9. EXISTENCIA DE CONVENIO, COMPROMISO ARBITRAL O CONVENIO DE MEDIACIÓN

Esta excepción tiene como fundamento la decisión de las partes de excluir una eventual controversia del conocimiento de la justicia ordinaria, señalando en su lugar otros medios de solución de conflictos. Se trata, de una cuestión que tiene cobertura en la propia Constitución de la República, que reconoce los medios alternativos de solución de conflictos; particularmente el arbitraje, la mediación, así como otros procedimientos alternativos (Art. 190 CRE).

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia SC-102002016 (73001311000520040032701), de 27 de julio de 2016.

²¹ Tribunal Supremo español, Sala Civil, sentencia No. 230/2010, de 20 de abril; sentencia No. 307/2010, de 25 de mayo.

²² Tribunal Supremo español, Sala Civil, sentencia No. 199/2010, de 5 de abril.

Por otro lado, consiste en el ejercicio del derecho a la libre autonomía que les asiste a las personas, en cuanto éstas pueden decidir voluntariamente excluir sus controversias del conocimiento de los órganos jurisdiccionales (justicia ordinaria), y por ende someterlas a medios alternativos de solución de conflictos, a saber arbitraje, mediación, negociación.

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, por ejemplo, establece que el convenio arbitral no sólo obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, sino que también impide someter el caso a la justicia ordinaria (Art. 7). Al mismo tiempo establece: “Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley”; incluso establece un principio, que determina que el órgano judicial debe preferir el arbitraje, en casos de duda sobre la jurisdicción competente para resolver la controversia.

De manera que, cuando resulta procedente esta excepción previa, opera aquello que la doctrina ha identificado como inhibición de jurisdicción; es decir, la imposibilidad de los órganos de justicia ordinaria de conocer los hechos y resolver las pretensiones que se encuentran sometidos a otro medio de solución de conflictos; ello, en aplicación de la norma constitucional que reconoce los medios alternativos de solución de conflictos, resulta aplicable no sólo al arbitraje sino también a otros medios de solución de conflictos como el convenio o la mediación.

Desde luego, la existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación no parece tratarse de una cuestión meramente procesal, sino de una cuestión sustancial; en tanto, acogerla implicará la inhibición de los órganos de justicia ordinaria para resolver la controversia. Por tanto, cuando el juzgador la encuentre procedente deberá acogerla mediante sentencia.

Por lo demás, hace algún tiempo, la doctrina ha señalado que “[l]as excepciones de transacción, cosa juzgada y caducidad son, no cabe la menor duda, excepciones de mérito que por razones de economía procesal se permite que transiten la vía de las excepciones previas, pero que no cambian por esa circunstancia su fisonomía y mucho menos su naturaleza”²³.

Podemos señalar que existen excepciones previas no subsanables de naturaleza exclusivamente procesal como la incompetencia, error en la forma de proponer la demanda, indebida acumulación de pretensiones o litispendencia que el juzgador al acogerlas debe resolver mediante auto interlocutorio que pone fin al proceso. Pero también existen excepciones previas no subsanables que no se refieren a una cuestión exclusivamente procesal sino que su naturaleza implica una cuestión sustancial del proceso como prescripción, caducidad, cosa juzgada, transacción o existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación; que de encontrarse procedentes, el juzgador debería aceptarlas mediante sentencia.

Por último, debemos distinguir los asuntos de puro derecho respecto de la resolución de acoger excepciones previas no subsanables (Art. 295.4). Resulta obvio, que cuando decimos asunto de puro derecho, no nos referimos a la aceptación de una excepción previa sino a una situación de característica particular que responde a la naturaleza del proceso.

En otras palabras, cuando se dice que un asunto es de puro derecho, no se quiere representar una decisión anticipada en razón de la imposibilidad de resolver el fondo de la controversia; al contrario, existe

²³ Jairo Parra Quijano, *Derecho Procesal Civil*, (Bogotá: Temis, Tomo I, 1992).

una decisión sobre el fondo del asunto, sino que dado que en el asunto no existen hechos susceptibles de prueba. Obviamente, determinar que un asunto es de puro derecho es una facultad del juzgador, y de ser procedente, la o el juzgador pase a escuchar los alegatos de las partes, para finalmente pronunciar su decisión.

Tampoco se trata de una cuestión nueva. El estudio de la evolución de la audiencia preliminar permite advertir que, incluso tales cuestiones han sido sus notas definidoras desde sus orígenes. Así, tanto la resolución sobre las excepciones previas como el juzgamiento de los asuntos de puro derecho hace ya varias décadas se hacía en la audiencia preliminar, empleando la lógica del proceso oral. Así por ejemplo, ya el artículo 510 del Código de Proceso Civil de Portugal de 1961 atribuyó al despacho saneador los siguientes fines:

1. conocer de las excepciones que puedan conducir a la absolución de la instancia, así como de las nulidades procesales; 2. decidir si procede alguna excepción perentoria, cuando existan elementos necesarios para ello; 3. conocer directamente la pretensión, si la cuestión de fondo fuese únicamente de derecho y existiesen los elementos para decidirla, o aun de hecho, si el proceso contuviese los elementos para una decisión fundada.

De acuerdo con lo expuesto, las excepciones previas de inadecuación del procedimiento, indebida acumulación de pretensiones, litispendencia, deben ser aceptadas mediante auto interlocutorio; pero de ser procedentes las excepciones previas de prescripción, caducidad, cosa juzgada, transacción, o existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, el juzgador debe aceptarlas mediante sentencia.

Conforme lo previsto en la Constitución de la República los pilares sobre los cuales se desenvuelve la administración de justicia en el Estado constitucional son los derechos de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos, el debido proceso, así como la seguridad jurídica (Arts. 1, 75, 76 y 82 CRE); derechos que la Corte Nacional de Justicia en calidad de máximo órgano de la justicia ordinaria debe garantizar.

En concreto, dado que corresponde al Pleno de la Corte Nacional de Justicia «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» (Art. 180.6 COFJ); y, considerando que el objetivo fundamental de esta atribución, es la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las normas, a fin de garantizar la confianza del ciudadano en la aplicación de las normas, la previsibilidad de las decisiones y la plenitud de las garantías procesales, se expide la siguiente resolución general y obligatoria.

RESOLUCIÓN No. 12-2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la Función Judicial, conforme lo previsto en los artículos 178 y 184 de la Constitución de la República;

Que el artículo 82 de la Constitución de la República establece: «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»;

Que constituye una garantía del derecho al debido proceso y del derecho a la defensa, previsto en el artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución, «nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento»;

Que el inciso tercero del artículo 151 del Código Orgánico General de Procesos, refiriéndose a la forma y contenido de la contestación de la demanda, establece que la parte demandada «deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión del fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar»;

Que el artículo 294.1 del Código Orgánico General de Procesos establece: «Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia»;

Que el artículo 295.1 del Código Orgánico General de Procesos, al establecer las normas que regulan la resolución de excepciones previas, dispone: «Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo»;

Que existe duda en la aplicación de las normas del Código Orgánico General de Procesos; en lo esencial, respecto de si todas las excepciones previas, oportunamente planteadas, deben resolverse en la audiencia preliminar o la primera fase de la audiencia única; así como respecto a la naturaleza de la decisión que resuelve acoger una excepción previa no subsanable, es decir, si la o el juzgador competente debe decidir tales excepciones previas mediante auto o sentencia;

En ejercicio de sus facultades constitucionales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

Artículo 1.- Todas las excepciones previas que hayan sido oportunamente planteadas por la parte demandada deberán resolverse por la o el juzgador en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única.

Artículo 2.- De encontrarse procedente las excepciones previas subsanables, la o el juzgador resolverá mediante auto interlocutorio, dando lugar al procedimiento de subsanación conforme lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos.



Si la parte actora no subsana los defectos dentro del término correspondiente, la o el juzgador mediante auto definitivo tendrá por no presentada la demanda, con los efectos correspondientes; y, ordenará el archivo del proceso.

Artículo 3.- Si el juzgador encuentra procedente la excepción previa de incompetencia dictará auto de inhibición ordenando la remisión del proceso al juzgador competente, conforme al artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos.

Artículo 4.- De encontrarse procedente una excepción previa no subsanable, la o el juzgador deberá resolver conforme a la naturaleza de la misma.

Si acepta las excepciones previas que se refieran a cuestiones exclusivamente procesales; esto es, inadecuación del procedimiento, indebida acumulación de pretensiones o litispendencia, resolverá mediante auto interlocutorio.

Si acepta las excepciones previas que se refieran a una cuestión sustancial del proceso; esto es prescripción; caducidad; cosa juzgada; transacción; existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, aceptará mediante sentencia.

La decisión definitiva, debidamente motivada, deberá ser notificada por escrito dentro del término previsto en la ley.

Artículo 5.- Los procedimientos cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y contencioso tributaria se sustanciarán de conformidad al Capítulo II del Título I del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos; y, las excepciones previas que se deduzcan se resolverán atendiendo a su naturaleza jurídica.

Esta Resolución será aplicable a partir de la presente 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 la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los tres días del mes de mayo de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (VOTO EN CONTRA), Dra. Gladys Terán Sierra, 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Edgar Flores Mier, Dra. María Teresa Delgado Viteri, Dr. Oscar Enríquez Villarreal, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN

RESOLUCIÓN 13-2017

Suplemento del Registro Oficial No. 21, de 23 de junio de 2017

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.- ANTECEDENTES

- i) El inciso primero del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), determina que el recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo ante la Corte Nacional de Justicia siempre que concurren alguna de las circunstancias descritas en la mentada disposición jurídica:

Procedencia.- El recurso de revisión **podrá proponerse** en cualquier tiempo, **ante la Corte Nacional de Justicia**, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.
2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada.
3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.

La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

No serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio.

La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia. (negritas fuera de texto)

- ii) El artículo 660 del COIP, nos trae las reglas para la sustanciación del recurso de revisión, y entre ellas encontramos la que ordena que una vez recibido el proceso, en el plazo máximo de cinco días, se pondrá en conocimiento de las partes la recepción del proceso y en la misma providencia se señalará día y hora en que se celebrará la audiencia.

Trámite.- El recurso de revisión deberá tramitarse de acuerdo con las siguientes reglas:

1. **Recibido el expediente, en el plazo máximo de cinco días, se pondrá en conocimiento de las partes la recepción del proceso y en la misma providencia se señalará día y hora en que se celebrará la audiencia.**



2. Si la revisión es de una sentencia dictada en un proceso de ejercicio público de la acción, se contará con la intervención de la o el Fiscal General del Estado, o su delegada o delegado.
3. En la audiencia, los sujetos procesales expondrán sus fundamentos y practican las pruebas solicitadas. La resolución se anunciará en la misma audiencia, debiendo notificarla dentro de los tres días siguientes.
4. El rechazo de la revisión, no impedirá que pueda proponerse una nueva, fundamentada en una causa diferente. (negrillas fuera de texto)

iii) De las disposiciones antes transcritas, se desprende que nuestro sistema penal reconoce la competencia que tiene la Corte Nacional de Justicia para sustanciar y resolver los recursos de revisión en materia penal, y de igual forma determina que para la sustanciación del mismo, luego de recibido el expediente, el Tribunal que avoque conocimiento de la causa, en el plazo máximo de cinco días pondrá en conocimiento de las partes la recepción del proceso y convocará a la audiencia respectiva. Mas ocurre que la ciudadana o el ciudadano de cualquier parte del país, que pretende hacer valer sus derechos interponiendo el recurso de revisión, no tiene la certeza sobre si puede o debe presentarlo en su jurisdicción de origen o debería trasladarse a la sede de la Corte Nacional de Justicia en la ciudad de Quito para hacerlo.

Estas circunstancias denotan que existe duda en cuanto a la aplicación de los artículos 658 y 660 del COIP, en relación a ante quién debería presentarse el recurso de revisión, siendo indispensable que en aras de unificar los criterios para la interpretación y aplicación de las normas que rigen el sistema penal ecuatoriano, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, emita una resolución general y obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

2.1.- Por sobre el derecho al acceso a la justicia:

i) Nuestro ordenamiento jurídico reconoce al acceso gratuito a la justicia como una faceta de la tutela judicial efectiva; así, el artículo 75 de la Constitución de la República manda:

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.

A su vez el artículo 11 de la Constitución dispone:

El ejercicio de los derechos se registrará 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 o 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.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. 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.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

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

Es así que en desarrollo del precepto constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial, dispone:

PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA.- Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.

- ii) Nuestra Constitución guarda estricta armonía con lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos artículos 8 y 25, en lo pertinente para nuestro análisis determinan:

Artículo 8.- Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter

Artículo 25.- Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Resulta fundamental entender que las dos disposiciones se articulan y complementan la una con la otra, puesto que para que opere el acceso a la justicia, es determinante reafirmar el reconocimiento a los derechos a: un recurso efectivo ante los jueces competentes; al debido proceso; y a la obligación general de garantía de los derechos protegidos.¹

iii) La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso Cantos vs. Argentina, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2002, por sobre el acceso a la justicia ha dicho que: “el citado artículo 25... establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”; dice además la Corte que 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”, y que el Estado no solo cumple con lo ordenado por el artículo 25 de la Convención, al reconocer formalmente en la ley la existencia de los recursos, sino que los mismos deben estar investidos de efectividad; de esta forma, la ciudadana o el ciudadano deben tener la posibilidad real, sencilla y rápida de interponerlos. Siendo así se entiende que cualquier norma que limite, dificulte o impida hacer uso del recurso resulta ser una violación del derecho al acceso conforme así se encuentra reconocido por la Convención Americana en su artículo 25.

iv) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en coherencia con las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, el 7 de septiembre de 2007, emitió el estudio “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema

¹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 91; Caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 110; Caso Anzualdo Castro vd. Perú, párr. 122; Caso Radilla Pachecov. México, párr. 190.

interamericano de derechos humanos”, en donde se determina que los Estados están obligados a “remover las barreras y obstáculos normativos, sociales, culturales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia”. De esta forma, al Estado le está vedado impedir u obstaculizar el acceso a las garantías de los justiciables, y debe además garantizarles su acceso al sistema de administración de justicia.

2.2.- Por sobre el recurso de revisión:

i) El artículo 184 de la Constitución de la República, manda:

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.
2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.
3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero.
4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

El artículo 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone:

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;

ii) Del artículo 658 al 660, el COIP regula el recurso de revisión:

Art. 658.- Procedencia.- El recurso de revisión **podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia**, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.
2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada.
3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.

La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

No serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio. La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia. (negritas fuera de texto)

Art. 660.- Trámite.- El recurso de revisión deberá tramitarse de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1. Recibido el expediente, en el plazo máximo de cinco días, se pondrá en conocimiento de las partes la recepción del proceso y en la misma providencia se señalará día y hora en que se celebrará la audiencia.**
2. Si la revisión es de una sentencia dictada en un proceso de ejercicio público de la acción, se contará con la intervención de la o el Fiscal General del Estado, o su delegada o delegado.
3. En la audiencia, los sujetos procesales expondrán sus fundamentos y practican las pruebas solicitadas. La resolución se anunciará en la misma audiencia, debiendo notificarla dentro de los tres días siguientes.
4. El rechazo de la revisión, no impedirá que pueda proponerse una nueva, fundamentada en una causa diferente. (negritas fuera de texto)

iii) Del contenido de la Constitución y la ley se desprende que la competencia para sustanciar y resolver el recurso de revisión, que busca destruir a la cosa juzgada por haberse justificado alguna de las causas determinadas en la ley, recae exclusivamente en un tribunal integrado por las magistradas y magistrados de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, quienes una vez que reciban el proceso, en el plazo máximo de cinco días pondrán en conocimiento de las partes la recepción del mismo y convocarán a la audiencia respectiva.

Pero ocurre que el legislador no ha determinado la forma en la que se debe presentar el recurso de revisión, puesto que de la lectura y análisis de los artículos 658 y 660 del COIP, se entendería que quien pretenda ejercer su derecho a interponer este recurso, deba trasladarse desde su lugar de origen a la sede de la Corte Nacional de Justicia en esta ciudad de Quito para presentarlo; incertidumbre que sin lugar a dudas ocasiona que se viole el derecho que tenemos todas y todos los ecuatorianos al acceso a la justicia, faceta de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 75 de la Constitución de la República y en parte en el artículo 22 del COFJ; no pudiendo el Estado por intermedio de la normativa vigente, limitar u obstruir este derecho, que para el caso que nos ocupa, se traduce en la real, sencilla y rápida interposición del recurso de revisión.

Por las consideraciones expuestas, es menester que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, emita una resolución general y obligatoria de conformidad con el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESOLUCIÓN 13-2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Que el artículo 25 numeral 1 de la Convención dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención;

Que la Constitución de la República del Ecuador, garantiza en su artículo 75 el derecho al acceso gratuito a la justicia, y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita;

Que el artículo 11 numerales 3, 4, 5, 6, 8 y 9 de la Constitución de la República, dispone que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para su ejercicio no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, 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; que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia; que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas; que el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Que el artículo 22 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es la competente para sustanciar y resolver el recurso de revisión;

Que el artículo 660 del Código Orgánico Integral Penal trae las reglas para el trámite para el recurso de revisión, en su numeral 1, dispone que recibido el expediente, en el plazo máximo de cinco días, se pondrá en conocimiento de las partes la recepción del proceso y en la misma providencia se señalará día y hora en que se celebrará la audiencia;

Que de la lectura de los artículos 658 y 660 del Código Orgánico Integral Penal, se entendería que la ciudadana o el ciudadano de cualquier parte del país, que pretenda ejercer su derecho a interponer el recurso de revisión, deba trasladarse desde su lugar de origen a la sede de la Corte Nacional de Justicia en la ciudad de Quito para presentarlo; duda que ha ocasionado que se viole el derecho que tenemos



todas y todos los ecuatorianos al acceso a la justicia, faceta de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 75 de la Constitución de la República y desarrollado en parte en el artículo 22 del Código Orgánico de la Función Judicial; no pudiendo el Estado por intermedio de la normativa vigente, limitar u obstruir este derecho, que para el caso que nos ocupa, se traduce en la real, sencilla y rápida interposición del recurso de revisión.

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como función del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la de expedir resoluciones en caso de duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la ley; en uso de esas atribuciones,

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- El escrito de interposición del recurso de revisión debe ser presentado al juez o jueza de instancia o de fuero que dictó la primera sentencia, según el caso, para ante la Corte Nacional de Justicia.

Esta Resolución, regirá desde su publicación en el Registro Oficial, y será de cumplimiento generalmente obligatorio, en tanto la ley no disponga lo contrario.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los tres días del mes de mayo de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia, Dra. Gladys Terán Sierra, 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, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Edgar Flores Mier, Teresa Delgado Viteri, Dr. Oscar Enríquez Villarreal, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.



INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

RESOLUCIÓN No. 14-2017

Registro Oficial No. 50, de 3 de agosto de 2017

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La interpretación prejudicial con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos

a) Consulta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito.- a.1) Con oficio No. TCA-001-2017, de 11 de abril de 2017, el doctor Mauricio Bayardo Espinoza Brito, Juez del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, dirige una consulta al Presidente de la Corte Nacional de Justicia, con el fin de que la misma se absuelva en el sentido de determinar, cuál es el momento procesal en el que los tribunales de lo contencioso administrativo deberán suspender la causa para solicitar la interpretación prejudicial que dispone el artículo 33 del Tratado Constitutivo del Tribunal Andino de Justicia. **b.1)** Mediante oficio No. 408-SP-CNJ-2017, de 25 de abril de 2017, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia dispuso al doctor Pablo Tinajero Delgado, Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo realizar el estudio pertinente de dicha consulta y de considerarlo necesario elaborar un proyecto de resolución para que sea conocido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. **c.1)** La mencionada consulta, recoge en lo pertinente, las siguientes consideraciones:

“4.- Cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estaba vigente, bajo un sistema escrito que es diverso al actualmente vigente, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento de la normativa antes referida, solicitaba la respectiva interpretación prejudicial de aquellas causas en que debía aplicarse o se controvertían normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina una vez evacuada la etapa probatoria, por lo que en aquel momento, se suspendía el proceso hasta la recepción de la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia la cual era puesta en conocimiento de las partes y luego de lo cual se emitía autos para resolver y la respectiva sentencia. 5.- Actualmente esta obligación se mantiene vigente para las causas en las que deba aplicarse o se controviertan normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, pero este Tribunal Distrital tiene inquietud ante el nuevo sistema procesal, si tal interpretación prejudicial debe ser solicitada al terminar la audiencia preliminar en los procedimientos ordinarios, ya que en aquel momento ya se ha determinado la prueba admisible que será actuada en audiencia de juicio, aunque esta no se ha practicado, por cuanto aquello podría resultar mejor para agilizar el proceso, ya que la interpretación prejudicial demora en ser contestada. Ante aquella primera opción también existe una segunda que consistiría en que dicha interpretación prejudicial sea solicitada cuando ya se ha ventilado la prueba en audiencia de juicio, debiendo el Tribunal Distrital remitir la interpretación judicial una vez actuada la prueba en la audiencia de juicio y en forma previa a que se deba emitir la sentencia, pues solo en aquel momento existirían todos los elementos de juicio para que el órgano andino de justicia emita su pronunciamiento, asunto que tomaría en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Andino de Justicia en el proceso No. 149-IP-2011 en el cual se ha indicado: “Aunque la interpretación prejudicial se puede solicitar en cualquier momento, es recomendable cuando el juez tenga todos los elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. 6.- Como un antecedente relevante está el dictamen de incumplimiento dictado en contra de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, por no haber solicitado la interpretación prejudicial en un caso en que se involucran



y discutían normas del ordenamiento de la Comunidad Andina, que consta en la Resolución de la Secretaría Andina 171, publicada en el R.O. 201 de 31 de mayo de 1999. Con los antecedentes expuestos, solicitamos, a los señores Jueces de la Corte Nacional la absolución de la consulta planteada que básicamente se constriene a conocer en qué momento debería el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo suspender la causa para solicitar la interpretación prejudicial que dispone el Art. 33 del Tratado Constitutivo del Tribunal Andino de Justicia”.

b) Preámbulo.- La interpretación prejudicial es considerada como un medio de colaboración jurídica entre los jueces nacionales de los países miembros y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto a la aplicación y entendimiento de la normativa andina comunitaria, dicha interpretación prejudicial ocurre en los casos en que el juez nacional deba aplicar directamente una norma comunitaria y exista duda respecto a su alcance en el caso controvertido, no constituye, por tanto, pérdida de la soberanía jurisdiccional interna, sino como se señaló, la intención es la cooperación jurídica para efectos de aplicar la normativa andina, cuyo propósito final constituye la uniformidad en la interpretación del derecho comunitario.

El autor Oswaldo Salgado, en su obra “El ABC del derecho para la Integración”, 2010, Quito-Ecuador, CELDIS, página 232, señala que: “Las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina deben ser interpretadas y aplicadas en forma uniforme por los órganos judiciales de los Países Miembros. Dentro del Derecho Comunitario Andino esta uniformidad se consigue precisamente, a través de la Interpretación Prejudicial que realiza el TJCA”.

c) Marco Jurídico.- Las disposiciones legales que regulan el procedimiento, forma y alcance del mecanismo de interpretación prejudicial que le compete al organismo jurisdiccional andino, se encuentran comprendidas tanto en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, de su parte el artículo 33 ibídem establece que 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.

d) La oralidad en los procesos judiciales.- El Código Orgánico General de Procesos publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015, con vigencia a partir de mayo de 2016, tiene como objetivo fundamental armonizar el sistema procesal ecuatoriano con las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 167, 168 y 169 y los principios que contemplan los artículos 18, 19 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial que refieren a la implementación del sistema oral en la sustanciación de los procesos judiciales, promoviendo mediante este mecanismo la celeridad procesal, el acceso oportuno y eficiente a la administración de justicia y la uniformidad en todas las materias e instancias, excepto la constitucional y penal, garantizando como fin último el derecho a la tutela judicial efectiva.

La sustanciación de los procedimientos regulados en el Código Orgánico General de Procesos se encuentra delimitada a etapas procesales claramente definidas, que deben ser evacuadas con absoluta estrictez en los términos y plazos previstos para el efecto, sin que medie dilación o prórroga bajo ninguna causa que no se encuentre legalmente establecida, las cuales, cabe mencionar, son de naturaleza excepcional.

Ahora bien, la aplicación del procedimiento jurisdiccional de interpretación prejudicial respecto a normas de la Comunidad Andina se encuentra en plena vigencia, en tal virtud, en el desarrollo de las causas en las que se requiera dicha consulta, la misma deberá remitirse inexorablemente a lo establecido

en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual en los casos de interpretación prejudicial de carácter obligatorio conlleva la suspensión del proceso judicial interno hasta obtener el pronunciamiento del Tribunal Andino.

La interpretación prejudicial de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, por su naturaleza, tiene cabida en los denominados procesos ordinarios establecidos en el capítulo I del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos, cuya sustanciación se encuentra estructurada por las siguientes fases: demanda, contestación, audiencia preliminar, audiencia de juicio y sentencia, por lo que resulta necesario determinar la etapa procesal oportuna y conveniente para formular la consulta, en razón de que la vigente normativa procesal no la ha previsto.

Al efecto, en este proceso, una vez contestada la demanda, con o sin ella, el juzgador en el término de 3 días convocará a la audiencia preliminar, la cual conforme el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos tratará sobre asuntos de validez procesal, calificación de excepciones, determinación del objeto de la controversia, exposición de la demanda y su contestación, anunciación de la totalidad de las pruebas de las partes y su correspondiente calificación, disposición, de ser el caso, de pruebas de oficio, entre otros aspectos, concluida la antedicha diligencia el juez anunciará su resolución, posterior a la cual en el término máximo de treinta días se realizará la audiencia de juicio. El artículo 297 *ibidem* establece que en la audiencia de juicio, entre otras diligencias, se actuará prueba y el juez dictará sentencia.

Partiendo de lo expuesto en la consulta presentada por el Juez del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, respecto a la posibilidad de requerir la interpretación prejudicial en el desarrollo de la audiencia de juicio, se considera que la práctica de la misma en esta etapa procesal resultaría improcedente, toda vez, que el juez tendría que suspender la audiencia de juicio y abstenerse de dictar sentencia, actuación que rompería el objetivo y naturaleza del sistema oral.

En consecuencia, revisado el esquema de sustanciación de estas dos audiencias, es adecuado que el requerimiento de interpretación prejudicial se resuelva en la audiencia preliminar, en virtud de que en la misma el juez ya conoce los planteamientos de la demanda y su contestación (objeto de la controversia) logrando identificar la necesidad de la interpretación prejudicial de una norma comunitaria.

Así las cosas, para efectos de evacuar la interpretación prejudicial, el juez contencioso administrativo al finalizar la audiencia preliminar, dictará la resolución correspondiente en la que incluirá la disposición de elevar en consulta de forma inmediata la interpretación prejudicial, y por consiguiente, conforme al artículo 123 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ordenará la suspensión del proceso interno hasta obtener el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia, en virtud de que para la sustanciación de la audiencia de juicio, dentro de la cual corresponde resolver la causa y dictar sentencia, el juzgador ya debe contar con este elemento con el fin de incorporar dicho pronunciamiento en su resolución.



RESOLUCIÓN No. 14-2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, concebida como una garantía del debido proceso, el artículo 169 de la Carta Magna 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, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

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, sobre la integración latinoamericana, el artículo 423 de la Constitución de la República establece que la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado, en todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá, entre otros aspectos, a favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

Que el artículo 425 de la Norma Suprema, dispone que 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.

Que la integración económica latinoamericana y particularmente la consagrada en el Acuerdo de Cartagena constituye un propósito común de desarrollo económico y social; teniendo en cuenta la Declaración de los Presidentes de los Países Andinos formulada en Bogotá el 8 de agosto de 1978 y las modificaciones introducidas por el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996.

Que el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que corresponderá al Tribunal de Justicia Andino interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Que, la interpretación prejudicial consiste en una colaboración jurídica entre los jueces nacionales de los países miembros y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, organismo supranacional, facultado privativamente para interpretar y guiar la aplicación y entendimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Que el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el Juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

Que mediante Registro Oficial Suplemento No. 506, de 22 de mayo de 2015, se publicó el Código Orgánico General de Procesos, el cual entró en vigencia a partir del mes de mayo de 2016. Este cuerpo normativo tiene como propósito fundamental armonizar el sistema procesal ecuatoriano con las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 167, 168 y 169 y los principios que contemplan los artículos 18, 19 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial que refieren a la implementación del sistema oral en la sustanciación de los procesos judiciales.

Que, mediante oficio No. TCA-001-2017, de 11 de abril de 2017, el doctor Mauricio Bayardo Espinoza Brito, Juez del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, dirige una consulta en el sentido de determinar cuál es el momento procesal en el que los tribunales de lo contencioso administrativo deberían suspender la causa para solicitar la interpretación prejudicial que dispone el artículo 33 del Tratado Constitutivo del Tribunal Andino de Justicia.

Que las consultas de interpretación prejudicial procederán generalmente en los denominados procesos ordinarios comprendidos en el capítulo Título I del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos, los cuales conforme el artículo 289 tratarán sobre todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.

Que la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos vuelve imperiosa la necesidad de establecer la etapa procesal en la cual corresponde evacuar los requerimientos de interpretación prejudicial, dado que en su contenido integral no se encuentra previsto tal procedimiento jurisdiccional.

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.

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 la presente resolución tiene como objetivo determinar la fase procesal dentro de la cual deberá sustanciarse la interpretación prejudicial dentro de los procesos ordinarios contencioso administrativos, con el propósito de unificar dicho procedimiento, y evitar que se manejen criterios diversos en la tramitación de las causas en las que se requieran consultas de esta naturaleza.

En ejercicio de la facultad establecida en el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial:



RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Procedimiento de interpretación prejudicial.- En los procesos ordinarios contencioso administrativos dentro de los cuales el juzgador, en uso de sus facultades, considere que se deba aplicar una norma perteneciente al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al finalizar la audiencia preliminar prevista en el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos resolverá elevar en consulta de forma inmediata, la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual constará en la resolución respectiva.

La interposición de la consulta según lo dispone el artículo 124 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina suspenderá el proceso hasta obtener el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia.

El término previsto para la realización de la audiencia de juicio establecido en el artículo 297 del Código Orgánico General de Procesos empezará a decurrir a partir del día siguiente de la recepción del pronunciamiento de interpretación prejudicial.

En la audiencia de juicio, el juez al dictar sentencia está obligado a adoptar la interpretación del Tribunal Andino de Justicia, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que tiene efecto vinculante.

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.

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

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 (VOTO EN CONTRA), 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 (VOTO EN CONTRA), Dra. Ana María Crespo Santos (VOTO EN CONTRA), Dr. Luis Enríquez Villacrés (voto en contra), Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Marco Maldonado Castro, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.



ACLARACIÓN DE DUDAS RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN No. 15-2017

Suplemento del Registro Oficial 104, de 20 de octubre de 2017

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL RECURSO DE APELACIÓN CONFORME EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

I. ANTECEDENTES

Resulta claro que cuando el Código Orgánico General de Procesos establece el *recurso de apelación* (Art. 256), instituye la segunda instancia en un conjunto de procesos judiciales; sin embargo, la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal ha dado lugar a diferentes problemas relacionados con la aplicación del nuevo régimen procesal. Así por ejemplo, si la interposición del recurso de apelación en contra de autos definitivos y sentencias sólo debe hacerse de forma oral en la audiencia respectiva; o si por el contrario, cabe interponer recurso de apelación contra decisiones definitivas, luego de que el juzgador de instancia notifique su decisión por escrito, con la debida motivación; así también, respecto de cuándo comienza a transcurrir el tiempo hábil para la fundamentación del mismo.

Otra cuestión se encuentra relacionada con la aplicación de las normas referentes al recurso de apelación con efecto diferido, así como la regulación del procedimiento ante la Corte Provincial de Justicia; particularmente, respecto de la forma en que debe procederse en caso de revocarse el auto de inadmisión de pruebas dictado en la primera instancia, así como el momento procesal en que deben resolverse las solicitudes de pruebas a practicarse en segunda instancia, y la forma en que han de practicarse tales pruebas cuando la Sala que conoce del recurso de apelación haya aceptado tales solicitudes.

II. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

La Constitución de la República reconoce que «recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos» es una garantía que debe asegurarse «en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden» (Art. 76.7.m CRE). De acuerdo con esta norma constitucional, toda persona que sea parte en un procedimiento, tiene derecho constitucional al *recurso* (aunque el constituyente no haya determinado su naturaleza) contra la decisión que lo resuelva; dicho en otras palabras, quien es parte de un procedimiento tiene derecho a impugnar la decisión, y que ésta sea revisada por otro órgano, generalmente superior.

La justificación de una norma constitucional en ese sentido puede encontrarse en la naturaleza humana, que generalmente adopta una conducta de oposición a toda acción o decisión adversa a los intereses propios; y, dado que el Derecho es un medio para garantizar la paz y la convivencia social, a través de las normas no hace otra cosa, sino regular esas situaciones características del comportamiento humano, estableciendo la forma de materializar esa oposición.



En cumplimiento de dicha norma constitucional, el legislador a través del Código Orgánico General de Procesos ha establecido las normas que rigen la impugnación. Claro que, cuando el legislador se refiere a la impugnación se circunscribe a una cuestión técnico-procesal, en el sentido de establecer medios que permitan cuestionar una decisión de la autoridad jurisdiccional. Ello tiene relación tanto con el significado gramatical, en cuanto impugnar significa combatir, refutar, contradecir; pero sobre todo, con una noción procesal en cuanto impugnar significa «**interponer un recurso contra una resolución judicial**». Así, el Código Orgánico General de Procesos en el Título IV denominado Impugnación, establece y regula un conjunto de recursos, entre ellos el recurso de apelación; normas que resultan aplicables a todos los procesos para los que se haya previsto el recurso de apelación; mismas que se encuentran comprendidas en las disposiciones comunes a todos los procesos (Libro III).

2.1 Oportunidad para interponer y fundamentar el recurso de apelación

La parte final del artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos establece, dentro de las normas que regulan el recurso de apelación, que «se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia». Una norma en este sentido encuentra plena justificación constitucional, considerando que uno de los principios aplicables en el desempeño de la actividad jurisdiccional es el sistema oral (Art. 168.6 CRE). Resulta innegable que, en la legislación comparada múltiples países han establecido la oralidad procesal como medio para la administración de justicia; así como que, esa línea de actuación ha surgido de una realidad que demandaba cambios, porque estructuralmente se manifestaba insuficiente para enfrentar las exigencias sociales y jurídicas actuales. Cuando nuestro constituyente establece la *oralidad* como medio para la administración de justicia designa una forma de comunicación; y, dado que constituye un principio que debe aplicarse, en el cumplimiento de sus deberes y ejercicio de sus atribuciones, por parte de la administración de justicia, la actuación de los órganos jurisdiccionales como de las personas que intervienen en un proceso en todas las materias, instancias, etapas y diligencias debe hacerse mediante el lenguaje verbal, a través de la manifestación de la palabra. Se trata, desde luego, de una transformación capital, tanto desde el punto de vista de la legislación, como de los hábitos en las actuaciones procesales del justiciable y el juzgador considerando nuestra realidad procesal reciente: oralidad significa, en términos sencillos, uso de la expresión hablada.

Pero, no debemos confundirnos, todas esas innovaciones tienen –o al menos así debería ser– como finalidad la protección de la persona en el marco del Estado constitucional, esto significa, plenitud de garantías procesales, materialización de los derechos mediante una justicia efectiva; la oralidad procesal es medular y transversal en tanto sirva a ese propósito. Por ello, parece más apropiado decir que nuestro modelo procesal es predominantemente oral, pues no se ha excluido el empleo de la escritura, tal como lo ha dejado claramente establecido el propio legislador, cuando establece que todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, *salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito* (Art. 4 COGEP).

En ese contexto, es posible sostener que la norma sobre la interposición del recurso de apelación, aunque categórica, debe entenderse como una regla general; esto significa que pueden existir casos en los que puede interponerse el recurso de apelación por escrito, sin que ello contravenga la naturaleza de la oralidad. Es más, el propio legislador ha establecido apelación en casos de decisiones que el juzgador adopta por escrito (piénsese en el auto de inadmisión de la demanda del artículo 147 del COGEP); pero también porque, tanto la dogmática jurídica como la práctica judicial demuestran que pocas veces en el derecho existen normas absolutas. También existen situaciones como el caso fortuito o la fuerza mayor que alteran un régimen general de consecuencias, precisamente porque son situaciones excepcionales; y, finalmente, cabe poner atención, sobre todo considerando la práctica jurisdiccional, situaciones donde lo resuelto en audiencia se ha variado significativamente en la decisión que se ha notificado por escrito.

La otra cuestión radica en establecer cuándo la parte recurrente se encuentra legalmente notificada a efectos de fundamentar el recurso de apelación. El problema se ha suscitado porque la parte inicial del artículo 257 del Código Orgánico General de Procesos establece que el recurso “[s]e fundamentará por escrito dentro del término de diez días de notificado”; y, por su parte, el inciso 8 del artículo 79 *ibídem*, establece en su parte pertinente que “[l]as personas serán notificadas por el sólo pronunciamiento oral de la decisión”.

Para dar respuesta a este planteamiento conviene iniciar precisando que, la sentencia existe en el proceso únicamente cuando se ha notificado por escrito, debido a que sólo en aquel momento la decisión del juzgador contendrá la motivación correspondiente, motivación que constituye una exigencia constitucional de las decisiones del poder público (Art. 76.7.1 CRE), en particular de quienes ejercen la función jurisdiccional. En tal perspectiva, el legislador ha previsto:

Art. 93.- Pronunciamiento judicial oral. Al finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días.

De acuerdo con esta norma, resulta claro que una cosa es el pronunciamiento oral y otra la sentencia; así como que, sólo a partir de la notificación de la decisión por escrito inicia el término para fundamentar el recurso. En tal contexto, si la o el juzgador tiene el término de hasta diez días para notificar su auto definitivo o sentencia por escrito, luego de emitir su pronunciamiento oral en audiencia, no podemos considerar que, a efectos de la interposición o fundamentación del recurso de apelación, las partes se encuentran notificadas por el solo pronunciamiento oral, pues si la o el juzgador notifica su auto definitivo o sentencia el décimo día (conforme está permitido por el ordenamiento jurídico), el recurrente debería interponer o presentar su escrito de fundamentación el mismo día que le notifican la decisión escrita, lo cual no solo resulta claramente irrazonable sino que ubicaría al recurrente en una imposibilidad material de recurrir o fundamentar su recurso debido a la falta de conocimiento de la motivación del auto definitivo o la sentencia; situación que podría generar indefensión, con la correspondiente afectación del derecho de tutela judicial efectiva (Art. 75 CRE). Por tanto, a efectos de la interposición o fundamentación del recurso de apelación contra autos definitivos o sentencias, debemos entender que el término comienza a transcurrir desde la notificación de la decisión escrita a las partes.

Ello además ha de entenderse así, porque sólo cuando las partes conocen la motivación del juzgador pueden impugnarla. Ciertamente, otra disposición establece que se resolverá de manera motivada en la misma audiencia (Art. 79 inc. 8); sin embargo hemos de precisar que se trata de una norma general que no resulta aplicable a decisiones definidas. Esa distinción entre pronunciamiento oral y motivación por escrito resulta aún más clara en el caso de la sentencia; así, el artículo 94 del COGEP establece en tres numerales los requisitos de las resoluciones de fondo o mérito dictadas en audiencia; y, seguidamente, en el artículo 95 determina en 9 numerales los requisitos de la sentencia escrita.

2.2 Conocimiento del recurso de apelación con efecto diferido por diligencias preparatorias

El recurso de apelación con efecto diferido no constituye un medio especial de impugnación, sino únicamente una variación del régimen general aplicable al recurso de apelación; en lo esencial, porque no se modifica la naturaleza del recurso sino el momento en que se hace efectiva la impugnación de la decisión recurrida. Como resulta conocido, la interposición de un recurso de apelación implica sustraer el proceso de conocimiento del juzgador de instancia para que el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, resuelva las impugnaciones planteadas contra esa decisión; esto significa que, una vez admitido el recurso de apelación, el proceso debe ponerse inmediatamente en conocimiento del órgano jurisdiccional superior para que conozca de las impugnaciones planteadas, las sustancie y resuelva.



Respecto del recurso de apelación con efecto diferido existe una distinción parcial de ese régimen general; esencialmente, en cuanto las apelaciones interpuestas durante el curso del proceso deben esperar el pronunciamiento de una decisión definitiva en la instancia, ocurriendo una especie de acumulación. Esto significa, que si el recurso de apelación con efecto diferido es interpuesto, la o el juzgador debe tenerlo por interpuesto, pero su conocimiento y resolución por el órgano jurisdiccional superior queda supeditada a la conclusión del proceso en la instancia. En tal perspectiva, la interposición de un recurso de apelación con efecto diferido no impide la continuación del proceso hasta que se dicte un auto definitivo o la sentencia correspondiente.

El Código Orgánico General de Procesos prevé que “[l]a persona contra quien se promueve la diligencia podrá, en el momento de la citación, oponerse a la misma o solicitar su modificación o ampliación. La o el juzgador resolverá lo que corresponda. Si existe agravio, la o el solicitante o la parte contra quien se dicta el acto solicitado, podrá apelar con efecto diferido” (Art. 121 inciso 3). De esta norma se ha planteado cuando debe conocerse de recurso de apelación con motivo de las diligencias preparatorias.

Establece el legislador que “[t]odo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria” (Art. 120 COGEP); y, en igual sentido, establece que “[t]odo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias” (Art. 141 COGEP). Estas normas determinan con claridad que las diligencias preparatorias son parte del proceso principal; por lo que, considerando que el recurso de apelación con efecto diferido debe ser conocido por el superior cuando recaiga decisión final en el proceso, hemos de coincidir que el recurso de apelación en materia de diligencias preparatorias (Art. 121) será conocido por el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Provincial cuando haya recaído decisión que ponga fin al proceso principal.

2.3 Procedimiento en segunda instancia. Conocimiento y resolución del recurso de apelación por el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia

El Código Orgánico General de Procesos, dentro de las normas que regulan el recurso de apelación, en relación con la segunda instancia establece:

Art. 260.- Audiencia y resolución. Recibido el expediente, el tribunal convocará a audiencia en el término de quince días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código. En materia de niñez y adolescencia la audiencia se convocará en el término de diez días.

Una vez finalizado el debate, el tribunal pronunciará su resolución.

Considerando que el procedimiento de admisión del recurso de apelación debe cumplirse ante la o el juzgador de primera instancia, el procedimiento en segunda instancia debe iniciar por la convocatoria a la audiencia respectiva. Ahora bien, el COGEP no sólo determina el tiempo en el que se debe convocar la audiencia (dentro de quince días) en la segunda instancia, sino que seguidamente prescribe «conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código». De manera que, para establecer la forma en que corresponde proceder en la segunda instancia y las normas que lo rigen, debemos aplicar las reglas generales de la audiencia previstas en los artículos 79 a 89; normas que, por expresa disposición del artículo 260, son aplicables a la audiencia en la que se conoce del recurso de apelación.

Dice el COGEP que la Sala de apelación, examinará si en el escrito de interposición del recurso de apelación se ha reclamado la nulidad procesal (Art. 111); de manera que de haberse reclamado la nulidad, tal cuestión debería resolverse en primer lugar.

Por otra parte, si tomamos en cuenta que, durante el transcurso del proceso, las partes puede interponer recursos de apelación con efecto diferido (esencialmente, por ejemplo, contra la decisión que ordena la práctica de una diligencia preparatoria; contra la decisión que rechaza las excepciones previas; así como en contra de la decisión de inadmisión de las pruebas), podemos tener claro que en el modelo de proceso

establecido por el legislador, existe la posibilidad de que el tribunal de la Sala de la Corte Provincial de Justicia deba conocer y resolver varios recursos de apelación en forma conjunta.

Si bien, puede advertirse una ambigüedad en el COGEP al establecer la regulación sobre la resolución del recurso de apelación; la lógica nos orienta a pensar que, la audiencia de segunda instancia debe iniciar conociendo y resolviendo los recursos de apelación que hayan sido concedidos con efecto diferido, cuando se hayan admitido por el juzgador de instancia.

También el COGEP, al regular la fundamentación del recurso de apelación, establece la posibilidad de que las partes (al apelar o contestar el recurso) soliciten prueba «que se practicará en la segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos», así como «la práctica de prueba, que versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia». Por tanto, cuando las partes hayan solicitado *oportunamente* la práctica de pruebas en segunda instancia, lo siguiente que debería resolver la Sala de la Corte Provincial de Justicia es, si resulta procedente la práctica de esas pruebas.

Ello ha de entenderse así, si tenemos en cuenta que el inciso final del artículo 79 del COGEP –una de las reglas generales de la audiencia– establece: «Cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia». De acuerdo con la norma anotada, la solicitud de práctica de pruebas en la segunda instancia es una cuestión que debe ser conocida y resuelta en audiencia.

En ese contexto, la audiencia de segunda instancia deberá iniciar pronunciándose sobre las reclamaciones de nulidad, cuando se hubieren planteado; luego debería conocer los recursos de apelación con efecto diferido, cuando se hayan admitido; posteriormente, la solicitud de práctica de pruebas, cuando se hayan presentado oportunamente; y, finalmente conocer y resolver el recurso de apelación principal, es decir, aquel que contiene las impugnaciones concretas contra el auto definitivo o sentencia de primera instancia. Una conclusión similar podemos obtener de lo previsto en los incisos tercero y quinto del artículo 79 del COGEP, que expresan:

La o el juzgador concederá la palabra a las partes, para que argumenten, presenten sus alegaciones y se practiquen las pruebas, cuidando siempre que luego de la exposición de cada una, se permita ejercer el derecho a contradecir de manera clara, pertinente y concreta lo señalado por la contraria. Iniciará la parte actora.

Las partes tendrán derecho a presentar de forma libre sus propuestas, intervenciones y sustentos. La o el juzgador concederá la palabra a quien lo solicite y abrirá la discusión sobre los temas que sean admisibles.

De esta norma podemos advertir que corresponde, en primer lugar, escuchar los argumentos y alegaciones, lo cual resulta plenamente aplicable tanto a los pedidos de nulidad como a los recursos de apelación con efecto diferido, así como a la solicitud de práctica de pruebas en la segunda instancia; en caso de haberse admitido las pruebas corresponde, en segundo lugar, su práctica; y, finalmente, la decisión oral sobre el recurso de apelación principal.

De otro lado, también dentro de las reglas generales de la audiencia, el COGEP prevé los casos en que resulta procedente la suspensión de la audiencia. En el presente caso, de tales normas resultan importantes, tanto por la posibilidad de interponer recurso de apelación con efecto diferido contra las decisiones de inadmisión de las pruebas dictadas por el juzgador de instancia, así como porque el legislador ha previsto la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas nuevas o desconocidas. Dice el COGEP que la audiencia puede suspenderse:



Cuando en la audiencia ya iniciada concurren razones de absoluta necesidad, la o el juzgador ordenará la suspensión por el tiempo mínimo necesario, que no podrá ser mayor a dos días, luego de lo cual proseguirá con la audiencia. Al ordenar la suspensión la o el juzgador determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. (Art. 82.1 COGEP).

No cabe duda que cuando el órgano jurisdiccional superior, que conoce del recurso de apelación, revoque la decisión de inadmisión de prueba(s) adoptada por el juzgador de instancia, estaríamos ante un escenario de necesidad de suspensión de la audiencia; reflexión que resulta también aplicable cuando se encuentre procedente las solicitudes de prueba nueva o desconocida, debiendo practicarse en la audiencia de segunda instancia.

Ante el presupuesto de la práctica de pruebas en la segunda instancia (por revocatoria de la decisión de inadmisión de la instancia o por encontrar procedente las solicitudes formuladas en el trámite del recurso de apelación), el tribunal de la Sala de la Corte Provincial de Justicia podría suspender la audiencia, en lo fundamental porque hasta el momento mismo de la audiencia en que se adopte una decisión, esa práctica resulta incierta.

Pero sobre todo, una decisión de esa naturaleza puede justificarse si consideramos que la Constitución de la República reconoce, como garantía del derecho a la defensa, que «nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento» [Art. 76.7.a) CRE], lo cual se relaciona con la proscripción de indefensión que forma parte del derecho de tutela judicial efectiva (Art. 75 CRE); el derecho a «contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa» [Art. 76.7.b) CRE]; a «ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones» [Art. 76.7.c) CRE]; así como «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» [Art. 76.7.h) CRE]; normas cuya aplicación por el juez ordinario viene determinada por el artículo 172 de la Constitución, y que resultan indispensables para respetar el debido proceso.

Por lo demás, sólo queda considerar que cuando se trate de una prueba pericial, el COGEP establece: «El informe pericial será notificado a las partes con el término de por lo menos diez días antes de la audiencia, término que podrá ser ampliado a criterio de la o el juzgador y de acuerdo con la complejidad del informe» (Art. 225, parte final). De manera que, cuando la prueba a practicarse en segunda instancia sea pericial, a fin de garantizar los derechos de las partes, tal suspensión debería considerar el término previsto en dicha norma.

Por lo expuesto, recibido el proceso en la Sala de la Corte Provincial de Justicia, el tribunal convocará a la audiencia en el término previsto en el COGEP. Instalada la audiencia, el tribunal de la Sala que conoce el recurso de apelación, iniciará conociendo los recursos de apelación que hayan sido concedidos con efecto diferido. En caso de haberse solicitado la práctica de prueba nueva o que haya sido posible obtenerla sólo con posterioridad a la sentencia, conforme lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 258 del COGEP, tales solicitudes serán conocidas también por la Sala de apelaciones. De revocarse la decisión de inadmisión de la prueba de la o el juzgador de primera instancia, o encontrarse procedente las solicitudes de prueba nueva o desconocida, el tribunal podrá suspender la audiencia, debiendo en ese caso, señalar el día y hora de su reinstalación.

Reinstalada la audiencia, la Sala de apelaciones, practicará las pruebas que hayan sido admitidas. Posteriormente conocerá las impugnaciones planteadas contra el auto definitivo o sentencia. Concluida la audiencia, el órgano jurisdiccional pronunciará su decisión, debiendo notificar su decisión por escrito, dentro del término previsto en la ley.

2.4 La consulta ante la Corte Provincial de Justicia

El Código Orgánico General de Procesos, dentro de las normas que regulan el recurso de apelación, ha previsto que “[l]as sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación” (Art. 256 inciso final).

De acuerdo con esta disposición, no existe duda que se instituye la consulta como institución jurídico-procesal, a través de la cual un proceso puede ser conocido y resuelto por el tribunal de la Sala correspondiente de la Corte Provincial de Justicia; no obstante, existe ambigüedad respecto del procedimiento que debe cumplirse ante el órgano consultado, ya que el legislador se ha limitado a señalar que, en la consulta se procederá como en la apelación, lo cual ha generado duda sobre si debe convocarse a audiencia así como si debe pronunciarse resolución pese a la ausencia de las partes por no comparecer a la audiencia.

De entrada conviene precisar que la consulta, como institución procesal, presenta una naturaleza particular, lo cual impide comprenderla en su totalidad conforme las normas y naturaleza del recurso de apelación; por lo que, cuando el legislador se refiere que para la consulta se procederá como en apelación, tales expresiones deben entenderse en forma contextualizada. Así por ejemplo, resulta claro que respecto de la competencia de la Sala de la Corte Provincial rigen las normas de la apelación.

En igual sentido, podríamos señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 168.6 de la Constitución, que ha establecido a la oralidad como una cuestión transversal y medular para el desempeño de la actividad jurisdiccional, así como el principio de oralidad previsto en el artículo 4 del COGEP, la convocatoria y realización de una audiencia resulta un aspecto esencial para la administración de justicia, que no está condicionada, necesariamente, a la existencia de contradicción entre las partes en el proceso concreto; por lo que, cuando el legislador establece que en la consulta se procederá como en la apelación determina la obligatoriedad de convocar a audiencia en la Corte Provincial de Justicia, pues reside la posibilidad de que tanto quienes fueron partes en la instancia como cualquier interesado pueda concurrir a la audiencia y ser escuchado, conforme sus intereses legítimos.

Pero también debemos anotar, que existen cuestiones que determinan la naturaleza misma de la consulta, diferenciándola del recurso de apelación. En primer lugar, no se trata de un medio de impugnación sino un instrumento de control, que como tal no se rige por el principio dispositivo; en segundo lugar, debemos tener claro que la consulta se establece por mandato de la ley, de manera que la remisión del proceso al superior no está sujeta a la voluntad de las partes, ni del juez sino al cumplimiento de una disposición legal; y, por último que mediante la consulta no se preserva el interés de las partes (no se garantiza una revisión en razón de un perjuicio) sino se busca la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, como medio para preservar la seguridad jurídica. De manera que, nada impide que los jueces conozcan y resuelvan el caso conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la convocatoria a la audiencia en la Corte Provincial de Justicia a quienes han sido parte o puedan tener interés en el proceso.

III. COMPETENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA EXPEDIR RESOLUCIONES GENERALES Y OBLIGATORIAS

El constituyente ha instituido la Corte Nacional de Justicia como órgano de justicia ordinaria; no sólo le ha conferido calidad de órgano jurisdiccional sino que también un estatus en la institucionalidad del Estado ecuatoriano. Atendiendo a esa calidad, le corresponden atribuciones, funciones y facultades: el conocimiento y resolución de recursos definitivos, como son la casación y la revisión, en el ámbito jurisdiccional (Art. 184.1 CRE); el establecimiento de un valor concreto a la jurisprudencia proferida por las Salas de Casación mediante la institucionalización, en nuestro sistema de fuentes, del precedente jurisprudencial obligatorio (Art. 184.2 CRE). Pero no sólo eso, pues de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial es atribución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia «expedir resoluciones en caso de



duda u obscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley» (Art. 180.6 COFJ). El establecimiento de la atribución de expedir resoluciones generales y obligatorias al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, no sólo se establece por expresa habilitación constitucional (en cuanto el constituyente ha establecido que «serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley» Art. 184 CRE), sino que además obedece al estatus de la Corte dentro de los órganos de administración de justicia ordinaria.

En términos generales, las facultades jurisdiccionales, esto es, la resolución del recurso de casación así como la institucionalización de la jurisprudencia obligatoria tiene como objetivo fundamental, la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las normas a fin de garantizar la confianza del ciudadano en la resolución de las controversias, la previsibilidad de las decisiones y la plenitud de las garantías procesales; de manera que, la atribución del Pleno para expedir resoluciones generales y obligatorias es coincidente con su finalidad constitucional.

En el presente caso, las cuestiones analizadas, ponen de manifiesto la existencia de diversas interpretaciones y problemas en la aplicación en algunas cuestiones referentes al recurso de apelación conforme el Código Orgánico General de Procesos; los cuales han sido originados por dudas, obscuridad o ininteligencia de normas. Considerando que la Corte Nacional de Justicia como máximo órgano de la justicia ordinaria (Art. 178 y 182 CRE) tiene el deber primordial de garantizar el goce efectivo de los derechos (Art. 3.1 CRE), así como de respetar y hacerlos respetar (Art. 11.9 CRE); en particular, los derechos de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos (Art. 75 CRE), el debido proceso (Art. 76 CRE), así como la seguridad jurídica (Art. 82 CRE); derechos que son los pilares sobre los cuales debe desenvolverse la administración de justicia en un Estado constitucional (Art. 1 CRE) procede que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia expida una resolución general y obligatoria.

RESOLUCIÓN No. 15-2017

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo previsto en los artículos 178 y 184 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la Función Judicial;

Que conforme el artículo 82 de la Constitución de la República, «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»;

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, «toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad.»;

Que la parte final del primer inciso del artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos, dentro de las normas que regulan el recurso de apelación, establece que «se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia»; sin embargo, el inciso octavo del artículo 79 *ibídem*, dentro de las normas reguladoras de la audiencia, establece que «para la interposición de recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito»;

Que los efectos de los autos interlocutorios es distinto; así, existen autos interlocutorios que no son apelables; otros autos interlocutorios son apelables en efecto diferido aunque no ponen fin al proceso; y, autos interlocutorios que son apelables porque ponen fin al proceso; y, en ese sentido, son definitivos;

Que existen dudas referentes a la aplicación de las normas que regulan el recurso de apelación conforme lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos;

En ejercicio de sus facultades constitucionales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

Artículo 1.- El recurso de apelación contra autos definitivos y sentencias se interpondrá de manera oral en la audiencia respectiva conforme lo previsto en la parte final del inciso primero del artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos. La o el juzgador tendrá por interpuesto el recurso, que deberá fundamentarse dentro del término legal, que comenzará a transcurrir desde la notificación de la decisión por escrito.

Artículo 2.- Por excepción se podrá interponer recurso de apelación de la sentencia escrita o auto escrito, en forma fundamentada, dentro del término de diez días contados a partir de la notificación, en los siguientes casos:

- a) Cuando una de las partes no hubiere comparecido a la audiencia respectiva, por caso fortuito o fuerza mayor calificado por el Tribunal de Apelación; y,
- b) Cuando la sentencia o auto escrito, contenga asuntos no resueltos en audiencia o cuando éstos sean distintos a lo expresado en la decisión dictada en la misma, aspectos que deberá puntualizar expresamente.

Artículo 3.- En segunda instancia, el tribunal de apelación observará las siguientes reglas:

Si se ha planteado la nulidad del proceso, tal cuestión será resuelta en primer lugar; luego se resolverán los recursos de apelación con efecto diferido; las solicitudes de práctica de prueba para acreditar hechos nuevos, o de aquella que ha sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia; y, los cargos planteados contra el auto definitivo o sentencia.

Si el tribunal de apelación revoca el auto de inadmisión de pruebas dictado por el juzgador de primera instancia o acepta la solicitud de práctica de pruebas sobre hechos nuevos o que ha sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia impugnada podrá suspender la audiencia, debiendo señalar día y en hora en que se reinstalará para practicar dichas pruebas. Si la prueba a practicarse en segunda instancia es pericial, la audiencia se suspenderá por el término previsto en la parte final del artículo 225 del Código Orgánico General de Procesos.

En los casos que se haya previsto consulta, el proceso se remitirá a la Corte Provincial de Justicia, sin más trámite, una vez que hayan expirado los términos previstos para la interposición de recursos. Recibido el proceso, la Corte Provincial de Justicia convocará a audiencia dentro del término de quince días, en el cual resolverá la consulta aunque no comparezca alguna de las partes.

Artículo 4.- En el caso de práctica de diligencias preparatorias el recurso de apelación con efecto diferido será conocido por el tribunal de apelación una vez que haya decisión final en el proceso principal.

Esta Resolución será aplicable a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecisiete.



f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. María Rosa Merchán Larrea (VOTO EN CONTRA), Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dr. Wilson Andino Reinoso, 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. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dra. María Teresa Delgado Viteri, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Dra. Sylvana León León, Secretaria General (e)



**REALIZACIÓN DE
LA DILIGENCIA DE CITACIÓN EN LUGARES DONDE
NO SE PRESTA EL SERVICIO DE CITACIONES
CONTRATADO POR EL CONSEJO DE LA JUDICATURA**

RESOLUCIÓN No. 16-2017

Registro Oficial 132, de 1 de diciembre de 2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 178 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la Función Judicial;

Que conforme el artículo 82 de la Constitución de la República, “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”;

Que el artículo 76 de la Constitución prevé: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”; y, dentro de las garantías del derecho al debido proceso, el literal c del numeral 7 del artículo 76 prescribe: “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”;

Que de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, “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”;

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 145 prescribe: “Los jueces y juezas podrán efectuar dentro del territorio nacional reconocimientos o inspecciones en lugares donde no ejerzan competencia, cuando consideren que esas diligencias son necesarias para verificar la verdad. Pero para la práctica de cualquier otra diligencia judicial, deprecarán o comisionarán a la jueza o juez competente en ese lugar”;

Que de acuerdo con el principio de colaboración con la Función Judicial previsto en el artículo 30 del Código Orgánico de la Función Judicial, “las Funciones Legislativa, Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, con sus organismos y dependencias, los gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, y más instituciones del Estado, así como las funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados y más servidoras y servidores que los integran, están obligados a colaborar con la Función Judicial y cumplir sus providencias”;

Que dentro de las facultades genéricas de juezas y jueces, particularmente la establecida en el artículo 129 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial se establece: “Requerir de toda autoridad pública o de instituciones o personas privadas el auxilio que demande en el ejercicio de sus funciones”;

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 53 prescribe: “La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador”;

Que el artículo 72 del Código Orgánico General de Procesos dispone que “la o el juzgador podrá ordenar la práctica de alguna diligencia mediante deprecatorio o comisión a otra u otro juzgador dentro del territorio nacional. Esta facultad no incluye la realización de audiencias ni la práctica de pruebas”;

Que el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial establece 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 por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. 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”.

Que la Directora Nacional de Gestión Procesal (e) del Consejo de la Judicatura, mediante oficio No. DNGP127, de 5 de julio de 2017, consulta a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia lo siguiente: ¿Es jurídicamente posible realizar la práctica de la citación por comisión con un teniente político y/u otro funcionario y/o servidor público, en los lugares en *los cuales no se presta el servicio de entrega de citaciones judiciales mediante un proveedor contratado por el Consejo de la Judicatura?*; consulta que ha sido acogida por el señor Juez Nacional doctor Pablo Tinajero Delgado;

Que resulta necesario aclarar la forma en que deben proceder las juezas y jueces del país para cumplir con la diligencia de citación en los lugares en que no se preste el servicio de citaciones contratado por el Consejo de la Judicatura;

Que es deber de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de administración de justicia, adoptar las decisiones correspondientes, a fin de garantizar los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, que constituyen los pilares sobre los cuales debe desenvolverse la administración de justicia en el Estado constitucional;

En ejercicio de sus facultades constitucionales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial

RESUELVE:

Artículo 1.- Para la realización de la diligencia de citación, la o el juzgador podrá comisionar al teniente político o al presidente/a de la junta parroquial, cuando ésta deba practicarse en lugares donde no se presta el servicio de citaciones contratado por el Consejo de la Judicatura.

Esta Resolución será aplicable a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintisiete días del mes de octubre días de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo (VOTO EN CONTRA), Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel (VOTO EN CONTRA), Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Magaly Soledispa Toro, Dr. Richard Villagómez Cabezas (VOTO EN CONTRA), Dra. Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Iván Saquicela Rodas, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

**AUTO DE INHIBICIÓN
EN PRIMERA PROVIDENCIA
EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA O
CONTENCIOSO TRIBUTARIA**

RESOLUCIÓN No. 17-2017

Registro Oficial 132, de 1 de diciembre de 2017

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 178 de la Constitución de la República, la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la Función Judicial;

Que conforme el artículo 82 de la Constitución de la República, “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”;

Que el artículo 76.1 de la Constitución, entre las garantías del derecho al debido proceso, prescribe que “corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”;

Que de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, “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”;

Que el artículo 133 de la Constitución de la República establece: “Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución”, precisando en su inciso final que “las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica”.

Que el legislador, al definir el ámbito del Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 2 prescribe: “Este Código comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la jurisdicción y competencia de las juezas y jueces, y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia”;

Que el Código Orgánico de la Función Judicial, dentro de los deberes y facultades genéricas de juezas y jueces previstas en el numeral 9 del artículo 129 prescribe: “En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva”;

Que el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 147 prevé: “La o el juzgador inadmitirá la demanda cuando: 1. Sea incompetente. 2. Contenga una indebida acumulación de pretensiones. Si la o el juzgador estima que la demanda es manifiestamente inadmisibles, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará devolver los anexos y el archivo del expediente. Esta providencia será apelable”;

Que el doctor Mauricio Bayardo Espinosa Brito, en su calidad de juez coordinador de los jueces COGEP del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito ha remitido una consulta a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en la que expone la problemática surgida respecto de las diferentes interpretaciones y decisiones adoptadas cuando la o el juzgador decide inadmitir la demanda en la primera providencia fundado en razones de incompetencia; así como por la negativa de recibir los procesos, por parte de algunos órganos jurisdiccionales, cuando se les ha remitido con pronunciamiento de inhibición;

Que resulta necesario establecer una aplicación uniforme de la forma de proceder cuando al recibir una demanda en materia contenciosa administrativa y contenciosa tributaria, la o el juzgador se consideren incompetentes, a fin de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva evitando los reiterados pronunciamientos de inadmisión por incompetencia del juzgador; y, de esta forma garantizar una correcta administración de justicia;

En ejercicio de sus facultades constitucionales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,



RESUELVE:

Artículo 1.- Si al calificar la demanda, el tribunal que ejerce jurisdicción contencioso administrativa o contencioso tributaria determina que es incompetente para conocer la causa, dictará auto interlocutorio de inhibición y ordenará la remisión del proceso al órgano juzgador competente.

Esta Resolución será aplicable a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintisiete días del mes de octubre días de dos mil diecisiete.

f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Alejandro Arteaga García, Dra. Magaly Soledispa Toro, Dr. Richard Villagómez Cabezas, Dra. Consuelo Heredia Yerovi, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

— • —

**AUSENCIA DEL JUEZ
LUEGO DEL PRONUNCIAMIENTO ORAL EN AUDIENCIA**

RESOLUCIÓN No. 18-2017
Registro Oficial No. 151, de 2 de enero de 2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la vida, a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación.

Que el artículo 168.6 de la Constitución de la República, determina que la sustanciación de los procesos en todas la materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Que el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, garantiza 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; y que las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Que la última parte del artículo 76.3 de la Constitución de la República, asegura para todas y todos los ecuatorianos, ser juzgados ante una jueza o juez competente lo que resulta coherente con la garantía determinada en el artículo 66 numeral 7 literal k. La competencia es un presupuesto de la jurisdicción.

Que el artículo 90.7 del Código Orgánico General de Procesos determina: “*Contenido general de sentencias y autos. Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: ...7. La firma de la o del juzgador que la ha pronunciado. En ningún caso será necesario relatar la causa*”. El artículo 622.11 del Código Orgánico Integral Penal, ordena: “*Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita deberá contener: ...11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal*”.

Que podría darse el evento de que por una circunstancia debidamente justificada ésta provoque la ausencia temporal o definitiva de un administrador de justicia (juez unipersonal) o uno o varios de los integrantes de un Tribunal, mismos que hayan adoptado una decisión oral en audiencia, decisión que por imperativo legal deba sentarse por escrito, y que luego de la audiencia el o los mentados juzgadores, caigan en esta imposibilidad y por ende no pueda firmar el documento.

Que para aclarar la forma de proceder cuando alguno de los jueces que intervino en la audiencia oral no pudiera firmar la sentencia, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 5 de octubre de 2011, expidió una resolución que fue publicada en el Registro Oficial No. 564, de 26 de octubre de 2011, misma que, debido al nuevo ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador tanto en materias penales como no penales, resulta caduca.

En uso de la facultad que le concede el artículo 180, numeral 6, del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- La o el juzgador unipersonal que ha emitido el pronunciamiento oral debe también motivar y firmar la decisión por escrito.

Si luego del pronunciamiento oral en audiencia, la o el juzgador unipersonal, se ausentare temporalmente por cualquier circunstancia debidamente justificada, el auto definitivo o sentencia debidamente motivada deberá ser firmado al integrarse la o el juzgador ausente.

Art. 2.- En el caso de un tribunal, si luego del pronunciamiento oral en audiencia, uno de los juzgadores se ausentare temporalmente, por cualquier circunstancia debidamente justificada, sentada la respectiva razón de este particular por el Secretario, el auto definitivo o sentencia escrita será firmada por los otros dos miembros del tribunal.

De ser el ponente quien se ausenta, emitirá la ponencia el juez o jueza que en el orden del sorteo conforme el tribunal. Cuando se ausenten temporalmente dos juzgadores del tribunal, la resolución se firmará al reintegrarse al menos uno de ellos.

Art. 3.- Cuando ocurriere la circunstancia prevista en los artículos anteriores, se suspenden los tiempos para la notificación de la sentencia o auto definitivo desde la ausencia justificada hasta que la o el juzgador se reintegre. Para éste efecto la Secretaría sentará la razón correspondiente, tanto de la ausencia como de la reintegración de la o el juzgador respectivo.

Art. 4.- Si la ausencia es definitiva de uno o más jueces o juezas, el juez o jueza que esté actuando en el tribunal, comunicará al Presidente de la Corte Nacional de Justicia o al Director del Consejo de la Judicatura de cada Provincia, según el caso, para que, previo sorteo, designe un conjuer o conjuera, juez o jueza, que complete el tribunal; y, de este modo, resuelva lo pertinente.

Si se produce la ausencia definitiva de un juez o jueza unipersonal, el secretario de la unidad judicial o de la Sala, informará del particular al Presidente de la Corte Nacional o al Director Provincial del Consejo de la Judicatura, según corresponda, para que designe el conjuer o conjuera, juez o jueza que deberá asumir la competencia y emitir la resolución que corresponda.

Art. 5.- Todos los conjueres y conjueras, jueces y juezas que en reemplazo de los titulares, hayan adoptado una decisión oral en audiencia, tienen la obligación de firmar la sentencia o auto definitivo escrito que contiene la motivación de tal decisión; e incluso de resolver los recursos horizontales que, eventualmente, se interpusieren respecto de aquellas decisiones.

Art. 6.- Con la presente resolución, se sustituye la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 5 de octubre de 2011, publicada en el Registro Oficial No. 564, de 26 de octubre de 2011.

Esta Resolución será aplicable a partir de la presente 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 de la Corte Nacional de Justicia, a los veintidós días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete.

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. Wilson Andino Reinoso, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial
año 2017

**SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA**

I

Resolución N°: 217-2017
Recurso de Casación N°: 250-2013
Fecha: 9 de febrero de 2017, las 15H48

TEMA: Acción contencioso administrativa por inadecuada administración de justicia, (Responsabilidad objetiva del Estado) Diferencia entre la acción por inadecuada administración de justicia y acción por detención arbitraria.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

José Washington Mendoza Obando comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 4, con sede en la ciudad de Portoviejo y demanda al Estado ecuatoriano en la persona del Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura y del Procurador General del Estado, por inadecuada administración de justicia, al haberse dictado sentencia absolutoria en su favor en el juicio penal por tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, según afirma el accionante, después de haber estado privado de su libertad injusta e injurídicamente por 926 días y reclama el pago de daños y perjuicios por lucro cesante y daño emergente, fijando la cuantía en la suma de \$ 600.000,00.- La parte demandada propone las siguientes excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, falta de causa y objeto lícitos, falta de legítimo contradictor, improcedencia de la demanda, inexistencia de acto administrativo que se impugne, prescripción de la acción e incompetencia del Tribunal juzgador.- El fallo de instancia acepta parcialmente la demanda y condena al Estado ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura, al pago por indemnización de daños, perjuicios y daño moral, la cantidad de USD 38.752,64.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los demandados Director General de Asesoría Jurídica y delegado de la Directora General del Consejo de la Judicatura, y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí, con fundamento en la causal 1a. del artículo 3 de la Ley de Casación, deducen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 4 con sede en la ciudad de Portoviejo, dentro del juicio propuesto por José Washington Mendoza Obando en contra de los recurrentes.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que los jueces distritales no pueden confundir o mezclar los títulos de imputación, ya que de la demanda se desprende que la acción propuesta es por inadecuada administración de justicia y no por detención arbitraria, que son títulos totalmente diferentes; que es imprescindible separar dos institutos jurídicos que pueden dar lugar a confusión y que no son lo mismo: la responsabilidad objetiva del Estado y el "versari in re illicita" o responsabilidad por el mero resultado; que, según lo señalado en otros fallos, los elementos que determinan la responsabilidad objetiva del Estado son fundamentalmente cuatro: a) que se produzca un daño o perjuicio; b) que se dé un nexo causal; c) que exista un factor de atribución; esto es la falta de prestación de un servicio público; o la deficiencia del mismo; o el cumplimiento o incumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y, d) que se pueda imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, lo cual se da a través

de los títulos de imputación que en los casos de la Función Judicial pueden ser cuatro: error judicial; detención arbitraria; inadecuada administración de justicia; y, por reforma o revocación de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión. Sostiene, además, que la sentencia impugnada comete un serio error jurídico al dividir el valor de la indemnización en \$ 8.752,64 por daños y perjuicios, y \$ 30.000,00 por daño moral, lo que es incorrecto ya que la responsabilidad objetiva del Estado implica un solo valor indemnizatorio y que esta última cantidad de manera alguna puede considerarse un rubro aparte. Por ello, el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que tal indemnización, de darse, incluirá el daño moral; y, por último, rechaza el recurso interpuesto por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí por incumplir la solemnidad sustancial de ilegitimidad de personería, pues en los casos de responsabilidad objetiva del Estado por un supuesto mal funcionamiento del servicio público de administración de justicia, el único legitimado pasivo es la o el Presidente del Consejo de la Judicatura.- En tal virtud, casa la sentencia por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por incurrir en errónea interpretación de los artículos 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador y 32 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, rechaza la demanda.

Acción contencioso administrativa por inadecuada administración de justicia propuesta por José Washington Mendoza Obando en contra del Estado ecuatoriano en la persona del Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura y del Procurador General del Estado, al haberse dictado sentencia absolutoria en su favor en el juicio penal por tenencia y posesión ilícita de estupefacientes.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 250-2013

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, 9 de febrero de 2017, las 15h48.-

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 para resolver la presente causa, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), 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, y por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico

General de Procesos. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- Por sentencia expedida el 15 de abril de 2013, 11h48, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo, dentro de la acción contencioso administrativa que por “*inadecuada administración de justicia*” propuso por el señor José Washington Mendoza Obando en contra del Estado ecuatoriano, se resolvió que:

“DÉCIMO PRIMERO: La existencia de una inadecuada administración de justicia (error judicial). El actor José Washington Mendoza Sabando, alega en su demanda que ha estado preso de manera injusta por 926 días, por haber cometido un presunto delito de tenencia y posesión ilícita de estupefacientes, sanción emitida por el Tercer Tribunal de lo Penal que lo condenó a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales generales, sentencia que elevada a consulta fue resuelta por la Segunda Sala de



Conjueces de la Corte Provincial de Justicia que dictó sentencia absolutoria. La pregunta que toca resolver a éste Tribunal, es si en el proceso penal que se tramitó en el Tercer Tribunal Penal con el No. 322-2006, se dio una inadecuada administración de justicia que determine que la prisión que cumplió el actor José Washington Mendoza Sabando, fue injusta e ilegal.- De la lectura de la parte motiva de la sentencia absolutoria dictada por la Segunda Sala de Conjueces de la Corte Provincial de Justicia, se desprende lo siguiente: “[...] De lo expuesto se establece que no se puede determinar con certeza que el acusado sea el autor del ilícito a él inculcado; el Art. 11 del Código penal dice: nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso del que depende la infracción no es consecuencia de su acción u omisión, pues bien, en esa dirección y con fundamento en los anunciados medios de prueba, la Sala estudiando los fundamentos de la acusación Fiscal, estima que ninguno de ellos indica que la conducta del imputado haya desarrollado la acción descrita en el tipo del delito del presente caso. Es más, pronto se concluye que aflora una duda con relación a la presunta conducta delictiva que dio origen a esta causa. “Si la presunción de inocencia en un Estado Social Democrático y de Derecho como el nuestro, está garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso penal, de ahí se desprende la regla del *in dubio pro reo* en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, a través de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como CARENCIA DE CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dicte sentencia condenatoria nada debe suponerse, por qué el fallo debe sustentarse en la prueba legalmente producida en el proceso. Es menester que sean pruebas diáfanas, claras y nítidas que no den lugar a dudas sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado. En el caso que tratamos no se cumplieron los preceptos estatuidos en los Artículos ya invocados, por las motivaciones expuestas, existe la imposibilidad de despejar la duda tanto de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado en el ilícito que se le atribuye, el estado de inocencia es un derecho que nace, vive y muere

con el ser humano, de ahí entonces el principio *in dubio pro reo* que obliga que toda duda debe de resolverse a favor del reo, el mismo que está ligado a las reglas del derecho internacional de los derechos humanos y el principio PRO HOMINE, contenido en el Art. 31 de la Convención de Viena de aplicación obligatoria por expreso mandato del Art. 163 de la Carta Fundamental en relación a los Arts. 16, 17 y 18 de la misma Carta Política”.- Es decir, a criterio de los Jueces que dictaron esta sentencia existían dudas acerca de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, actor en la presente causa José Washington Mendoza Sabando, por lo que en base al principio PRO HOMINE dictaron sentencia absolutoria.- **DÉCIMO SEGUNDO:** ...En el presente caso, ¿Existe una inadecuada administración de justicia, que determine un error judicial?... Revisado el proceso penal, no encuentra el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, razones para pensar que el Tercer Tribunal Penal, al tramitar el proceso penal actuó con una conducta dolosa, que haya incurrido en falsedad o fraude o haya denegado justicia, o pretendido actuar de mala fe. Lo que sí es indudable, es que el actor Washington Mendoza Sabando, estuvo privado de su libertad por 802 días.- **DÉCIMO TERCERO.**- Sobre la actuación de los fiscales y jueces que intervinieron en el Juicio Penal 81-2005, tramitado en el Juzgado Segundo de lo Penal, y Juicio Penal 322-2006, tramitado en el Tercer Tribunal de lo Penal de Manabí, podemos señalar lo siguiente: 1.- El proceso penal, que se tramitó en contra del actor Washington Mendoza Sabando, se inicia por instrucción fiscal No. 067-2005, presentada por la Dra. Catalina Castro Llerena, Agente Fiscal de Manabí, el 15 de octubre del 2005, constante a fojas 124 para investigar el delito de tenencia ilegal de drogas, en base a lo establecido en el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal, y 219 de la Constitución Política de 1998, adjuntando un parte de aprehensión, suscrito por el subteniente de policía Santiago Cubero Flores, Jefe de Antinarcóticos de Portoviejo... El 4 de abril del 2006, el Juez Segundo de lo Penal, dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y del imputado Washington Mendoza Sabando. Auto que se elevó en consulta ante la Corte Superior de Justicia, la cual fue conocida por la Segunda Sala de lo Penal, sala que el 28 de junio del 2006, revocó el auto de sobreseimiento, y dictó auto de llamamiento a juicio, en contra de Washington Mendoza Sabando... 3.- Sorteado que fue, el proceso penal, pasó a co-

nocimiento del Tercer Tribunal Penal de Manabí, asignándole el No. 322-2006, el 4 de octubre del 2006, se llevó a efecto la audiencia pública contra Washington Mendoza Sabando, por el delito contra la Ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas, cuya acta consta de fojas 252 a 256; audiencia en que la Dra. María Eugenia Vallejo, Agente Fiscal, mantiene la acusación, en contra de Washington Mendoza Sabando, como autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. 4.- De fojas 257 a 261 el Tercer Tribunal de lo Penal, integrado por los Jueces Titulares, doctores Luis Hernández Mendoza y Narcisa Santana de Molina y la Conjuez, Marisol Miranda de Manzo, el 19 de octubre del 2006, dicta sentencia condenatoria en contra de Washington Mendoza Sabando, imponiéndole la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria y multa de 60 salarios mínimos vitales generales. 5.- La sentencia dictada por el Tercer Tribunal de lo Penal, no fue materia de impugnación por parte del acusado Washington Mendoza Sabando. 6.- Elevada que fue en consulta, la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de lo Penal, fue conocida y resuelta por la Sala de Conjueces de la Segunda Sala de lo Penal quien en auto dictado el 24 de abril del 2008, revocan la sentencia condenatoria, y en su lugar dictan sentencia absolutoria a favor de Washington Mendoza Sabando, auto que consta de fojas 266 a 268. ...**DÉCIMO QUINTO:** Del análisis del Juicio Penal 81-2005, tramitado en el Juzgado Segundo de lo Penal, y; Juicio Penal 322-2006, tramitado en el Tercer Tribunal de lo Penal de Manabí, se establece que el actor Washington Mendoza Sabando, estuvo privado de su libertad: Del 17 de octubre del 2005 al 5 de abril del 2006 (lo cual consta a fojas 8 y 190); y desde el 09 de agosto del 2006 al 30 de abril del 2008 (tal como consta a fojas 197 y 9), lo que da un total de 802 días de privación de libertad. Por lo que se determina que no es verdad que el actor Washington Mendoza Sabando haya estado privado de su libertad por 926 días, como afirma en su demanda. (927 días).- ...**DÉCIMO SÉPTIMO:** Este Tribunal estima, que tanto la agente fiscal, Dra. Maria Eugenia Vallejo Alarcón, como los jueces del Tercer Tribunal Penal de Manabí, Jueces Titulares doctores Luis Hernández Mendoza y Dra. Narcisa Santana García, y la Conjuez Dra. Marisol Miranda de Manzo, durante la tramitación del proceso penal No. 322-2006 no han actuado con dolo, malicia, o deseo de causar

daño. Por las consideraciones expuestas, sin más elementos que analizar, guiados por las reglas de la sana crítica y de las pruebas aportadas por las partes y valoradas en su conjunto; este Tribunal Contencioso Administrativo No. 4 para Manabí y Esmeraldas, '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 presentada por JOSÉ WASHINGTON MENDOZA SABANDO, y condena al Estado Ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura, al pago por indemnización de daños, perjuicios, y daño moral, a la cantidad de USD 38.752.64 (TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS 64/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) valores que deberán ser cancelados en el término de sesenta días de ejecutoriarse esta sentencia...- Sin costas.-".

SEGUNDO.- 2.1.- Mediante auto de 9 de febrero de 2015, 10h35, el Tribunal de Conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por el Director General de Asesoría Jurídica y delegado de la Directora General del Consejo de la Judicatura, con amparo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación de los artículos 22 de la Constitución Política de la República y artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, y por indebida aplicación del artículo 416 del Código de Procedimiento Penal. **2.2.-** Y admitió también el recurso de casación interpuesto por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí, con amparo en la misma causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación de los artículos 22 de la Constitución Política y 416 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO.- Con relación a la causal primera ibídem, el Director General de Asesoría Jurídica y delegado de la Directora General del Consejo de la Judicatura señala que:

"Señores Jueces, del contenido de las normas constitucionales y legales, no cabe duda que el sistema de responsabilidad del Estado, previsto tanto en la Constitución de 1998 como en la vigente, así como el desarrollado en el Código Orgánico de la Función Judicial, ha sido interpretado de manera errónea por parte de los señores Jueces del Tribunal

Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, conforme lo paso a demostrar: En el considerando Décimo Primero de la sentencia recurrida, los señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, realizan la siguiente pregunta: *“La pregunta que toca resolver a éste Tribunal, es si en el proceso penal que se tramitó en el Tercer Tribunal Penal con el No. 322-2006, se dio una inadecuada administración de justicia que determine que la prisión que cumplió el actor José Washington Mendoza Sabando, fue injusta e ilegal... El Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, al manifestar textualmente que lo que le corresponde analizar es si hubo una inadecuada administración de justicia, toma una posición categórica respecto del servicio público judicial. Es decir, se apresta a verificar si hubo una falla del servicio judicial. De las normas transcritas se observa con claridad que el sistema de responsabilidad del Estado ecuatoriano por los actos que emanan del Poder Judicial, se distribuyen en distintas categorías: así se habla de responsabilidad por: a) detención arbitraria, b) error judicial, c) retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, d) violación al derecho a la tutela judicial efectiva; y, e) por las violaciones a los principios y reglas del debido proceso. Se demuestra entonces que la inadecuada administración de justicia es una de las varias actuaciones por las que se puede imputar la responsabilidad al Estado. No obstante, de manera oficiosa, y sin motivación alguna, los señores Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, a partir del Considerando Décimo Segundo, cambiando la tipología, juzgan el presente juicio por error judicial, el mismo, que es distinto y restrictivo, y sin embargo es utilizado en la sentencia sin un mayor análisis con relación a los hechos... Si el sistema de responsabilidad del Estado por error judicial fuera indiscriminado, cualquier errónea aplicación de normas jurídicas, cualquier revocación de la sentencia por los tribunales de segunda instancia, en fin, cualquier entendimiento subjetivo de las partes en un proceso judicial, respecto de la aplicación y entender de las normas que los jueces realizan, sería causa suficiente para imputar al Estado un supuesto daño, lo cual no es jurídicamente aceptable. Por lo que tenemos que retener, desde ahora, un argumento capital: El error judicial es restrictivo... Con respecto al error judicial, la sentencia condenatoria es revocada posteriormente por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia, Sala de Conjueces cuando conoce*

del proceso luego de ser elevada a consulta; sin embargo, este fallo nunca dictaminó que hubo error judicial en el actuar del Tercer Tribunal Penal, sino que, todo el asunto se subsume en una interpretación de normas que, como se dejó explicado, es una función natural de los jueces, y nunca la sentencia se desbordó por los parámetros objetivos del Derecho para que se pretenda imputar un error judicial capaz de provocar la responsabilidad del Estado ecuatoriano. ...Nótese, que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Manabí, Sala de Conjueces, para absolver el imputado, no considera que el Tribunal de instancia actuó con criterios irracionales o extravagantes. Simplemente se trata de criterios interpretativos respecto de la aplicación de un principio jurídico que para la Sala se resuelve de una forma y que para el Tribunal de instancia devino en una interpretación de signo contrario. Pero nunca se acusa al Tribunal que dictó la sentencia condenatoria de que sus criterios son irracionales.”.

CUARTO.- Este Tribunal de Casación considera que resulta claro que en la sentencia distrital impugnada se toma en cuenta para aceptar parcialmente la demanda, únicamente que el demandante estuvo privado de su libertad por 802 días. Efectivamente, los jueces distritales se preguntan en el considerando décimo segundo de la sentencia impugnada: *“En el presente caso, ¿Existe una inadecuada administración de justicia, que determine un error judicial? Para acto seguido contestarse: “Revisado el proceso penal, no encuentra el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, razones para pensar que el Tercer Tribunal Penal, al tramitar el proceso penal actuó con una conducta dolosa, que haya incurrido en falsedad o fraude o haya denegado justicia, o pretendido actuar de mala fe. Lo que sí es indudable, es que el actor Washington Mendoza Sabando, estuvo privado de su libertad por 802 días.”.* En base a lo anterior, los jueces distritales resuelven:

“DÉCIMO SEXTO: El actor Washington Mendoza Sabando, en su demanda reclama por concepto de daños, perjuicios y daño moral, lo siguiente: a) El pago de los daños y perjuicios causados por haber estado privado de su libertad de manera injusta por el tiempo ya mencionado, como determinan los Arts. 416 y 419 del Código Adjetivo Penal, en la suma de \$ 25.000, (veinticinco mil dólares estadounidenses); **Como estuvo privado de su libertad por 802 días, tiene derecho a una indemnización de USD 8752.64 (OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS 64/100**

DÓLARES) tomando en consideración que en el proceso, al no existir su declaración de pago de impuesto a la renta se debe tomar en cuenta el duplo del salario mínimo vital y remuneraciones complementarias vigentes al momento de ingresar a prisión,... e) El pago por daños morales que recibió y recibe en la actualidad él y su familia por reparo de los daños psicológicos, y reparación del buen nombre y honor a que tiene derecho a ser resarcidos, en la suma de \$ 300.000 (trescientos mil dólares estadounidenses); Entendemos por daño moral los sufrimientos físicos o psíquicos-como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes quedando a la prudencia del Juez, la determinación del valor de la indemnización, tal como lo establece el Art. 2232 del Código Civil. En el proceso, el actor Washington Mendoza Sabando, no ha justificado que tenga cónyuge, hijos. Tampoco existen exámenes médicos o psicológicos que determinen su estado de angustia y ansiedad. Pero, aunque los efectos psicológicos y anímicos, que la privación de libertad ha provocado en el actor, no constan acreditados a través de la práctica de diligencias probatorias, el hecho de haber estado privado de libertad por 802 días, determinan que incuestionablemente el actor Washington Mendoza Sabando, ha atravesado momentos de angustia y ansiedad. Este Tribunal entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido Washington Mendoza Sabando, por lo que aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, **sobre la base de la equidad condena a la parte demandada en este caso el Estado Ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura, al pago de USD 30000 (TREINTA MIL 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)**, por este concepto, aclarando que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer al actor como lo establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ... **acepta parcialmente la demanda presentada por JOSÉ WASHINGTON MENDOZA SABANDO, y condena al Estado Ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura, al pago por indemnización de daños, perjuicios, y daño moral, a la cantidad de USD 38.752.64...**”.

QUINTO.- 5.1.- Este Tribunal de casación considera que tales apreciaciones jurídicas son totalmente erradas, pues los jueces distritales están confundiendo y mezclando los títulos de imputación: “*detención arbitraria*” e “*inade-*

cuada administración de justicia”, por el supuestamente deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia que se dio cuando la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo mediante auto de 24 de abril del 2008 revocan la sentencia condenatoria, dictada el 19 de octubre del 2006 por el Tercer Tribunal de lo Penal de Manabí que le impuso la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria y multa de 60 salarios mínimos vitales generales, y en su lugar dictan sentencia absolutoria a favor del señor Mendoza Sabando. Tales **títulos de imputación no pueden ser confundidos o mezclados como lo hacen los jueces distritales que suscriben la sentencia impugnada, pues de la propia demanda se desprende que la acción es por inadecuada administración de justicia, y no por detención arbitraria**, que son títulos de imputación totalmente diferentes. **5.2.-** Efectivamente, se puede apreciar también de la demanda que consta de fojas 33 a 36 del expediente de instancia, que el accionante señor Mendoza Sabando incurre en igual confusión respecto a los títulos de imputación, pues en el punto 4 de la misma dice que: “La indemnización que reclamo por haber sido privado de mi libertad, por más de 927 días injusta e injurídicamente, *por la inadecuada administración de justicia* por parte del estado de la República del Ecuador,...”, mientras que en el punto 1 se refiere a “La sentencia referida se dictó después de haber estado *detenido de manera ilegal y arbitraria* desde el 17 de octubre de 2005, hasta el 30 de abril de 2008, guardando prisión en el Centro de Rehabilitación Social El Rodeo, es decir estuve injustamente detenido por un tiempo de 926 días...”, fundamentando su derecho principalmente en el último inciso del artículo 32 del COFJ, mezclando por igual los distintos títulos de imputación ahí mencionados, sin desagregarlos dentro de su acción como es lo procedente, toda vez al final del punto 1 de su demanda señala también que: “cuando una sentencia condenatoria sea revocada o reformada o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya luego sido sobreseído o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal...”.

SEXTO.- Es imprescindible separar dos institutos jurídicos que pueden dar lugar a confusión, y que definitivamente no son lo mismo: la responsabilidad objetiva del Estado y el “*versari in re*



***illicita*” o responsabilidad por el mero resultado.**

El *versari in re illicita* determinaba una responsabilidad por el mero resultado producido, sin establecer ningún nexo causal (ni subjetivo, ni objetivo) entre la conducta o circunstancia y el resultado, teoría ésta que ha sido ya superada por la dogmática penal, pues el problema de la responsabilidad se debe resolver circunscribiéndola en el plano objetivo con criterios normativos, por lo que no cabe considerar que cuando se habla de responsabilidad objetiva del Estado, el término *objetiva* equivalga a *mero resultado*. Se debe tomar en cuenta, tal como se lo ha mencionado ya en las sentencias No. 760-2016 de 21 de junio de 2016, dentro del recurso de casación 600-2012, y en la No. 817-2016 de 5 de julio de 2016, dentro del recurso de casación 462-2012, en las cuales se señaló que los elementos que determinan la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado son fundamentalmente cuatro: a) que se produzca un daño o perjuicio; b) que se dé un nexo causal; c) que exista un factor de atribución; esto es la falta de la prestación de un servicio público; o la deficiencia [funcionamiento anormal] del mismo; o el cumplimiento [acción] o incumplimiento [omisión] irregular de las obligaciones y deberes de las y los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos; y, d) que se pueda imputar ese daño o perjuicio a un organismo o entidad estatal, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado [lo que nos lleva a la teoría del riesgo, así como a la posición de garante]; lo cual se da a través de los títulos de imputación, que en los casos relativos a la Función Judicial pueden ser cuatro: error judicial; **detención arbitraria**; **inadecuada administración de justicia**, que se puede dar por violación del derecho a la tutela judicial efectiva o por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso; y, por reforma o revocación de una sentencia condenatoria en virtud del recurso de revisión.

SÉPTIMO.- Pretender llevar el *versari in re illicita* al campo administrativo de la responsabilidad objetiva del Estado por el título de imputación de detención arbitraria implicaría simplemente que, por ejemplo, ni los agentes fiscales ni los jueces de garantías penales del país podrían jamás equivocarse en su apreciación de los hechos y circunstancias dentro de un proceso penal, porque por ejemplo si una Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia absuelve a un acusado llevado a juicio, revocando la sentencia condenatoria dictada por un Tribunal de lo Penal, entonces supuestamente de manera

“automática” se habría dado un mal funcionamiento del servicio público de justicia, debiendo el Estado pagar indemnizaciones a la persona absuelta. Es decir, se daría, sin más, que el efecto positivo de haber el propio Estado a través de sus diferentes órganos de justicia “corregido” la actuación de los niveles inferiores, devendría en un “castigo” por haber efectuado tal corrección del sistema de justicia; y así de manera escalonada y sin límites, bajo la falsedad conceptual del *versari in re illicita*, que en definitiva impondría a los operadores de justicia en su conjunto un inhumano parámetro que sería: *ellos y ellas no podrían equivocarse nunca*, lo cual escapa a cualquier posibilidad de exigirse mínimos de previsibilidad o cuidado operativo dentro de lo realmente esperable; a los operadores de justicia no se les puede exigir infalibilidad, sino que administren justicia con sujeción a la Constitución de la República y a la ley, aplicando “el principio de la debida diligencia” en los procesos que les toque conocer. Se daría la inicua conclusión de que “la auto-corrección del sistema de justicia” vendría a prácticamente ser sancionable, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal, lo cual no es factible. Al respecto, autorizada doctrina administrativa, con la cual coincidimos, señala que:

“363. Responsabilidad por error judicial en juicios criminales. (...) b) La norma constitucional contiene dos requisitos sustantivos para la procedencia de la acción: que se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en el proceso criminal y que el actor haya sido sometido a proceso o condenado erróneamente. El requisito de procedencia de que las resoluciones que provocaron el daño invocado hayan sido ‘injustificadamente erróneas o arbitrarias’ debe ser declarado en procedimiento previo por la Corte Suprema. **La jurisprudencia ha sido extremadamente exigente para dar por establecidos los supuestos de esta responsabilidad, requiriendo, en la práctica, que se haya incurrido en culpa grave** [Las expresiones que emplea la Corte Suprema para calificar una resolución como injustificadamente errónea o arbitraria son bastante elocuentes: i) “error inexplicable”; ii) “resolución desprovista de toda medida que la hiciera comprensible”; iii) resolución “falta de toda racionalidad”; iv) “sin explicación lógica”; v) “error grave, exento de justificación (...) sin fundamento racional, inexplicable”; vi) error “craso y manifiesto, que no tenga justificación desde un punto de vista intelectual en un motivo plausible”; (vii) resolución adoptada “insensatamente”.] En cierto

modo, estas exigencias resultan explicable. Censurar excesivamente la conducta de los jueces del crimen importaría eventualmente un debilitamiento de la justicia, porque algún margen de error en la conducción de los procesos criminales es inevitable. El establecimiento de condiciones demasiado ligeras a la responsabilidad, aunque ella no afecte personalmente a los jueces, tiene por efecto necesario que éstos enfrenen los casos de una manera excesivamente defensiva, lo que puede afectar negativamente la administración de justicia.” (El resaltado nos pertenece). Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 524-25. “776. b) Responsabilidad por la privación injusta de la libertad. Respecto de la privación de la libertad como causal de la responsabilidad del Estado, la ley la condiciona a que sea “injusta” (art. 68), es decir, como lo ha dicho la Corte en la sentencia que se comenta, que sea producto de ‘una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria’. Libardo Rodríguez R., “*Derecho Administrativo General y Colombiano*”; 19 ed., (Bogotá: Temis S.A., 2015), 678.

“Por su parte, la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia de control de constitucionalidad previo e integral sobre las leyes estatutarias, discurrió de la siguiente forma frente a la exequibilidad del artículo 68, ibídem: “Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. **Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aun de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados.** Enrique Gil Botero, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 5 ed., (Bogotá: Temis S.A., 2011), 435.

OCTAVO.- 8.1.- Este Tribunal de Casación debe dejar sentado que aún en el evento de que la acción hubiese sido por el título de imputación *detención arbitraria*, señalado también en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, tal imputación no se puede dar *de manera automática* (como lo han pretendido hacer los jueces distritales en la sentencia impugnada), esto es porque ha habido una resolución superior posterior que revoque tal prisión preventiva dictada por el juez inferior; tal criterio sería inadmisibles porque simplemente partiría del errado criterio que la responsabilidad objetiva del Estado no se prueba de manera alguna, cuando lo cierto es que el mal funcionamiento de cualquier servicio público que haya causado daños a un particular sí debe ser probado. **8.2.-** Es menester igualmente señalar que la sentencia impugnada comete un serio error jurídico cuando en su considerando décimo sexto, separa el “daño moral” como si éste pudiese ser un valor autónomo dentro de la indemnización por responsabilidad objetiva por mal funcionamiento del servicio público de justicia. Es decir para arribar al valor de indemnización total de USD/. 38.752,64 “lo divide” en indemnización de daños y perjuicios por USD/. 8.752,64 y por daño moral USD/. 30.000,00 lo cual es totalmente incorrecto, pues “la responsabilidad objetiva”, de darse, implica necesariamente un solo valor indemnizatorio, sin que de manera alguna puede considerarse que “el daño moral” pueda ser un valor indemnizatorio aparte del mismo. Por tales consideraciones es que el artículo 32 del COFJ señala que tal indemnización de darse incluirá el daño moral. De no ser así, se podría erradamente pensar que en estos casos se puede proponer una acción de responsabilidad objetiva en la jurisdicción contencioso administrativa y otra acción por daño moral en la jurisdicción civil.

NOVENO.- Por otra parte, es necesario acotar que el recurso de casación interpuesto por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Manabí es improcedente, y por tanto se lo rechaza por incumplir la solemnidad sustancial de ilegitimidad de personería; toda vez conforme el artículo 32 del COFJ, en los casos de acciones de responsabilidad objetiva del Estado por un supuesto mal funcionamiento del servicio público de justicia, el único legitimado pasivo es la o el Presidente del Consejo de la Judicatura. Lo cual constituiría una reforma tácita al segundo inciso del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del



Estado, en el sentido de que en estos casos quien ejerce el patrocinio del Estado no es la o el Procurador General del Estado, sino la o el Presidente del Consejo de la Judicatura y nadie más.

Por lo expuesto, y 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**, casa por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación la sentencia expedida el 15 de abril de 2013, 11h48, por el Tribunal Distrital de lo Contencio-

so Administrativo No. 4 con sede en la ciudad de Portoviejo, toda vez esta incurrió en una errónea interpretación de los artículos 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial; y se rechaza la demanda. Sin costas.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) **Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO); Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.**



II

Resolución N°: 1124-2017
Recurso de Casación N°: 17741-2012-0596
Fecha: 10 de octubre de 2017, las 12H21

TEMA: En la fase de ejecución no se puede volver a conocer lo ya resuelto en la fase de conocimiento.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La Compañía TRANSACSA, TRANSACCIONES S.A. comparece ante el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, y demanda al Director General de Aviación Civil la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por los actos, hechos y omisiones de la acción oficial y la inercia administrativa del Comandante piloto Rafael Dávila Fierro, en ejercicio de las funciones de Director de la entidad demandada, al no proveer la solicitud de permiso de operación para la concesión presentado por la Compañía actora de la causa.- El Tribunal de instancia declara con lugar la demanda y expresa, en lo principal: "... que permite a esta Sala determinar no solo la autoría material del daño, sino la extensión del resarcimiento por los perjuicios, que ameritan el pago de la indemnización por daños y perjuicios con inclusión del lucro cesante en la suma de TRES MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS, que representa los ocasionados hasta el 6 de octubre de 2003, fecha en que la compañía accionante presentó su escrito de demanda; más UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CINCUENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, por concepto de indemnización por iguales daños y perjuicios, pero con posterioridad a la presentación de la demanda, cálculo cortado al 22 de octubre de 2004, fecha límite apreciada en el informe pericial que suma CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CINCUENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, más los intereses legales contados desde el 22 de octubre 2004, total que deberá pagar la Dirección General de Aviación Civil(demandada), a la compañía Transacsa S.A. (demandante), en el término de treinta días."- Y, el auto dictado en fase de ejecución de sentencia, materia del presente recurso de hecho dispone: " En lo principal en virtud que la liquidación practicada por la perito guarda armonía con el fallo dictado en esta causa, así como con las tasas de interés legal, la parte demandada no ha justificado la impugnación al mismo, se dispone que la Dirección General de Aviación Civil bajo la directa responsabilidad de su actual Director General o quien haga sus veces pague a favor de la demandante TRANSACSA Transacciones S.A. en el término de ocho días la cantidad de US 7.093.576,60(Siete millones noventa y tres mil quinientos setenta y seis 60100 dólares de los Estados Unidos de América), bajo prevenciones de ley tal como lo dispone el Art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. ...".

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado Director General de Aviación Civil deduce recurso de hecho respecto del auto expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de indemnización de daños y perjuicios propuesto por TRANSACSA, TRANSACCIONES S.A. en contra del recurrente quien alega que en el auto en mención, dictado en fase de ejecución de sentencia, se han incluido valores no pretendidos en la demanda, lo que constituye un punto esencial no controvertido en



el juicio ni ordenado en el fallo, por lo que dicha providencia incurre en incongruencia por extra petita, al amparo de la causal 4ª del artículo 3 de la Ley de Casación.- La Sala de Casación sostiene que el fallo de instancia se encuentra ejecutoriado por cuanto esta Sala inadmitió a trámite y rechazó los recursos de casación interpuestos, en su oportunidad, respecto de dicho fallo y que se ha deducido, además, acción extraordinaria de protección la que ha sido también inadmitida a trámite ordenando el archivo de la causa y señalando que sobre la misma no cabe recurso alguno y que causará ejecutoria; la Sala en mención considera, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 295 y 297 del Código de Procedimiento Civil, que la pretensión del recurrente es que a la fase de ejecución de sentencia se dé el tratamiento que ya se dio al juicio de conocimiento previo, esto es que se vuelva a conocer lo ya resuelto, lo que es absurdo, tanto más que de la revisión efectuada se evidencia que no existe incongruencia entre la sentencia ejecutoriada y el auto recurrido, por lo que el cargo imputado a la referida providencia no se ha justificado; en tal virtud, rechaza el recurso de casación interpuesto y, por tanto, no casa al auto materia de impugnación. Demanda de indemnización de daños y perjuicios propuesta por TRANSACSA, TRANSACCIONES S.A., en contra del Director General de Aviación Civil y del Procurador General del Estado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2012-0296

Jueza Ponente: Dra. Cynthia María Guerrero Mosquera

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

Quito, martes 10 de octubre del 2017, las 12h21.-
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 y distribución de procesos, respectivamente, emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como el sorteo de 28 de octubre del 2014 y 29 de enero del 2015 que constan en el proceso.

ANTECEDENTES: A) La Sala de Conjuces del Tribunal Distrital de Contencioso Administrativo No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, expidió el auto, el 22 de diciembre de 2011, las 15h00, seguido por la compañía TRANSACSA TRANSACCIONES S.A., representada por el doctor David Rodríguez Ycaza en su calidad de

Procurador Judicial Especial, en contra de la Dirección General de Aviación Civil, en la cual resolvió que: "...En lo principal, en virtud que la liquidación practicada por la perito guarda armonía con el fallo dictado en esta causa, así como con las tasas de interés legal, la parte demandada no ha justificado la impugnación al mismo, se dispone que la Dirección General de Aviación Civil bajo la directa responsabilidad de su actual Director General o quien haga sus veces pague a favor de la demandante TRANSACSA Transacciones SA. en el término de ocho días la cantidad de USD. 7,093.576,60 (Siete millones noventa y tres mil quinientos setenta y seis 60100 dólares de los Estados Unidos de América,), bajo prevenciones de ley tal como lo dispone el Art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Notifíquese y Cúmplase".

B) El señor Fernando Xavier Guerrero Lopez en su calidad de Director General de Aviación Civil, con fecha 5 de enero del 2012 solicita al Tribunal de Conjuces la revocatoria del auto de 22 de diciembre de 2011 notificada el 30 de diciembre del 2011.

C) Mediante auto de 14 de febrero del 2012, el Tribunal Distrital rechaza la petición de revocatoria

formulada por el Director General de Aviación Civil señalando que al encontrarse ejecutoriada la sentencia no se admite más dilaciones.

D) El señor Fernando Xavier Guerrero Lopez en su calidad de Director General de Aviación Civil interpuso recurso de casación en contra del auto de 22 de diciembre de 2011, las 15h00, expedida por la Sala de Conjuces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, por las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

E) El Tribunal A quo mediante providencia de 20 de marzo del 2012, rechaza el recurso de casación interpuesto por considerar que: “El Art. 2 de la Ley de Casación determina claramente en su inciso segundo cuales son las providencias respecto de las cuales procede el recurso extraordinario de Casación y entre ellas no consta las dictadas en la fase de ejecución, como en este caso de un asunto que ya fue decidido en el fallo, y que fue materia de esta Litis”.

F) Con fecha 26 de marzo del 2012 el Director General de Aviación Civil interpone recurso de hecho, el mismo que fue concedido mediante providencias de 3 de abril y 2 de mayo del 2012.

G) El Tribunal de Conjuces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia mediante auto de 16 de julio de 2014, las 16h45, admitió el recurso de hecho y en consecuencia el de casación interpuesto únicamente en lo que se refiere a la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación en los siguientes términos: “...De esta manera, se colige que el recurso de casación interpuesto por Francisco Xavier Guerrero López, en su calidad de Director General de Aviación Civil reúne los requisitos formales del Art. 6 de la Ley de Casación; y, en consecuencia se lo admite a trámite al amparo de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, admitiéndose a su vez el recurso de hecho,...”. Estando la presente causa en estado de 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. Toda vez que se han observado las solemnidades inherentes al recurso se declara su validez procesal.

SEGUNDO: El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene como objetivo la correcta

aplicación e interpretación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia del inferior, criterio que ha sido puesto de manifiesto en varios fallos de la Sala. (Resolución No. 62-2015 de 22 de enero de 2015, Resolución No. 56-2015 de 20 de enero de 2015 y Resolución No. 36-2015 de 14 de ene;-o de 2015) Este Tribunal ha manifestado que la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, y si la misma decisión judicial contiene infracciones legales se casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la jurisprudencia, buscando conseguir que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y así lograr mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social. (Resolución No. 171-2015 de 13 de mayo de 2015, Resolución No. 159-2015 de 30 de abril de 2015, Resolución No. 157-2015 de 30 de abril de 2015).

TERCERO: Esta Sala debe revisar, por tanto, si el auto impugnado en fase de ejecución incurrió en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación por haber incluido valores no pretendidos en la demanda. Para resolver se formulan las siguientes consideraciones:

3.1.- La causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere a la resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis“. Por lo tanto, para determinar si existe el vicio alegado por el casacionista, el tribunal deberá revisar la congruencia de la resolución, entendida como la coherencia o identidad que debe existir en este caso entre el fallo que dirime el objeto de la controversia y el auto materia del recurso. La congruencia se define como “un principio normativo que limita las facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente, por los litigantes y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico “. (Carlos Ayarragaray, Lecciones de Derecho Procesal, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1962. pág. 83). Los vicios de incongruencias pueden ser de tres clases, Andrade Ubidia Santiago resume estos yerros afirmando: “que el vicio de ultra petita se da cuando se resuelve más de lo pedido; el de citra petita, cuando se deja de resolver una o



más pretensiones de la demanda o de las excepciones; y la extra petita cuando se decide puntos que no fueron materia del litigio. (Andrade Ubidia Santiago. La Casación en el Ecuador).

3.2. En la especie, el recurrente acusa al auto de incluir valores no pretendidos en la demanda, asunto que constituye un punto esencial no controvertido en el juicio ni ordenado en el fallo; es decir, incongruencia por extra petita, que se genera cuando el pronunciamiento judicial recae “sobre un tema que no está incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo debatido” (Joan Pico i Junoy), Las garantías constitucionales del proceso, Barcelona, J.M Bosch Editor, 3ra. Reimpresión, 2002, págs. 67-68). En tal virtud, para decidir si se ha incurrido o no en esta causal es necesario revisar lo decidido en el fallo en relación con lo resuelto por el Tribunal A quo en su auto emitido en fase de ejecución.

3.2.1. La sentencia de mayoría de 03 de julio del 2009 las 15h30 emitida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, resuelve que: “declara con lugar la demanda, porque el daño causado por los actos, hechos y omisiones de la acción oficial y la inercia administrativa del señor Comandante Piloto Rafael Edmundo Dávila Fierro, en la función de Director General de Aviación Civil y representante legal de la institución, a la demandante compañía Transacsa, Transacciones S.A., es evidente y lesiona intereses jurídicos patrimoniales de la recurrente, el cual de autos aparece como cierto y actual; elementos del daño exigidos por la doctrina y que son apreciables en dinero dada su incidencia directa en la economía y las finanzas de esta compañía ecuatoriana perjudicada por el comportamiento antijurídico del entonces Director General de Aviación Civil, al no proveer la solicitud de permiso de operación para la concesión, originando la responsabilidad del estado y consecuentemente la del funcionario público que permite a esta Sala determinar no solo la autoría material del daño, sino la extensión del resarcimiento por los perjuicios, que ameritan el pago de la indemnización por daños y perjuicios con inclusión de lucro cesante en la suma de TRES MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS que representa los ocasionados hasta el 6 de octubre de 2003, fecha en que la compañía accionante presentó su

escrito de demanda; UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CINCUENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, por concepto de indemnización por iguales daños y perjuicios, pero con posterioridad a la presentación de la demanda, calculo cortado al 22 de octubre de 2004, fecha límite apreciada en el informe pericial que suman CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CINCUENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS, CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, más los intereses legales contados desde el 22 de octubre 2004, total que deberá pagar la Dirección General de Aviación Civil (demandada,), a la compañía Transacsa Transacciones SA. (demandante,), en el término de treinta días”.

3.2.2. El auto recurrido de 22 de diciembre del 2011, las 15h00, emitido por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, señala que: “En lo principal, en virtud que la liquidación practicada por la perito guarda armonía con el fallo dictado en esta causa, así como con las tasas de interés legal, la parte demandada no ha justificado la impugnación al mismo, se dispone que la Dirección General de Aviación Civil bajo la directa responsabilidad de su actual Directo General o quien haga sus veces pague a favor de la demandante TRANSACSA Transacciones SA. en el término de ocho días la cantidad de USD. 7.093.576,60 (Siete millones noventa y tres mil quinientos setenta y seis 60/100 dólares de los Estados Unidos de América,), bajo prevenciones de ley tal como lo dispone el Art. 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

3.3. El recurrente, afirma que el tribunal de instancia incurrió en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, ya que:

“(…) En la demanda propuesta por la actora, al determinar la cuantía la estableció en USD \$ 3.000.000 (tres millones de dólares,) y agrega: “valor al que se deberá añadir las costas procesales y los honorarios de los que patrocinan la demanda; en consecuencia, he pagado la tasa judicial en la cantidad máxima...”.

Además, en el literal E de la demanda, el actor plantea como pretensión: “.., la indemnización de Tres millones de dólares de los Estados Unidos de América, por concepto de daños y perjuicios “. (el resaltado es mío).

A pesar de la claridad en cuanto a la pretensión, los señores conjuces al dictar el fallo declararon con lugar la demanda y ordenaron:

“(...) el pago de la indemnización por daños y perjuicios con inclusión de lucro cesante en la suma de TRES MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS, que representa los ocasionados hasta el 6 de octubre de 2003, fecha en que la compañía accionante presentó su escrito de demanda; más UN MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CINCUENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, por concepto de indemnización por iguales daños y perjuicios, pero con posterioridad a la presentación de la demanda, cálculo cortado al 22 de octubre de 2004, fecha límite apreciada en el informe pericial que suman CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CINCUENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS, CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, más los intereses legales contados desde el 22 de octubre 2004, total que deberá pagar la Dirección General de Aviación Civil (demandada), a la compañía Transacsa Transacciones S.A. (demandante), en el término de treinta días. Sin costas... (el resaltado es mío).”.

Esta infracción ha dado lugar a que en la providencia impugnada se haya incluido en el monto que dispone que la Dirección General de Aviación Civil pague a la actora, valores no pretendidos en la demanda, asunto que constituye un punto esencial no controvertido en el juicio ni ordenado en el fallo.

(...) los órganos judiciales no pueden conceder algo distinto a lo solicitado, algo que no se ha solicitado ni tampoco más de lo solicitado, como ha ocurrido en el presente caso, pues ellos supone un vicio de incongruencia de la decisión judicial que vulnera ese principio y además una vulneración del derecho al debido proceso, puesto que si una persona es demandada para que pague un monto determinado, no puede ser condenada al pago de uno mayor por “iniciativa” de los señores conjuces, pues aquello implica dejarla en indefensión, pues se habría defendido de un cargo distinto a aquel por el cual es condenada.”

CUARTO: 4.1. De la revisión del proceso de instancia, se puede verificar que la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil el 3 de julio de 2009, las 15h30, se

encuentra ejecutoriada, por cuanto mediante auto de mayoría de 15 de marzo del 2011, las 10h00 la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia inadmitió a trámite los recursos de casación interpuestos por el Crnel. (R) Rafael Edmundo Dávila Fierro, por sus propios derechos, Ing. Fernando Xavier Guerrero López, en su calidad de Director General de Aviación Civil; y por el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, toda vez que dichos recursos han sido rechazados; y que de igual forma sobre la sentencia del Tribunal A quo y del auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de la antes indicadas, la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de Transición, Sala de Admisión, dentro de la Acción Extraordinaria de Protección No. 1057-11-EP mediante auto de 21 de julio de 2011, las 16h30 inadmite a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Fernando Xavier Guerrero López en su calidad de Director General de Aviación Civil, y disponiendo el archivo de la causa señalando que sobre la misma no cabe recurso alguno y que causará ejecutoria.

4.2. El artículo 295 del Código de Procedimiento Civil disponía que: “La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa; pero se puede corregir el error de cálculo.”. Y el artículo 297 establece: “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.... Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma. “. En resumen, quien ejecuta la sentencia firme, pese a estar en desacuerdo con ella por razones teóricas o legales, solo le corresponde acatarla íntegramente, sin modificarla o alterarla; es decir se tiene imperiosamente que cumplirse en la forma que ordena conforme los artículos 295 y 297 del Código de Procedimiento Civil. En la especie de la transcripción y alcance que el recurrente pretende en su memorial de casación se evidencia que lo que procura es que se de a la fase de ejecución de la sentencia en el que se encuentra el presente proceso, un tratamiento que ya se dio al juicio de conocimiento previo, esto es que se vuelva a conocer lo ya resuelto, lo cual es absurdo, pues con su pedido sobre la causal cuarta mencionada, en definitiva pretende desconocer todo lo ya resuelto especialmente al sostener que:

“Esta infracción ha dado lugar a que en la providencia impugnada se haya incluido en el monto que dispone que la Dirección General de Aviación Civil pague a la actora, valores no pretendidos en la demanda.. .“(lo resaltado corresponde a la Sala), no habiendo por tanto incongruencia entre la sentencia ejecutoriada y el auto de ejecución recurrido, esta Sala Especializada concluye que el cargo formulado por la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación no se ha justificado por lo que no procede casar el auto de ejecución.

Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Coite Nacional de Justicia, **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 por el señor Fernando Xavier Guerrero López en su calidad de Director General de Aviación Civil, y por tanto no casa el auto de 22 de diciembre del 2011, las 15h00, emitido por la Sala de Conjuces del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil. Actúa la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) Abg. Cynthia María Guerrero Mosquera, JUEZA (PONENTE); Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.



III

Resolución N°: 1137-2017
Recurso de Casación N°: 17741-2015-0944
Fecha: 16 de octubre de 2017, las 12H30

TEMA: Demanda de indemnización de daños y perjuicios (materiales y morales) causados con la ejecución de obras de infraestructura vial dispuesta por el GAD provincial de Loja.
(Responsabilidad objetiva del Estado)

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los cónyuges Ángel Valentín Cevallos Cueva y Mónica Izquierdo Bastidas comparecen ante la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 5 de Loja y Zamora Chinchipe y demandan al Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, a la Empresa Pública de Vialidad del Sur VIALSUR-EP y al Estado ecuatoriano, el pago de \$ 150.000,00 por concepto de indemnizaciones por los daños materiales y morales causados como consecuencia de la construcción de obras de infraestructura vial dispuestas por el Gobierno provincial de Loja y que han afectado al predio de su propiedad, ubicado en el barrio Santo Domingo de la parroquia Malacatos del cantón y provincia de Loja.- La parte demandada opone como excepciones la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada, prescripción y/o caducidad de la acción, improcedencia de ésta y falta de legítimo contradictor.- El Tribunal de instancia acepta parcialmente la demanda y condena a VIALSUR-EP, al pago de las indemnizaciones por los daños materiales causados a la entonces propiedad de los accionantes, los mismos que ascienden a la suma de \$ 40.850,00; daños y responsabilidad extracontractual que también se declaran en la sentencia.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los actores de la causa cónyuges Ángel Valentín Cevallos Cueva y Mónica Izquierdo Bastidas, al amparo de la causal 1a. del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil deducen recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 5 con sede en la ciudad de Loja, dentro del juicio propuesto en contra de Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, de la Empresa Pública de Vialidad del Sur VIALSUR-EP y del Estado ecuatoriano.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia sostiene, en lo principal, que el inciso final del artículo 2232 del Código Civil no está fomentando normativamente la arbitrariedad del juez para fijar indemnizaciones, sino que autoriza para que tome discrecionalmente un parámetro o baremo objetivo, atentas las circunstancias sobre el cual puedan determinar el valor de la indemnización, y que discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad; considera que la Constitución determina la obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos y no hay tal motivación si en las sentencias no se enuncian las normas en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, debiendo considerarse nulos los fallos que no se encuentren debidamente motivados, en concordancia con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial que determina que 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; lo que lleva a concluir que difícilmente se pueda motivar un fallo sin recurrir al mérito de las pruebas sustanciadas en el proceso, como sugieren los



casacionistas al afirmar que" dicha norma no exige prueba alguna para su determinación sino que el cálculo del monto queda a prudencia del juzgador". Estima que en casos de responsabilidad objetiva estatal donde están involucrados, por ejemplo, fallecimientos de familiares, o graves lesiones personales que afecten todo un proyecto de vida, o similares, la prueba podría entenderse implícita en la naturaleza del caso mismo, lo que no ocurre en la situación planteada por los recurrentes, por lo que la Sala no aprecia que los jueces de instancia en el fallo impugnado hayan incurrido en errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil, tanto más que pretenden fundamentarse solo en una parte del tercer inciso de dicho artículo, esto es, que queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, sin reparar en que el mismo inciso menciona, también, que los daños sean el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado y sin que en el presente caso el fallo impugnado califique de ilícita la actuación de Gobierno Provincial de Loja que dispuso la ejecución de la obra, pues no puede olvidarse que en la responsabilidad objetiva estatal no siempre el Estado es condenado a indemnizar como consecuencia de un actuar ilícito, sino también de un lícito que de todas maneras puede causar daños a particulares. En tal virtud, no acepta el recurso de casación y por tanto no casa la sentencia.

Demanda de indemnización de daños y perjuicios (materiales y morales) propuesta por los cónyuges Ángel Valentín Cevallos Cueva y Mónica Izquierdo Bastidas en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, de la Empresa Pública de Vialidad del Sur, VIALSUR-EP y del Estado ecuatoriano, por los daños causados al predio de propiedad de los accionantes con la ejecución de obras de infraestructura vial dispuesta por el GAD Provincial de Loja.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2015-0944

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, lunes 16 de octubre del 2017, las 12h30.

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 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 el acta de sorteo de 8 de diciembre de 2016 que consta en el proceso y la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Pro-

cesos. Estando la presente causa en estado de resolver, se considera: **PRIMERO.-** Por sentencia expedida el 22 de junio de 2015, 12h31, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 con sede en la ciudad de Loja, dentro del juicio propuesto por el doctor Galo Ortega Criollo, como procurador judicial de los cónyuges Ángel Valentín Cevallos Cueva y Mónica Izquierdo Bastidas en contra el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja y del Estado Ecuatoriano, se resolvió que: **"SÉPTIMO: Del análisis al contenido de la demanda, a las excepciones y a la prueba aportada por las partes se concluye: 7.1 Los accionantes pretenden que de forma solidaria el Gobierno Provincial de Loja y la Empresa Pública VIALSUR, sean condenados al pago de los daños y perjuicios que, a su decir, han provocado con su accionar, y además de ello debe indemnizárseles por los daños morales que también han sufrido, "...por ende la indemnización total que reclamo la calculo en CIENTO CINCUENTA MIL DÓLARES ESTADOUNIDENSES (\$ 150.000.00) y que los desgloso**

de la siguiente manera: (...) 1. Por el daño emergente por la destrucción de la casa de adobe la suma de (\$33.250) TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA DÓLARES. (...) 2. Por el daño emergente por la destrucción de la casa de hormigón armado la suma de (\$6.000,00). (...) 3. Por el lucro cesante al no poder habitar las casas de habitación (sic) desde enero del 2010 hasta la presente fecha la suma de (\$12.000,00) DOCE MIL DÓLARES. 4. (...) Por la afectación de mil metros cuadrados de terreno (erosión) por el desbordamiento de las aguas de la acequia (\$ 2.000,00). (...) 5. Por el desalojo de 310.000 m³ de material pétreo que se colocó en el terreno (\$62.000,00) SESENTA Y DOS MIL DÓLARES. (...) 6. Por el plantío de papayas la suma de (\$4.000,00) CUATRO MIL DÓLARES. (...) Por el daño moral, la suma de (\$33750,00) TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES". 7.2. El Gobierno Provincial de Loja, contrató la ejecución del proyecto "Asfaltado a nivel de DTSB de la vía Malacatos San Agustín"... OCTAVO: Respecto a la indemnización de daños materiales y morales, es menester considerar: 8.1. En lo que toca al fondo de la controversia, los daños materiales que han sufrido los accionantes, se encuentran probados en el proceso, conforme quedó expuesto en las piezas procesales a las que se hace referencia en el considerando sexto de esta sentencia.-... La teoría general de la responsabilidad, de la que forma parte la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo, manifiesta que si se afecta el patrimonio de las personas, se considera que el daño es material; en tanto que si la afectación se refiere a cualquier aspecto extra patrimonial de la persona, el daño es moral.- La Ex Corte Suprema de Justicia, respecto a las indemnizaciones por la responsabilidad extracontractual del Estado ha citado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales, así: "Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. (Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras)". (Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1618).- El artículo 279 del Código de Procedimiento Civil dispone: "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". 8.2. Esta Sala procede entonces, a cuantificar la indemnización que estará obligada a pagar la entidad demandada a favor de los actores.- En lo que respecta a los daños materiales sufridos por los accionantes se considera exclusivamente el valor de las viviendas de adobe y de hormigón armado, así como de los plantíos de papaya afectados, en la cantidad de CUARENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA, 00/100 (\$ 40.850,00) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en cuenta la pretensión de los actores expuestas en la demanda (fs. 1110 vta.), como también en mérito al informe pericial presentado en la diligencia previa que se anexa como prueba al proceso (fs. 56, 1751); a razón de \$ 33.250,00 la casa de adobe; \$ 6.000,00 la casa de hormigón armado conforme lo exige en la demanda; y \$ 1.600 por la destrucción de plantíos de papaya. Estos rubros se han considerado por incidir directamente en el valor del terreno, y de lo que consta en la aclaración al informe pericial: "En cuanto a la restauración de la casa no es posible ya que cuando ha fallado la cimentación por efectos de derrumbe, asentamientos, fallas geológicas etc., técnicamente no es aconsejable realizar ningún tipo de inversión ni como reconstrucción o construcción nueva, en cuanto a las fallas estructurales existentes en la casa de adobe, debo indicarle que se ha realizado un seguimiento de problema y actualmente la casa de adobe empieza a tener serios problemas por el deslizamiento, usted señor juez podrá observar en las fotografías del archivo digital, sus paredes cuarteadas, cuarteaduras en pisos paredes pasamanos etc..." (fs. 69-70 y 1764-1765). Respecto a la pretensión de que se pague la cantidad de \$ 12.000,00 por el lucro cesante "al no poder habitar las casas de habitación", no existe prueba alguna en el proceso para determinar lo aseverado, esto es, que permita verificar que la parte actora haya erogado recursos por este concepto. En lo referente al rubro de desalojo de material (\$ 62.000,00), no corresponde pago alguno, ya que tampoco existe prueba en el proceso de que este material haya sido desalojado, situación que al momento no les atañe a los actores, puesto que el terreno ya no es de su propiedad. Al no ser el terreno de propiedad de los actores, tampoco corresponde el pago a las afectaciones por desbordamiento de las aguas de la acequia (\$ 2.000,00) por ser usufructo directo del propietario.- 8.5. De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, "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”; y, como quedó expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a la víctima. No existe en el proceso prueba alguna que permita a esta Sala cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales o que los actores hayan sufrido algún detrimento que menoscabe su personalidad en el aspecto anímico o psicológico, por lo que tal pretensión no procede.- Por las consideraciones expuestas LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nro. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta parcialmente la demanda, y condena a la Empresa Pública de Vialidad del Sur VIALSUR-EP, al pago, a favor de los actores, de las indemnizaciones establecidas en el considerando octavo, numeral 8.1 de esta sentencia, por los daños materiales causados, los mismos que ascienden a la cantidad de CUARENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA, 00/100 (\$ 40.850,00) dólares de los Estados Unidos de América, por los daños causados a la entonces propiedad de los demandantes, daños y responsabilidad extracontractual que también se declaran. Se desecha la demanda en lo que respecta a las demás pretensiones.- **SEGUNDO.**- Mediante auto de 11 de noviembre de 2016, 12h11, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por los cónyuges Angel Valentín Cevallos Cueva y Mónica Izquierdo Bastidas por errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil, con amparo en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. No fueron admitidos a trámite los recursos de casación presentados por el procurador judicial de los señores Prefecto y del Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Loja, ni del Gerente General de la Empresa Pública de Vialidad del Sur VIASUR EP. **TERCERO.**- En lo principal, los recurrentes en la fundamentación de su recurso manifiestan que: “4... En el presente caso, los jueces en la sentencia recurrida han interpretado erróneamente el artículo 2232 del Código Civil que trata sobre la forma de cuantificar el daño moral. La Corte Nacional de Justicia deberá casar el fallo recurrido debido a que en el acápite 8.5 de la sentencia se interpreta erróneamente el artículo 2232 del Código Civil al afirmar que “no

existe en el proceso prueba alguna que permita a esta Sala cuantificar las pérdidas extra patrimoniales o que los actores hayan sufrido algún detrimento que menoscabe su personalidad en el aspecto anímico o psicológico (sic), por lo que tal pretensión no procede.”. El caso que nos ocupa es sumamente claro. Debido a que una de nuestras pretensiones en la demanda fue la indemnización por el daño moral ocasionado por los demandados, la Sala aplicó en la sentencia recurrida el artículo 2232 del Código Civil relativo a la forma de cuantificar el valor de la indemnización de daño moral, pero interpretó la norma erróneamente para rechazar dicha pretensión en la parte resolutive de la sentencia. **El error de interpretación consiste en que la Sala concluyó que debían existir pruebas para poder cuantificar el daño moral reclamado, cosa que atenta contra el verdadero sentido de la norma.** El artículo 2232 del Código Civil establece que 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. Posteriormente, el tercer inciso del artículo 2232 del Código Civil señala lo siguiente: “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.” (el subrayado me pertenece). El artículo 2232 del Código Civil no exige prueba alguna para cuantificar las pérdidas extra patrimoniales o los detrimentos que menoscaben la personalidad en el aspecto anímico o psicológico, como erróneamente sostiene la sentencia recurrida. La norma violada establece una interpretación distinta, esto es, que la determinación del monto de la indemnización de daño moral queda a la prudencia del juez, atento a la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta... En virtud de lo expuesto, queda claro que se incurrió en una errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil al haber rechazado la pretensión de indemnización por daño moral, bajo el argumento de que no existe prueba que permita cuantificar el daño moral reclamado en la demanda. Se ha demostrado a la sociedad que la norma no exige prueba alguna para su determinación, sino que el cálculo del monto queda a prudencia del juzgador...”. **CUARTO.**- Doctrinariamente la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere, ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento

jurídico: el *error in iudicando in jure*, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por “falta de aplicación” (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por “aplicación indebida” de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se le concede a la norma aplicable un alcance equivocado por “errónea interpretación” (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. Por regla general, la falta de aplicación de unas normas entraña la aplicación indebida de otras, y cuando se aduce errónea interpretación, ésta excluye la falta de aplicación indebida. La falta de aplicación consiste, por tanto, en “un error de existencia”; la aplicación indebida entraña “un error de selección”; y, la errónea interpretación equivale a “error del verdadero sentido de la norma”. Las tres circunstancias de la causal primera de la Ley de Casación, evidentemente, no podrían producirse simultáneamente respecto a una misma norma legal. **QUINTO.-** Para este tribunal de casación resulta insostenible conceptualmente mantener -o dar a entender- *que la prudencia del juez* para determinar el valor de la indemnización por daño moral, o la existencia del mismo, sea prácticamente equivalente a arbitrariedad, que es en definitiva lo que se está manteniendo por los casacionistas al sostener que respecto al artículo 2232 del Código Civil sobre los daños morales los jueces distritales supuestamente lo interpretaron erróneamente al decir que “*No existe en el proceso prueba alguna que permita a esta Sala cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales o que los actores hayan sufrido algún detrimento que menoscabe su personalidad en el aspecto anímico o psicológico, por lo que tal pretensión no procede*”, afirmación que según los casacionistas atentaría contra el verdadero sentido de la norma referida, pues supuestamente “*dicha norma no exige prueba alguna para su determinación, sino que el cálculo del monto queda a prudencia del juzgador.*”; criterio incorrecto del casacionista, dado que el daño inmaterial también está sujeto a prueba dentro del proceso, esto es

debe fundamentarse adecuadamente su existencia y un baremo para fijar su monto indemnizatorio. **SEXTO.-** Al respecto, autorizada doctrina sobre el Derecho de daños, acertadamente señala que: “Pero, como hemos señalado en tantas oportunidades, el ‘prudente arbitrio judicial’ no puede desembocar en ‘libertad jurisdiccional irrestricta... Tampoco es admisible una pura ‘intuición’ indemnizatoria... La ausencia de todo confín implica vacío, caos y contradicción con la finita naturaleza humana. Si la riqueza de elementos condujera a una variación también infinita en las estimaciones indemnizatorias, fracasaría el orden jurídico, porque los justiciables aspiran a lo predecible, a un mínimo de seguridad, sólo dentro de cuyo marco pueden concretarse las soluciones de equidad... Para propugnar el libre arbitrio, suele aseverarse que importa más el resultado que el método seguido para obtenerlo, como si fueran asuntos disociables: caminar a ciegas equivale a un rumbo incierto y, a la inversa, la persecución de un objetivo fuerza a trazar algún derrotero apropiado. Por eso, se dice con razón que ‘sólo conociendo el procedimiento seguido por el tribunal para la determinación del monto del resarcitorio, quedan las partes en condición de criticarlo’. No excusa la invocación de un obrar prudencial, cuando no hay modo de saber cómo se ha desplegado esa prudencia en el asunto juzgado.”. Matilde Zavala de González, *Tratado de Daños a las Personas, Resarcimiento del Daño Moral*, (Buenos Aires: Astrea, 2009), 74-6. **SÉPTIMO.-** Por tanto debe quedar claro que cuando el inciso final del artículo 2232 del Código Civil señala que queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, no se está normativamente fomentando la arbitrariedad, sino que se está autorizando a que las y los jueces tomen discrecionalmente un parámetro o baremo objetivo, atentas las circunstancias, sobre el cual puedan determinar el valor de la indemnización, por ejemplo: el salario básico unificado, la canasta básica familiar, el valor del gramo de oro, o cualquier otro que discrecionalmente las y los jueces pueden tomar, con el cual se puede o no estar de acuerdo, pero de todas maneras constituye un parámetro, o “baremo” del cual se puede partir; pero bajo ninguna circunstancia, sin tomar ningún “baremo” (discrecional), se puede simplemente fijar un valor económico cualquiera (arbitrario). “Discrecionalidad”, obviamente, no es lo mismo que “arbitrariedad”. Es imprescindible tener en cuenta que el artículo 76, numeral 7, literal l) de la



Constitución de la República, manda que en todo proceso en el que se determinen derechos de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que entre otros aspectos implica que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, no dándose tal motivación si en la sentencia 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, debiendo tales fallos que no se encuentren debidamente motivados ser considerados nulos; lo cual en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial que determina que las juezas y los 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, nos lleva a concluir que difícilmente se podría pensar que se puede motivar una decisión sin recurrir al mérito de las pruebas sustanciadas en el proceso.

OCTAVO.- Por lo que mal se podría pretender que en un caso de responsabilidad objetiva del Estado los jueces deban presumir automáticamente la existencia de un posible daño moral, y puedan sin más darle un valor indemnizatorio cualquiera, sin que la parte agraviada deba justificar, esto es probar, ni el uno ni el otro; pues al menos debe darse una prueba indiciaria, “el solo hecho lesivo no permite inferir en modo alguno la producción misma de un daño moral -mucho menos, su intensidad- sino que es menester acreditar concretas repercusiones existenciales” (ibídem, 509).

NOVENO.- Obviamente que en casos de responsabilidad objetiva estatal donde estén involucrados, por ejemplo, fallecimientos de seres queridos, o graves lesiones personales que afecten todo un proyecto de vida, o similares, la prueba podría entenderse implícita en la naturaleza del caso mismo; lo cual no se da en la situación planteada en el presente caso, que se debió, tal como se menciona en la demanda a que el gobierno provincial de Loja ejecutó obra de asfaltado de la vía Malacatos-El Tambo-Catamayo, y en la ejecución de esa obra construyó una alcantarilla que recoge las aguas de la vía para posteriormente ser desfogadas en una acequia de riego, junto con material pétreo del asfaltado, que el rebosamiento de la misma se dio en la etapa invernal del 2011 lo cual conllevó la sistemática erosión afectando el asentamiento del terreno de los esposos Cevallos-Izquierdo, derivando en

la afectación de las dos casas de la finca vacacional y un plantío de papayas. **DÉCIMO.-** No se aprecia, por tanto, que los jueces distritales en la sentencia impugnada hayan incurrido en errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil, y que más bien se hayan limitado a reconocer únicamente el daño material producido por USD/. 40.850,00 por incidir directamente en el valor del terreno, sin que de ello se pueda asumir un daño moral automático tal como se ha mencionado. Además de que los casacionistas solo pretenden fundamentarse en una parte del tercer inciso del artículo 2232 del Código Civil, esto es que queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, sin percatarse que el mismo tercer inciso también menciona que los daños sean el resultado de la acción u omisión *ilícita* del demandado, sin que en el presente caso la sentencia impugnada califique de ilícita la actuación del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja que ejecutó o dirigió la obra de asfaltado de la vía Malacatos-El Tambo-Catamayo, y la construcción en consecuencia de la alcantarilla que recoge las aguas de la vía para posteriormente ser desfogadas en una acequia de riego, pues no puede olvidarse que en la responsabilidad objetiva estatal no siempre el estado es condenado a indemnizar como consecuencia de un actuar ilícito, sino también de uno lícito que de todas maneras puede causar daños a los particulares. Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más análisis, 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:** No acepta el recurso de casación interpuesto por los cónyuges Angel Valentín Cevallos Cueva y Mónica Izquierdo Bastidas con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; y por tanto no se casa la sentencia de 22 de junio de 2015, 12h31, expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 con sede en la ciudad de Loja.- Sin costas.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ (PONENTE). Abg. Cynthia María Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL. Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL.

IV

Resolución N°: 1280-2017
Recurso de Casación N°: 17741-2012-0663
Fecha: 27 de noviembre de 2017, las 9H19

TEMA: Indemnización de daños y perjuicios por error judicial.
(Responsabilidad objetiva del Estado)

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Una vez que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha dirimido la competencia a favor del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 5 con sede en la ciudad de Loja en el conflicto de competencia suscitado con el Tercer Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de la misma ciudad, el Tribunal Distrital en mención conoce la demanda propuesta por Julia Celmira Jaramillo Jiménez en contra del Estado ecuatoriano.- La actora de la causa aduce error judicial, al considerar que dentro del recurso de revisión presentado ante la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido absuelta de la condena por peculado y la pena correspondiente impuestos por los jueces inferiores, por cuyo motivo pretende una indemnización de daños y perjuicios por cinco millones de dólares.- El Tribunal de instancia considera que la accionante no ha probado que tenga derecho a indemnización alguna por cuanto no se han configurado los presupuestos legales para la existencia de error judicial, pues no hubo privación de su libertad ni se demostró la existencia de dolo en el fallo emitido por el Tercer Tribunal Penal de Loja, y desecha la demanda.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora de la causa Julia Celmira Jaramillo Jiménez deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 5, con sede en la ciudad de Loja, dentro del juicio propuesto en contra del Presidente del Consejo de la Judicatura y del Procurador General del Estado.- El recurso de fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que en el ámbito de la responsabilidad objetiva del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia la misma puede generarse bajo los siguientes títulos de imputación: error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, a los que se incorpora dos tipologías adicionales: la reforma o revocatoria de una sentencia a causa de un recurso de revisión y los casos de prisión preventiva arbitraria, circunstancias todas previstas en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y que, considerando los elementos que conforman la responsabilidad objetiva del Estado (relación de causalidad entre la actuación pública y el daño antijurídico), para efectos de proponer una acción contencioso administrativa por mal funcionamiento de la administración de justicia, el hecho o la actuación judicial que se acusa de irregular debe subsumirse de modo claro y manifiesto a uno de los títulos de imputación antes mencionados, la cual a su vez debe estar intrínsecamente concatenada con un daño antijurídico imputable



a esa actuación. La Sala estima, además, que no todo desacierto del juez puede considerarse error judicial y no todo error judicial genera una indemnización; menciona las circunstancias necesarias para que prosperen las demandas de esta índole y afirma que se presume de derecho que las indemnizaciones previstas en el artículo 416 del Código de Procedimiento Penal incluyen el daño moral. La Sala sostiene, también, que para que se configure la responsabilidad objetiva del Estado bajo el título de imputación por error judicial es necesaria la confluencia de los siguientes supuestos fácticos: a) la sentencia penal de revisión ejecutoriada que reforma o revoca la sentencia condenatoria debe señalar expresamente la existencia de un error judicial; b) la sentencia de revisión no debe haber sido resuelta en aplicación del principio de in dubio pro reo porque la incertidumbre respecto a la participación o responsabilidad del procesado no refleja per se que hubo procesamiento indebido o irregularidad en la administración del justicia, hecho que exonera de responsabilidad al Estado; c) las razones de procedencia del recurso de revisión no deben recaer en errores procesales ocasionados por el propio sentenciado; d) el daño antijurídico que se acusa no debe ser atribuible a la culpa exclusiva de la víctima; y e) el sentenciado debe haber ingresado a un centro de rehabilitación social para efectos de cumplir la pena. La Sala considera que uno de los presupuestos legales para que proceda la indemnización alegada por la accionante, conforme el inciso final del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial es que haya estado efectivamente presa en un centro de privación de libertad, y bajo este supuesto legal obligatorio procede el cálculo del valor indemnizatorio que incluye el daño moral, cuantificado el mismo, por el tiempo de dicha privación de la libertad. Este requisito no constituye una interpretación del juzgador sino que se remite a la disposición del artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, por lo que no le es accesible a la actora de la causa la indemnización que reclama bajo el evento de responsabilidad objetiva del Estado en los casos de revisión penal toda vez que para tal efecto se exige que el sentenciado haya estado preso y, en el presente caso, aquello no ocurrió; en consecuencia, el Tribunal a quo ha aplicado las disposiciones de los artículos 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, no evidenciándose en tal medida el vicio alegado. En tal virtud, rechaza el recurso de casación y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada. Demanda de indemnización de daños y perjuicios por error judicial incoada por Julia Celmira Jaramillo Jiménez en contra del Estado ecuatoriano.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2012-0663

Juez Ponente: Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado

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

Quito, lunes 27 de noviembre del 2017, las 09h19.-

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; **b)** la abo-

gada 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; **c)** con Resolución No. 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se integraron las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **d)** el 28 de octubre de 2014 se sorteó el Tribunal de jueces para esta

causa, quedando conformado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo, Maritza Tatiana Pérez y Juan Montero Chávez, este último en calidad de Juez ponente; e) conforme se desprende del acta de sorteo de 29 de enero de 2015, le correspondió al Juez Nacional doctor Pablo Tinajero Delgado conocer las causas que se encontraban en conocimiento del doctor Juan Montero Chávez, en la misma calidad que tenía el Juez saliente. Encontrándose la presente causa en el estado procesal de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia expedida el 20 de agosto de 2012, a las 14h15, el Tribunal Distrital N° 5 de lo Contencioso Administrativo con sede en Loja, dentro del juicio N° 2010-0275, seguido por la señora Julia Celmira Jaramillo Jiménez en contra del Presidente del Consejo de la Judicatura y el Procurador General del Estado resolvió desechar la demanda.

1.2.- El 27 de agosto de 2012, la actora interpuso recurso de casación, el mismo que se fundamentó en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, acusando: a) errónea interpretación de los incisos cuarto y quinto del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, y del artículo 32 de Código Orgánico de la Función Judicial, b) falta de aplicación del literal l) numeral 7 del artículo 76 y artículo 425 de la Constitución de la República, numeral 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, se acusó la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida del artículo 416 del Código de Procedimiento Penal.

1.3.- El Conjuetz de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con auto de 01 de julio de 2014, admitió a trámite el recurso de casación únicamente respecto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por errónea interpretación del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.

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 el fallo respecto del cual se presentó el recurso de casación, contiene el yerro acusado, esto es por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que refiere a la errónea interpretación de las normas sustantivas acusadas.

2.3.- Respecto a la errónea interpretación del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.- Con respecto a esta causal, la recurrente alega en lo pertinente que: *“El Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja, en el considerando SÉPTIMO de la sentencia que impugno sostiene que el caso sometido a su conocimiento y resolución no se ha producido la figura jurídica del error judicial y más bien avala la sentencia condenatoria en contra de la recurrente por parte de los jueces del Tribunal Tercero de lo Penal de Loja, descalificando y desconociendo la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Revisión, en la cual se reconoce y declara que el Tribunal Tercero de lo Penal incurrió en error judicial motivando y demostrando constitucionalmente y legalmente en que consiste dicho error, sentencia que se encuentra en firme que es inimpugnabile y que surte efectos de cosa juzgada en los términos del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto sus efectos son irrevocables y no pueden ser materia de análisis por parte del juzgador en este tipo de acciones; y, la declaratoria de error judicial de la Corte Suprema no es materia de discusión en este pleito. El tribunal pretende motivar su sentencia que impugno en el artículo 11 numeral 9 inciso 4 y 5 de la Constitución de la República; interpretando, en definitiva, que no basta que la Corte Suprema de Justicia haya declarado la existencia del error judicial y que ha criterio del Tribunal Contencioso el error judicial tiene que ser inexcusable, que no puede ser el simple error de aplicación de interpretación, de criterio, POR QUE ESO ES INALCANZABLE EN EL ORDEN HUMANO; es decir, realiza una interpretación errónea, antojadiza y subjetiva, puesto que el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución manda que precisamente, que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y el inciso 4 del numeral 9 del mismo artículo es explícito al ordenar que el Estado será responsable entre otras circunstancias por error judicial o*



inadecuada administración de justicia sin que en dicha disposición se establezcan otras condiciones; y, en el inciso 5, en forma imperativa manda “cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia”, no dice que haya cumplido la pena o esté cumpliendo la pena, como lo era en el tiempo inquisitorio (...). En lo que tiene que ver a la errónea interpretación del Art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal sostiene en el considerando séptimo, numeral 6.2 de la sentencia, que el principal requisito para que el Estado sea responsable por error judicial, se requiere que haya sufrido una pena, esto es que haya guardado prisión (...) en ninguna parte de esta norma se dispone o se establece que para tener derecho a la indemnización por error judicial se debe acreditar que se haya estado privado de la libertad o que se haya guardado prisión, pues esta norma manifiesta que cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia. El Tribunal en forma absurda sostiene que el sufrimiento de la pena solo se cumple cuando se ingresa a un centro de rehabilitación o a la cárcel, desconociendo que la pena no solo comprende ingresar a un centro de rehabilitación, sino que la pena consiste en la sanción que se le impone a una persona que haya cometido un delito y la sufre desde el momento en que se la dictó y no desde el momento en que se la ejecuta...”. El error o vicio “in iudicando” acusado, se refiere a la violación de la norma de derecho que acarrea una conclusión contraria a la realidad de los hechos, en este tipo de impugnaciones prima el interés general sobre el particular. La errónea interpretación comporta la aplicación pertinente de una norma al caso concreto, pero que el juzgador al emplearla le ha otorgado un alcance o dimensión distinta al que previno el legislador, es decir, en la concurrencia del vicio de errónea interpretación intervienen dos presupuestos fundamentales: a) la norma ha sido aplicada en el fallo impugnado, es decir, consta incorporada en su motivación; y, b) la norma es la adecuada para el caso litigado, por tanto no cabe discusión sobre su pertinencia; no obstante, el juzgador en su tarea le ha atribuido una interpretación distorsionada de su verdadero sentido. Para que prospere el vicio de errónea interpretación, el casacionista debe explicar cómo la norma que acusa ha sido erróneamente interpretada y en tal circunstancia, cuál era el sentido que debía otorgársele de acuerdo a su tenor literal. En lo que respecta al planteamiento consig-

nado en la sentencia, sobre las normas de derecho que se acusan de erróneamente interpretadas, el Tribunal ad-quo en lo principal, sostiene: “Al parecer la recurrente considera que porque el Tribunal de lo Penal revocó el auto del Juez, ello implica que lo ordenado por aquel fue ilegal, arbitrario e inconstitucional, tesis que no comparte esta Sala y llevaría al absurdo de que cada vez que se revoca una providencia dictada por un Juez inferior, éste ha violado la Constitución y la ley y por ello debe responder el Estado ecuatoriano (...) al haberse aceptado el recurso de revisión propuesto por la actora Julia Celmira Jaramillo Jiménez, la Tercera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, dicta sentencia absoluta a su favor, disponiéndose se cancelen todas las medidas reales y personales a la demandante, si bien es cierto que se le dictó pena condenatoria en los procesos penales que se tramitaron en su contra y otros, de los mismos, consta que la accionante se encontraba prófuga no habiendo cumplido prisión preventiva ni mucho menos, permanecido presa conforme estipula el Art. 416 del Código de Procedimiento Penal (...) En el caso que nos ocupa del proceso no consta que la accionante ha sido privada de su libertad, requisito sine qua non, que establece el Art. 416 del Código de Procedimiento Penal para tener derecho a la indemnización por parte del Estado mediante la presente acción de error judicial que ha indalgado. (...) Como podemos apreciar de las normas transcritas, el presupuesto principal para que el Estado sea responsable por error judicial y que incluirá el daño moral, se requiere que haya sufrido una pena, esto es, que haya guardado prisión, lo que en el caso no ha sucedido y más bien existe una certificación de la Secretaría del Centro de Rehabilitación Social de Loja, que no existe ninguna evidencia que la actora haya ingresado a ese centro de reclusión, por lo que no procedería la indemnización por error judicial y daño moral”. La responsabilidad objetiva del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia ha sido consagrada como garantía constitucional en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, y desarrollada normativamente en el artículo 32 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial. El artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, en lo pertinente establece que el Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o

revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreesido o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral. De la disposición indicada, se infiere con total claridad, que en el ámbito de la responsabilidad objetiva del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia, la misma puede generarse bajo los títulos de imputación especificados en el referido artículo 32, estas son: error judicial; retardo injustificado o inadecuada administración de justicia; violación del derecho a la tutela judicial efectiva; y, por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Asimismo, el último inciso de dicha norma, incorpora dos tipologías adicionales que generan responsabilidad: la reforma o revocatoria de una sentencia a causa de un recurso de revisión y los casos de prisión preventiva arbitraria. En esa línea, considerando los elementos que conforman la responsabilidad objetiva del Estado (relación de causalidad entre la actuación pública y el daño antijurídico) es preciso mencionar que para efectos de proponer una acción contencioso administrativa por mal funcionamiento de la administración de justicia, el hecho o la actuación judicial que se acusa de irregular debe subsumirse de forma clara y manifiesta a uno de los títulos de imputación que prevé el mencionado artículo, la cual a su vez debe estar intrínsecamente concatenada con un daño antijurídico imputable a ésta actuación. En ese sentido, si bien en casos excepcionales, en una sola demanda pueden confluir varias de las conductas transgresivas reseñadas, las mismas deben estar perfectamente identificadas por el proponente dado que cada una tiene su particularidad en la forma de constituirse, no siendo procedente que el juez de oficio supla el título de imputación bajo la cual se encasillaría determinado hecho. En la legislación colombiana, la responsabilidad por mal funcionamiento del servicio de justicia ha sido delimitada a tres eventos de responsabilidad: el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; el error judicial y la privación injusta de libertad. Así, el autor Diego Younes Moreno las conceptualiza señalando que: “...el Estado debe responder por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; por el error judicial y por la privación injusta de la libertad. Se define el error judicial, como aquel co-

metido por una autoridad investida de la facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado por medio de una providencia contraria a la ley. Son presupuestos del error jurisdiccional, que el afectado haya interpuesto los recursos de ley en los casos previstos en el artículo 70 excepto si se trata de privación de la libertad del imputado cuando este se produzca en virtud de una providencia judicial y la providencia contenida de error debe estar en firme. Por su parte el artículo 68 preceptúa que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de perjuicios. Fuera de los casos citados, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional, tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación (defectuoso funcionamiento de la administración de justicia). El daño se entenderá debido a culpa exclusiva de la víctima cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos casos se exonerará de responsabilidad del Estado, con fundamento en la culpa exclusiva de la víctima”. (Diego Younes Moreno, Curso de Derecho Administrativo, Editorial TEMIS S.A., 2014, Bogotá Colombia, página 326). Si bien, el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial no define las conductas que comportan el anormal funcionamiento del servicio de justicia, es de mencionarse que estas deficiencias en la administración de justicia, tienen ciertos lineamientos en su concepción que las identifican. Para efectos del caso que nos ocupa, nos remitiremos, al error judicial, entendiéndose como una infracción privativa del juez (materializada en una providencia judicial) la cual involucra un pronunciamiento palpablemente viciado y arbitrario respecto a la apreciación de los hechos y/o el derecho; alejado de toda razón y lógica previsibles; y, de significativa trascendencia en sus efectos. La referida conducta irregular, no debe confundirse con la infracción denominada “error inexcusable”, la cual se configura cuando el juzgador actúa contra norma expresa. Es necesario precisar, que la posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus resoluciones se encuentra previsto en la mayoría de sistemas jurídicos, considerando la falibilidad humana del juzgador y el empleo de la sana crítica propia de la actividad jurisdiccional, para cuyo efecto ciertamente se han establecido las vías procesales de revisión jerárquica. En consecuencia, no todo desacierto del juez puede ser considerado un error judicial y no todo error judicial genera una indemnización. El autor español, Jorge Malem Seña, en



su obra “El error judicial. La formación de los jueces”, Editorial Fundación Coloquio Europeo, página 11, manifiesta: “...para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes. Por esta razón, el error judicial no implica un uso judicial de la discrecionalidad, si está permitido por el sistema jurídico. Más bien implica la existencia de la violación de sus límites que es la arbitrariedad”. La Sala Civil del Tribunal Supremo de España en su sentencia dictada el 03 de marzo de 1993, Juez Ponente: Luis Martínez Calcerrada Gómez, ha considerado los presupuestos de admisibilidad para que progresen las acciones por error judicial, los cuales han sido recogidos en varios de sus fallos, así tenemos: “En consecuencia para que prospere una demanda de error judicial es imprescindible: 1) Un daño probado, no presunto, efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o de un grupo de personas, tanto físicas como jurídicas o morales. 2) El agotamiento que en cada caso corresponda de las posibilidades de impugnación para facilitar en la medida de lo posible la corrección del error, si existe, por vías ordinarias sin necesidad de acudir a este procedimiento especial que, por consiguiente, tiene carácter subsidiario. 3) Que la actividad jurisdiccional constituya un desajuste objetivo, patente e indudable. En otras palabras se trata de equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la ley, siempre en el ámbito de lo ilógico, de lo irracional o de lo arbitrario”. Entendiendo las características del error judicial, conviene establecer los presupuestos fácticos y jurídicos que viabilizan las acciones de reparación bajo esta conducta; evitando así la distorsión de estos procesos al ejercerse como una nueva instancia de impugnación que atente contra la intangibilidad de la cosa juzgada. Esta Sala considera ciertas circunstancias necesarias para que prosperen las demandas de esta índole, tales como: **a)** el error judicial que se acusa debe encontrarse materializado en una providencia judicial; **b)** la justificación de haberse agotado los medios jurisdiccionales de impugnación previstos en la ley para el caso concreto; **c)** la providencia contentiva del error debe estar en firme, caso contrario existirían las vías procesales para su revisión; **d)** la providencia judicial que advierte la irregularidad, debe identificar cómo la actuación se subsume de

forma clara y manifiesta a la conducta de error judicial, sin que esto involucre una valoración hermenéutica de todo el proceso; **c)** la existencia, de un pronunciamiento judicial jerárquico que haya advertido el error judicial como una actuación judicial arbitraria; y, **d)** la demostración de que el daño antijurídico no sea imputable al accionante. Ahora bien, en lo que respecta a los casos de sentencias judiciales que sean revocadas en virtud de un recurso de revisión, siendo esta, una de las posibles formas de constituirse la figura del error judicial en el ámbito penal, sobre este evento de responsabilidad “revisión penal”, el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que genera responsabilidad del estado “la sentencia condenatoria que sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral”. Considerando la premisa legal referida, el derecho indemnizatorio bajo este evento de responsabilidad nos remite expresamente al artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, titulado “casos de revisión” el cual establece que cuando la Corte Nacional, aceptando el recurso de revisión, revoque o reforme la sentencia recurrida, el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización equivalente al cuádruple de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, en proporción al tiempo que haya permanecido preso. Si no existe declaración de impuesto a la renta, la indemnización debe ser igual al cuádruple de una remuneración básica unificada del trabajador en general establecidas al momento de ingresar a prisión, por todo el tiempo que haya permanecido privado de su libertad. Se presume de derecho que las indemnizaciones previstas en el presente artículo incluyen el daño moral. En esa línea, para que se configure la responsabilidad objetiva del Estado bajo este título de imputación, esta Sala, así mismo, aprecia necesaria la confluencia de los siguientes supuestos fácticos: **a)** la sentencia penal de revisión ejecutoriada mediante la cual se reformó o revocó la sentencia condenatoria, debe señalar expresamente la existencia de un error judicial; **b)** la sentencia de revisión no debe haber sido resuelta en aplicación del principio de “*in dubio pro reo*”, toda vez que la incertidumbre respecto a la participación o responsabilidad del procesado no refleja “per se” que hubo un procesamiento

indebido o irregularidad en la administración de justicia, hecho que exonera de responsabilidad al Estado; **c)** las razones de procedencia del recurso de revisión no deben recaer en errores procesales ocasionados por el propio sentenciado; **d)** el daño antijurídico que se acusa, no debe ser atribuible a la culpa exclusiva de la víctima; y, **e)** el sentenciado debe haber ingresado a un centro de rehabilitación social para efectos de cumplir la pena. En la especie, la reparación que se pretende sea resarcida, se genera, según aduce la actora, a partir de la sentencia de revisión penal resuelta a su favor el 08 de junio de 2008 por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, siendo así, uno de los presupuestos legales para que proceda esta indemnización conforme el inciso final del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, es que la accionante haya estado efectivamente presa en un centro de privación de la libertad, y bajo este supuesto legal obligatorio procede el cálculo del valor indemnizatorio que incluye el daño moral, cuantificado el mismo, por el tiempo que estuvo privada de la libertad. El mencionado requisito legal que ampara esta acción, no constituye una interpretación del juzgador, sino que se remite inexorablemente a la disposición contenida en el artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, en tal virtud, no le es accesible a la actora la indemnización que reclama bajo el evento de responsabilidad objetiva del Estado en los casos de revisión penal, toda vez que para estos casos, se exige que el

sentenciado haya estado preso, condición que en el caso no ocurrió; en consecuencia, el Tribunal ad quo ha aplicado las disposiciones de los artículos 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, atento a su tenor literal, no evidenciándose en tal medida el vicio de errónea interpretación acusado.

III.- 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**, rechaza el recurso de casación propuesto por la señora Julia Celmira Jaramillo Jiménez, y en consecuencia, no casa la sentencia impugnada dictada el 20 de agosto de 2012, a las 14h15, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 5 con sede en Loja y Zamora Chinchipe. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO); Abg. Cynthia María Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 17741-2012-0663

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, lunes 27 de noviembre del 2017, las 09h19.-

VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito el siguiente voto salvado: El motivo de mi discrepancia es con lo señalado en el punto 2.3 de la sentencia de mayoría, toda vez el error judicial y el recurso de revisión aceptado son títulos de imputación distintos en la responsabilidad objetiva del Estado; por lo que no todo recurso de revisión aceptado necesariamente implicaría

que se cometió un error judicial, del tipo que da lugar a la responsabilidad objetiva del Estado, pues aunque con frecuencia sería así, no siempre será el caso dependiendo de la causal de revisión por la cual se reforma o revoca la sentencia impugnada, y de la actuación concreta de los jueces que expidieron la sentencia que se revisó, por lo que mal podría presuponerse que la sentencia penal de revisión aceptada debe expresamente señalar la existencia de un error judicial, pues el que se haya o no dado éste como forma de responsabilidad objetiva estatal, por mal funcionamiento del sistema estatal de justicia en sus diferentes categorías (no solo por ?error judicial?, pues podría contemplarse



también, por ejemplo, la ¿inadecuada administración de justicia?), es precisamente el tema que se dilucidará posteriormente en la acción especial de responsabilidad objetiva del Estado, donde deberá comprobarse no únicamente que se dio un recurso de revisión penal aceptado, sino más bien si se puede o no atribuir el daño o perjuicio causado a los operadores de justicia que expedieron la sentencia que fue reformada o revocada. Tampoco es dable que se sostenga que para que opere el recurso de revisión aceptado como título de imputación de una posible responsabilidad objetiva estatal, la víctima necesariamente haya tenido que estar presa en un centro de rehabilitación social, pues una persona sufre una pena no únicamente cuando se encuentra privada efectivamente de su libertad ingresada en un centro de rehabilitación social, sino también cuando le han sido como consecuencia de dicha pena afectados o conculcados sus derechos, que no pueden ser restringidos únicamente al derecho a la libertad, que siendo quizá el principal ciertamente no es el único. Distinto es que una norma legal haya establecido, establezca o en el futuro lo haga, parámetros para determinar la indemnización, como lo hacía el artículo 416 del Código de Procedimiento Penal, en caso de que la persona a la cual se le acepta su recurso de revisión haya estado presa y por tanto privada de su libertad, los cuales tendrían que acatarse para dicho caso, esto es ¿una indemnización equivalente al cuádruple de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, en proporción al tiempo que haya permanecido preso?, pero ello de manera alguna podría implicar que para que opere dicho título de imputación, la revisión penal

aceptada, se requeriría inexorablemente que el sentenciado haya estado preso en un centro de rehabilitación social, pues en caso de que la persona no haya estado presa sino prófuga, entonces se podría recurrir a otros parámetros de indemnización que obviamente no sería la fórmula del artículo antes mencionado, sino otros baremos indemnizatorios que el tribunal considere pertinente aplicar dependiendo del caso concreto. Por lo que en mi opinión debería casarse la sentencia impugnada de 20 de agosto de 2012, 14h15, del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 con sede en la ciudad de Loja, pues dicha sentencia distrital, conforme lo alegado por la recurrente y el texto de la misma transcritos en el punto 2.3 de la sentencia de mayoría, confunde el título de imputación ¿error judicial? con el de ¿revisión penal? aceptada, erradamente concluyendo además que la víctima debía estar efectivamente privada de su libertad en un centro de rehabilitación social para que éste último pueda operar, lo cual como se ha mencionado en este voto salvado no necesariamente es así, por lo que casándose dicha sentencia distrital por errónea interpretación del artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República y del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, este Tribunal debería entrar a analizar si procede o no, y en qué medida, la pretensión de la accionante. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

f) Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Abg. Cynthia María Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

V

Resolución N°: 1282-2017
Recurso de Casación N°: 17741-2013-0079
Fecha: 30 de noviembre de 2017, las 11H49

TEMA: Demanda de indemnización de daños y perjuicios por los daños ocasionados a predio colindante con el inmueble sobre el que se construye obra pública dispuesta por el Municipio de Loja.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Richard Eduardo Burneo Jiménez comparece ante el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Machala y en juicio ordinario demanda al Municipio de del cantón Machala y al arquitecto Edwin Luzuriaga Orozco, con la pretensión de que en sentencia se ordene el pago de los daños y perjuicios ocasionados a su casa de habitación y entorno, en construcción, como consecuencia de la ejecución de la obra pública " Mercado 25 de Junio", colindante en el linderosur, esta obra fue dispuesta por la Municipalidad de Machala y su ejecución fue adjudicada al arquitecto Edwin Luzuriaga Orozco.- El Municipio demandado niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y alega falsedad absoluta de los mismos; niega haber cometido delito o cuasi delito acusados por el actor de la causa; falta de derecho para proponer la demanda y sostiene que el accionante ha violado el permiso municipal otorgado para la construcción del inmueble del accionante.- El Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Machala desechó las excepciones y reconvencciones planteadas por la parte demandada, declaró con lugar la demanda y ordenó que solidariamente el Municipio de Machala y el constructor de la obra Edwin Luzuriaga Orozco por intermedio de sus herederos y a prorrata de su patrimonio herencial ejecuten las obras necesarias en la edificación del accionante para reparar el daño que se le ha ocasionado, o paguen el valor del daño a liquidarse en juicio verbal sumario.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Oro conoce el caso por apelación de la parte demandada y, al aceptar el recurso interpuesto, acepta las excepciones planteadas y revoca la sentencia venida en grado, declarando sin lugar la demanda.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor de la causa Richard Eduardo Burneo Jiménez con fundamento en las causales tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia de mayoría expedida por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, dentro del juicio propuesto en contra de Municipio de del cantón Machala y del arquitecto Edwin Luzuriaga Orozco.- La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia se inhibe de conocer el recurso de casación propuesto, por falta de competencia en razón de la materia y remite el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicho órgano jurisdiccional que acepta la inhibición y se declara competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de lo dispuesto en los artículos 185.6 y 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, en la Resolución Obligatoria N° 4-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 6 de mayo de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 513, de 2 de junio del mismo año, y en aplicación de lo prescrito en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico de la Función Judicial.- La sentencia de casación considera, en lo principal,

que, conforme señala el fallo recurrido, los daños demandados no son atribuibles a la Municipalidad ni al contratista de la obra ya que el accionante ha incumplido el permiso municipal de su propia construcción excediéndose los límites de edificación autorizados, lo que ha provocado afectaciones a su predio; que el Tribunal de Casación está impedido de analizar y valorar la prueba actuada y menos aún estimar únicamente la que favorece al recurrente, así como no puede suplir las deficiencias en la fundamentación del recurso respecto del vicio formulado al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que lo rechaza; sostiene, además, que la decisión del fallo impugnado no declara responsabilidad alguna, peor administrativa, en lo que se refiere a los defectos de construcción como indebidamente señala el recurrente, pues dicho fallo se remite a desechar la demanda, y distinto es que en su desarrollo se haga alusión a pruebas y hechos relevantes relativos a las condiciones en las que se construyó el inmueble de su propiedad y, por no verificarse los elementos que involucran el yerro de extra petita, rechaza también el recurso fundado en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. En tal virtud, la Sala rechaza el recurso interpuesto y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada.

Demanda de indemnización de daños y perjuicios propuesta por Richard Eduardo Burneo Jiménez en contra del Municipio del cantón Machala y del arquitecto Edwin Luzuriaga Orozco, por los daños ocasionados al predio de propiedad del accionante, como consecuencia de la construcción del Mercado "25 de Junio"; obra pública dispuesta por el Municipio demandado en el inmueble que colinda en el lindero sur del predio afectado, cuya ejecución fue adjudicada al arquitecto Edwin Luzuriaga Orozco.-

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17741-2013-0079

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, 30 de noviembre de 2017, las 11H49.-

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de que: **a)** mediante auto de 22 de octubre de 2012, a las 10h00, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los señores Jueces Nacionales, doctores Eduardo Bermúdez, María Rosa Merchán y Álvaro Ojeda Hidalgo, este último en calidad de Juez Ponente, se inhibieron de conocer el recurso de casación propuesto por el actor Richard Burneo Jiménez, al considerarse incompetentes en razón de la materia, en virtud de lo cual dispusieron se remita el proceso a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; **b)** en razón de la inhibición referida, conforme consta del acta de sorteo de 20 de marzo de 2013, le correspondió el conocimiento a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo integrada por los doctores

José Suing Nagua, Maritza Pérez Valencia y Álvaro Ojeda Hidalgo, este último en calidad de Juez Ponente; **c)** el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo el 26 de marzo de 2013 se excusó de conocer la presente causa, la cual fue aceptada mediante providencia de 02 de abril de 2013; **d)** el 11 de abril de 2013, en razón del sorteo realizado entre los conjuces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, le correspondió asumir el conocimiento de la causa en calidad de Juez Ponente al doctor Francisco Iturralde Albán; **e)** 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; **f)** con Resolución No. 01-2015 de 28 de enero de 2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se integraron las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **g)** el doctor Pablo Tinajero Delgado presentó proyecto alternativo respecto a

la ponencia del doctor Francisco Iturralde Albán, sumándose al mismo la abogada Cynthia Guerrero Mosquera constituyéndose por tanto en voto de mayoría; siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera:

I.- SOBRE LA COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA

1.1.- La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en el auto de inhibición de 22 de octubre de 2012, sostiene ser incompetente en razón de la materia, bajo los siguientes argumentos “*en virtud de que este proceso se plantea para el pago de los daños y perjuicios en contra de una institución del Estado; y en atención a las normas legales transcritas, no le corresponde conocer los recursos de casación por falta de competencia...*”.

1.2.- La responsabilidad objetiva del Estado es entendida como la obligación del Estado de reparar los perjuicios ocasionados a un tercero (que no estaba en la obligación de resistirlo) producto del ejercicio de su actividad pública, sin que para el efecto haya precedido una relación directa con el administrado perjudicado, es por tal razón, que se denomina también responsabilidad extracontractual o “*responsabilidad aquiliana*”. En la responsabilidad objetiva no se encuentra inmersa la culpa propiamente dicha del ente público causante del daño, sino que se habla de una especie de culpa especial relacionada con la *falta o falla del servicio*. El autor colombiano doctor Libardo Rodríguez, en su ponencia “La responsabilidad del Estado por Actividad: Formal - Material” publicada en el libro “Responsabilidad del Estado frente a Terceros”, primera edición, impresión PIXEL GRAPHIC, Ecuador 2005, página 142 manifiesta: “*...debe tenerse en cuenta que en la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, la culpa exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común. En efecto mientras esta es eminentemente subjetiva, es decir, imputable a un individuo, aquella puede ser una culpa o falla funcional, orgánica o anónima, es decir, atribuible a la administración y no necesariamente a un funcionario en particular*”. En esa línea, este tipo de responsabilidad se restringe a la relación de causalidad entre la participación de la administración pública en la actividad administrativa que produjo la afectación o riesgo y el daño ocasionado, aun cuando el perjuicio haya ocurrido a consecuencia de una actividad pública legítima. El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República establece que el Estado, sus delegatarios, concesio-

narios 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. De su parte el numeral 6 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial señala como competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conocer los recursos de casación en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado; así como los recursos de casación por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas a las que por delegación o concesión se les haya entregado servicios públicos.

1.3.- Con la finalidad de proporcionar una herramienta jurídica que permita determinar criterios para resolver los conflictos de competencia suscitados entre la jurisdicción civil y contencioso administrativa, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia expidió la resolución obligatoria No. 04-2015 de 06 de mayo de 2015, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 513 de 02 de junio de 2015, en cuyo artículo 3 establece que 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.

1.4.- En el caso, la acción propuesta tiende a resarcir los daños y perjuicios causados presuntamente por la entidad municipal demandada y el contratista como consecuencia de la construcción y ejecución de la obra pública “Mercado 25 de Junio”; en tal virtud, los casos de responsabilidad objetiva del Estado, como el que nos ocupa, por disposición legal expresa son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, correspondiendo por tanto aplicar la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que “*Todos los procesos que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de este Código y que se hallaban en curso ante la Corte Suprema, cortes superiores,*



tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal, tribunales penales y demás juzgados de la Función Judicial, así como ante los tribunales penales y juzgados militares y policiales, pasarán, según corresponda, a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales penales y juzgados competentes en razón de la materia. De haber varios tribunales o juzgados, la competencia se radicará por sorteo. Las causas continuarán sustanciándose en el punto en que hubieren quedado, sin que en ningún caso este cambio sea motivo para declarar nulidad procesal alguna". Con fundamento en los argumentos expuestos, esta Sala de lo Contencioso Administrativo, acepta la inhibición de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia y se declara competente para conocer y resolver el recurso de casación propuesto por el señor Richard Eduardo Burneo Jiménez.

II. ANTECEDENTES

2.1.- En sentencia expedida el 13 de diciembre de 2010, la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, dentro del juicio N° 103-2009, seguido por el señor Richard Eduardo Burneo Jiménez en contra del Municipio del cantón Machala y herederos del arquitecto Edwin Luzuriaga Orozco, contratista de ese entonces de la Municipalidad, resolvió aceptar el recurso de apelación propuesto por los demandados y revocar la sentencia venida en grado.

2.2.- El 20 de diciembre de 2010 el actor interpuso recurso de casación, el mismo que se fundamentó en la causal tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- Con auto de 29 de junio de 2011, la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia admitieron a trámite el recurso de casación respecto a las dos causales acusadas.

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 el fallo respecto del cual se presentó el recurso de casación, contiene los yerros acusados,

estos son, las causales tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.3.- Respecto a la causal tercera, por errónea y falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.- En lo concerniente a esta causal, el recurrente alega en lo pertinente que: "Al dictar sentencia se incurrió en una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la pruebas, constantes en los Arts. 116 y 166 del Código de Procedimiento Civil, en vista de que el instrumento en el cual sustenta el fallo la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, esto es, "Contrato de Construcción celebrado entre el Municipio del Cantón Machala y el Contratista" ha sido valorado y apreciado en forma errada, puesto que la función que ha cumplido en este proceso no ha sido más que corroborar en primer lugar la solidaridad y corresponsabilidad de la entidad Estatal Contratante y el Contratista en cuanto al daño que se ha irrogado al bien inmueble de mi propiedad; y, en segundo lugar la extraña omisión en la cual incurre el Municipio del cantón Machala al recibir una obra a un contratista que en su ejecución no realizó su trabajo con responsabilidad frente a terceros...". Este error o vicio "in iudicando", se refiere a la violación de la norma de derecho que acarrea una conclusión contraria a la realidad de los hechos, en este tipo de impugnaciones prima el interés general sobre el particular. La errónea interpretación comporta la aplicación pertinente de una norma al caso concreto, pero que el juzgador al emplearla le ha otorgado un alcance o dimensión distinta al que previno el legislador, es decir, en la concurrencia del vicio de errónea interpretación intervienen dos supuestos fundamentales: a) la norma ha sido aplicada en el fallo impugnado, es decir, consta incorporada en su motivación; y, b) la norma es la adecuada para el caso litigado, por tanto no cabe discusión sobre su pertinencia, no obstante, el juzgador en su tarea le ha atribuido una interpretación distorsionada de su verdadero sentido. Tales puntualizaciones de estructura lógica – sistémica del vicio acusado, se realizan toda vez que, para efectos de identificar cómo el juzgador incurrió en una interpretación errónea se requiere visualizar la aplicación de la norma al caso concreto y la apreciación errada que se le atribuyó. Según arguye el recurrente, el vicio de errónea interpretación en el que ha incurrido la sentencia impugnada, se produce respecto a los artículos 116 y 166 del Código de Procedimiento Civil. De la revisión integral del fallo, esta Sala ha podido verificar que las

normas de derecho que se acusan de erróneamente interpretadas, no constan incorporadas en el desarrollo de la sentencia y por tanto no han sido objeto de análisis para sustentar su motivación, elemento ineludible con propósitos de que este Tribunal pueda identificar con certeza el sentido errado que el juzgador le ha otorgado, apartándose así de su tenor literal y, por tanto, produciendo efectos trascendentales en su parte resolutive. Por otro lado, cuando el recurrente arguye la existencia de este vicio, debe señalar con absoluta prolijidad cuál es la interpretación errónea que se le ha dado y, como consecuencia de aquello, cuál es el verdadero sentido que correspondía dar a esta norma, proposición jurídica completa y necesaria para que se configure el yerro acusado, hecho por el cual, al no verificarse la concurrencia de estos presupuestos propios de la técnica jurídica de casación, se rechaza el recurso por este extremo. El recurrente así mismo, con cargo a la causal tercera alega la falta de aplicación de normas que contemplan preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, sosteniendo que “...*existe Falta de Aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, constantes en los Arts. 165, 242, 248, 250 y 252 del Código de Procedimiento Civil, se omite totalmente por parte de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, el examen y valoración de instrumentos públicos de especialísima importancia, como son: Expediente de Inspección Judicial No. 172-2006, mediante la cual justificamos nuestro legítimo derecho de ejercitar la presente acción por los daños y perjuicios ocasionados al inmueble de mi propiedad (...); Acta de Entrega – Recepción Provisional de los Trabajos de Construcción del Mercado “25 de junio” de la Ciudad de Machala (...)* es decir no obstante de haberse encontrado en trámite el presente proceso del cual se omite hacer consideración alguna en la aludida acta, se procede a devolver las garantías al Contratista (...); Inspección Judicial e Informe Pericial presentado por el Ing. Richard Añazco Dávila, realizado dentro del presente proceso y que obra a fs. 133 a 165vta, el cual es concluyente y en su Numeral 5, esto es, *Análisis de los Factores que Ocasianan el Daño, se manifiesta en forma concluyente y acertada que; “...Al momento de proceder a realizar las excavaciones en el Mercado 25 de Junio, en el lado adyacente de la edificación del Sr. Richard Burneo, supongo que se produjo un cambio en el estado de esfuerzo del suelo, produciendo deformaciones, tomando la forma de hundimiento del área que rodea las*

excavaciones...” (...); Inspección Judicial e Informe Pericial, presentado por el perito Ing. José Napoleón Herrera Peña, que obra de fs. 68 a la 93 de la Instancia de Corte Provincial, cuyo informe a más de concluyente corrobora lo manifestado por las otras diligencias de reconocimientos efectuados en los inmuebles entre las cuales también se encuentra el Informe presentado por el Ing. Fredy Vera Quevedo que obra de fs. 35 a 41, con las cuales se determina conforme a derecho la existencia de los daños y perjuicios causados en el inmueble de mi propiedad...”. A la causal invocada la doctrina le ha denominado vicio de valoración probatoria, este yerro se produce cuando existe una falla procesal en la apreciación de los medios de prueba que han conducido al desvío de lo juzgado, lo cual no implica un nuevo estudio del proceso o examinar la prueba actuada procesalmente y valorada por el juzgador de acuerdo a su sana crítica. La discrepancia con los criterios de valoración otorgadas por el juzgador en su tarea no puede constituir fundamento de casación. En la especie, el casacionista sostiene que se han vulnerado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contenidos en el Código de Procedimiento Civil, no obstante, en su recurso únicamente enumera las disposiciones que considera inaplicadas, entre estas tenemos el artículo 165 que se refiere a que los instrumentos públicos hacen fe en juicio, los artículos 242 y 248 que contemplan la forma de practicarse la inspección judicial y cuando la misma hace prueba, y por último, los artículos 250 y 252 que prevén el nombramiento y actuación de los peritos; sin que con este efecto, el recurrente realice un análisis y relación adecuada de cómo la violación del precepto influyó o comprometió determinada prueba. Por otro lado, cabe señalar que los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba se remiten a la integralidad, ejercicio, indivisibilidad y oportunidad procesal en la práctica de la prueba, los cuales no confluyen necesariamente en todas las disposiciones acusadas. “*Para que esta causal proceda es menester que se cumplan con los siguientes requisitos: 1.El yerro ha de consistir en que el Juez o Tribunal hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorado la que si existe en ello o adulterado la objetividad de esta agregando algo que le es extraño o cercenando su real contenido; 2.La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser reontra evidente, esto es contrario a la realidad, establecida por las pruebas existentes; 3.Que este yerro de apreciación, conduzca al quebrantamiento de los*



preceptos que guían la sentencia; de lo contrario no procede esta causal, pero recordemos que si el Juez o Tribunal tienen amplias facultades para analizar y valorizar las pruebas aportadas al proceso y por tanto el Tribunal de Casación sólo está limitado a examinar si existen o no los errores de hecho o los errores de derecho en la valoración de las mismas, más aún hay que recalcar la prohibición para el Tribunal de Casación de revisar las conclusiones del Juez o Tribunal que dictó la sentencia o auto impugnado respecto al aspecto fáctico del litigio”. (Registro Oficial No. 137-25, Sala de lo Contencioso Administrativo – agosto 2007). En ese orden, se advierte que en el fallo impugnado se efectúa un cotejamiento sistemático de las pruebas actuadas en el proceso con la finalidad de concluir que el daño ocasionado en el inmueble de propiedad del actor no son imputables a la entidad demandada, es así que considera “OCTAVO: De la Inspección Judicial constante de fs. 131, el juzgado hace las siguientes observaciones: que el inmueble es de dos plantas compuesto por el solar Nro. 7 de la manzana R22 está ubicado en las calles Napoleón Mera y Pichincha; se observa deformaciones en el suelo por los asentamientos, así como fisuras, grietas en las paredes, en los pisos, en las columnas y en las lozas de esta construcción (...) daños que están a simple vista pero que por las constancias procesales analizadas se observa que los mismos son producto del sobrepeso de la construcción por el aumento de volumen de la misma en 137.62 m², equivalentes a 330 toneladas métricas de peso, que el actor agregó indebidamente a su construcción y no por la construcción del mercado 25 de Junio, pues si tal hubiese sido la situación, los daños se habrían observado en el universo de construcciones que se encuentran alrededor del mercado, y no solamente en la vivienda del actor Richard Burneo. La estructura de la edificación del Sr. Richard Burneo, por su deficiente cimentación y el exceso de peso de la misma hizo que se deformara, como todas las diligencias realizadas – inspecciones – incluida la de la diligencia previa de fs. 35 a 38 son en lo técnico concordantes en cuanto al por qué se producen los daños en el edificio del accionante, por el obvio sobrepeso de la construcción...”. En el ámbito de responsabilidad estatal, entendido como el perjuicio causado a un particular (daños materiales e inmateriales) intervienen varios presupuestos, entre ellos, fundamentalmente, que el daño antijurídico que se acusa no sea atribuible a la culpa exclusiva de la víctima. En el caso, como ciertamente lo ha señalado la sentencia impugnada, los daños en la estructura del

inmueble no son atribuibles a la entidad municipal ni al contratista, toda vez que el actor ha incumplido el permiso municipal de construcción al haber excedido los límites de edificación autorizados, circunstancias que evidentemente han provocado las afectaciones en su propiedad y no así, al resto de colindantes. En base al análisis expuesto y como ya se ha señalado, este Tribunal de Casación está impedido de entrar en el análisis y valoración de la prueba actuada, y peor aún, segregar el conjunto probatorio para resolver únicamente sobre los medios de prueba que al actor le resultan favorables para cambiar el sentido del fallo; así mismo, no se puede suplir las inconsistencias en la fundamentación de la casación respecto al vicio acusado, hecho por el cual se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.4.- Respecto a la causal cuarta, por extra petita.- Sobre el vicio contenido en la causal cuarta el recurrente manifiesta que “La Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, al pronunciar la sentencia recurrida, resuelve en forma “extra petita” violando lo dispuesto en el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, puesto que implícitamente en la sentencia recurrida, resuelve algo que no es materia del litigio y sobre el cual no tiene jurisdicción ni competencia, esto es, en base a un escueto oficio sin sustento técnico ni jurídico que aparece dirigido por el Ing. Kléber Leonardo Becerra, Jefe del Departamento de Fiscalización del Municipio demandado, declara responsabilidades sobre presuntos defectos en la construcción de mi inmueble, procedimientos que le corresponden determinar a la autoridad administrativa a través del departamento de construcciones y no a la judicial como mal se ha hecho en el presente caso”. El vicio contenido en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, consiste en la inconsonancia o incongruencia resultante de la comparación entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas; se configura por los siguientes modos o formas: “citra petita”, “ultra petita” y “extra petita”, este último que refiere el vicio acusado se produce cuando se resuelve algo distinto a lo pedido o ajeno a la controversia. En la especie la parte resolutive de la sentencia expresamente señala que: “ACEPTA el recurso de apelación interpuesto por las partes: Herederos del Arq. Edwin Luzuriaga Orozco y la Municipalidad de Machala, se aceptan las excepciones planteadas; y, REVOCA la sentencia venida en grado, declarando sin lugar la demanda”. En tal virtud, se

aprecia que la decisión puntual del fallo no declara responsabilidad alguna, peor administrativa, en lo que respecta a los defectos de construcción como indebidamente señala el actor, su efecto decisorio se remite a desechar la demanda, entendiéndose en tal medida que el pronunciamiento judicial tiene alcance y genera cosa juzgada exclusivamente sobre las pretensiones bajo las cuales fue concebida la demanda; distinto es, que en el desarrollo del fallo se haga alusión a pruebas y hechos relevantes respecto a las condiciones en las que fue construido el inmueble de propiedad del actor. En base a las consideraciones expuestas, al no verificarse los elementos que involucran el yerro de extra petita, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Cor-

te 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 propuesto por el señor Richard Eduardo Bermeo Jiménez, y en consecuencia, no casa la sentencia impugnada dictada el 13 de diciembre de 2010, a las 16h12, por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal N° 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Francisco Iturralde Albán, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 17741-2013-0079

Conjuez Ponente: Dr. Francisco Iturralde Albán

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

Quito, jueves 30 de noviembre de 2017, las 11h49. **VISTOS: (079-2013).**- En virtud de que la Jueza y Juez Nacionales abajo firmantes hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, en la que el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la Dra. Cynthia Guerrero Mosquera y al Dr. Pablo Tinajero Delgado, como Jueces de la Corte Nacional de Justicia; y, actúa el Dr. Francisco Iturralde Albán, llamado a integrar esta Sala por excusa presentada por el Juez Nacional Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, en virtud del sorteo realizado el 11 de abril de 2013; para resolver la Sala considera: **PRIMERO:** El presente proceso No. 79-2013, seguido por Richard Eduardo Burneo Jiménez, en contra del Municipio de Machala y otros, llega a conocimiento de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en virtud de auto de 22 de octubre de 2012, a las 10h00, dictado por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, por el que se inhibe del conocimiento y resolución de la causa, al considerar que se trata del pago de reparaciones y da-

ños y perjuicios propuesto por Richard Burneo, en contra del Municipio del cantón Machala, que es una entidad comprendida dentro del sector público, con fundamento en las Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial.- **SEGUNDO:** La legislación ecuatoriana concedía competencia a la jurisdicción ordinaria civil para conocer las controversias derivadas de hechos y contratos administrativos. Esto se mantuvo hasta la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el R.O. No. 349 de 31 de diciembre de 1991.- Sin embargo, con la vigencia de esta Ley, se dio inicio a una fase de conflictividad de competencia entre la jurisdicción civil y la contencioso administrativa.- Finalmente el Art. 38 de la referida Ley de Modernización del Estado fue sustituida en dos ocasiones; primero por el Art. 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, expedida mediante Decreto Ley 2000-1, publicado en el el Suplemento del registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000; y, luego por el Art. 1 de la Ley 56, publicada en el registro Oficial No. 483 de 28 de diciembre de 2001, que sustituye el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, texto que



continúa vigente hasta nuestros días y que dispone: “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 y hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.- Sin embargo, en virtud de la disposición transitoria incluida en la Ley de Modernización del Estado, por el Art. 29 de la citada Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (R.O. 144, de 18 de agosto de 2000); “Los procesos para la solución de controversias iniciados con anterioridad a la vigencia

de esta ley, que actualmente se encuentren en trámite ante los jueces de lo civil y cortes superiores, continuarán sustanciándose hasta su terminación y ejecución en esos mismos órganos judiciales. **Los recursos de casación interpuestos serán resueltos por las mismas salas que los conocen a la vigencia de esta ley**”. (las negrillas son de la Sala).- Es decir, que los recursos de casación interpuestos ante la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional, dentro de los procesos tramitados en esta jurisdicción, deben ser resueltos por la propia jurisdicción ordinaria que ya los conoció.- Por las consideraciones anotadas, y por cuanto la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial no aplica al caso, esta Sala se inhibe de conocer y resolver el recurso de casación planteado dentro del proceso de ejecución de sentencia y dispone que el proceso vuelva a la Sala de lo Civil y Mercantil a efectos de que se pronuncie sobre lo principal.- **Notifíquese.-**
f) **Dr. Francisco Iturralde Albán, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.**

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VI

Juicio No. 17811-2016-01707
Fecha: 30 de noviembre de 2017

TEMA: Impugnación de resoluciones de la Contraloría General del Estado que establecen responsabilidad civil con orden de reintegro de viáticos correspondientes a gastos de residencia (diferencia entre ambos beneficios).

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Patricia del Carmen Yépez Erazo comparece ante el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito y demanda a la Contraloría General del Estado al haber establecido en su contra responsabilidad civil culposa, porque la actora de la causa como Tesorera de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP, se habría beneficiado y autorizado pagos de viáticos por gastos de residencia, sin contar con el sustento legal correspondiente. La accionante señala que el pago de viáticos ya se analizó en informes de auditorías anteriores sin que exista novedad, por lo que habría doble juzgamiento y que, además, se ha violado el debido proceso con la emisión de resoluciones incumpliendo el plazo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Afirma que dichas resoluciones se han emitido inobservando normas constitucionales y legales, produciendo discriminación entre servidores de nivel jerárquico superior y otros servidores sujetos a la modalidad de contratos por servicios ocasionales, lo que conlleva una indebida interpretación del artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, artículo 124 de la LOSEP y artículo 5 de Resolución SEN-RES-2008-00147.- El Tribunal Distrital No.1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, respecto a la alegación del doble juzgamiento, señala que la copia del informe que se adjuntó a la demanda fue hecho en copias simples, incumpliendo el artículo 194 del COGEP, por tanto dicha prueba fue inadmitida en la Audiencia Preliminar, adicionalmente señala que no existe doble juzgamiento puesto que el un informe se refiere a una auditoría de gestión de cumplimiento de metas y objetivos estratégicos institucionales, y el otro informe se refiere a una auditoría de gestión respecto a gastos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría. Respecto, al pago de los viáticos el Tribunal señala que no es procedente que se pague por concepto de residencia un valor cuando la entidad pública accionada tiene un solo domicilio y el cual conocían los servidores públicos previa a su incorporación, que el pago de viáticos procede según el Mandato Constituyente y la LOSEP, cuando el servidor público se encuentre desempeñando sus funciones en lugar distinto a la sede u oficinas de la institución pública. En relación a la caducidad de la potestad de control señala que la resolución respecto a la determinación de la responsabilidad civil se expedirá en el plazo de 180 días contados a partir de la notificación con la predeterminación y que su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y no la nulidad del acto administrativo. Por estas consideraciones, el Tribunal de instancia rechaza la demanda y, en consecuencia, ratifica la legalidad de las resoluciones impugnadas emitidas por el Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado; no procede el pago de costas procesales, ni honorarios que regular.



SÍNTESIS CASACIÓN

La actora de la causa Patricia del Carmen Yépez Erazo interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, por considerar que dicho fallo incurre en errónea interpretación del artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, artículo 124 de la LOSEP, artículo 273 del Reglamento General de la LOSEP y disposición general cuarta de Resolución SENRES 000147-2008, dentro del juicio propuesto en contra del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado.- La Sala de Casación considera que el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 es una norma jerárquicamente superior y prevalece sobre cualquier otro cuerpo normativo; dicha norma establece que los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios tienen derecho a recibir una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda, e indica que este beneficio tienen todos los servidores, sin distinguir que se trate de nivel jerárquico superior o contratados y en la proporción establecida en las respectivas escalas. Sobre la base de estas consideraciones, La Sala estima que la apreciación realizada por el Tribunal a quo en relación con las normas alegadas por la recurrente es incorrecta, así como lo es su apreciación sobre los viáticos que los considera un estipendio para un viaje de un servidor público, cuando el artículo 273 del Reglamento de la LOSEP determina que los viáticos por gastos de residencia son el estipendio monetario o valor mensual pagados a los titulares de ese derecho por concepto de traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual deben prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda, por lo que se interpreta erróneamente dicha norma al definirle como pago por viaje de funcionarios a un lugar distinto de la dependencia. En tal virtud acepta el recurso de casación por el cargo alegado y por tanto casa la sentencia y conforme el número 3 del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, acepta la demanda y declara la ilegalidad de las Resoluciones impugnadas dejándose sin efecto las órdenes de reintegro que se generaron como responsable principal y subsidiaria, exclusivamente en lo que respecta a la accionante.

Impugnación de Resoluciones de la Contraloría General del Estado que establecen responsabilidad civil con orden de reintegro de viáticos correspondientes a gastos de residencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2016-01707

Jueza Ponente: Dra. Cynthia María Guerrero Mosquera

CORTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Quito, 30 de noviembre de 2017, a las 12:23.-

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 de sorteo de 28 de septiembre de 2017 que constan en el proceso.

ANTECEDENTES: A) El Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, expidió la sentencia el 18 de julio del 2017, las 09h02, dentro del juicio contencioso administrativo No. 17811-2016-01707, seguido por la señora Patricia del Carmen Yépez Erazo, en contra del Contralor General del Estado y Procurador General del Estado, en la cual

resolvió: “...Rechazar la demanda presentada por la accionante, Patricia del Carmen Yépez Erazo, en consecuencia, ratifica la legalidad de las resoluciones 3368, 3369, 3370, 3371 y 3372, de 22 de abril de 2016, emitidas por el Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado. No procede: Las costas procesales por no haberse justificado el presupuesto establecido en el Art. 284 del Código Orgánico General de Procesos, como tampoco honorarios que regular.”.

B) La señora Patricia del Carmen Yépez Erazo, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 18 de julio del 2017, las 09h02, por el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

C) El doctor Francisco Iturralde Albán, Conjuer de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 20 de septiembre de 2017, las 11h53, señaló que admite el recurso de casación interpuesto en base al caso cinco del artículo 268 del COGEP.

D) Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, estando la presente causa en estado 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 266 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: 2.1. En el día y hora fijados se llevó a efecto la audiencia de casación a la que compareció la actora y recurrente señora Patricia del Carmen Yépez Erazo, acompañada de su defensa técnica doctor Diego Marcelo Benitez Osejo y doctor Bolívar Guillermo León Osejo, así como por la parte demandada la abogada María Isabel Caicedo Maffa, por delegación otorgada del doctor Pablo Celi de la Torre, Contralor General del Estado.

2.2. La recurrente identificó la sentencia impugnada, las disposiciones legales infringidas, e invoca el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en el que fundamentó su recurso, y al exponer la argumentación de su recurso señala que en la sentencia existe errónea interpretación de los artículos 3 de la Ley No. 46, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009 respecto a la compensación por residencia; Art. 5 del Mandato Constituyente 2; Art.

124 de La LOSEP; inciso segundo del Art. 273 del Reglamento General a la LOSEP; Art. 5 y disposición general cuarta de la Resolución SENRES 000147-2008.

TERCERO: 3.1. El caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, alegado por la recurrente consiste en: “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”. Al respecto ésta se refiere ante todo, a una infracción sustancial del ordenamiento jurídico: el error in iudicando in jure, cuando a causa de no haberse entendido apropiadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma diferente a la que debió en realidad aplicarse, ya sea por “falta de aplicación” (se deja de aplicar normas que necesariamente debían ser consideradas para la decisión) o por “aplicación indebida” de las normas (ésta ha sido entendida rectamente en su alcance y significado, pero se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla); o se la concede a la norma aplicable un alcance equivocado por “errónea interpretación” (la norma aplicada es la adecuada para el caso, y no obstante se la ha entendido equivocadamente, dándole un alcance que no tiene). Se da pues, por parte del juzgador de instancia, un falso juicio de derecho sobre la norma y por tanto la sentencia debe ser casada, porque ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal. La falta de aplicación consiste, por tanto, en “un error de existencia”; la aplicación indebida entraña “un error de selección” y, la errónea interpretación equivale a “error del verdadero sentido de la norma”.

3.2. Cuando se alega el caso quinto, se debe partir de los hechos probados en la sentencia; es decir, se debe hacer una abstracción sobre las conclusiones a que arribó el tribunal de instancia sobre el material fáctico, por lo tanto, quien acusa a una sentencia por uno de los vicios previstos en el caso quinto, reconoce tácitamente que las conclusiones a las que llegó el tribunal a quo sobre los hechos discutidos, es correcta. a) La falta de aplicación sucede cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; es decir, el tribunal a quo, deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que de haberlo hecho habrían determinado que las decisiones adoptadas



en la sentencia fueren diferentes a las acogidas, así, la falta de aplicación de normas lleva a aplicar otras que no lo son por no existir o aplicar normas existentes, contrariando su texto al aplicarlas; en todo caso, es necesario explicar de forma clara y explícita en que consiste la inaplicación.

3.3. Al respecto, la recurrente al exponer su argumentación en la audiencia de casación, manifiesta que: “El recurso de casación se fundamenta en la causal 5 del 268 COGEP, Arts. 5 del Mandato Constituyente 2, 124 de LOSEP, 274 del Reglamento, 5 y Disposición General 4 de la Resolución SENRES 147 de 2008.- Concepto o definición que aplica el Tribunal Contencioso de la palabra viático nos vamos a referir a los derechos de todos los servidores públicos sea nivel jerárquico superior o los que están en el nivel administrativo u operativo el Art. 5 del Mandato Constituyente 2 y la nota interpretativa explica lo que es la compensación por residencia opera cuando funcionario o servidor tiene su domicilio habitual en X ciudad y va a trabajar en una institución en otra ciudad. La nota interpretativa lo asimila al viático no en estricto sentido literal sino porque no es parte de la remuneración normal no genera pago impuesto a la renta, ni aporte al IESS, diferencias sustanciales, en el viático por residencia es requisito que el servidor viva en lugar distinto al de su residencia, se paga mes a mes.”

3.4. Por su parte el abogado patrocinador del accionante expuso sus argumentos respecto a las normas y caso señalado por la recurrente manifestando en lo principal que: “... Contraloría realizó una auditoría de gestión a ENFARMA EP, revisó la legalidad de los pagos y contrataciones correspondientes a talento humano la accionante es tesorera, y en las resoluciones que impugnó esta como responsable subsidiaria y principal se benefició de viáticos por concepto de residencia que se cancelaron sin cumplir con presupuestos legales y reglamentarios. Entonces se encontraba en vigencia la Resolución SENRES 2008 147 que establecía cuales son los viáticos y quienes serán los beneficiarios. Al momento de suscripción de los contratos los servidores conocían que iban a laborar en Quito y la sentencia menciona que esta empresa pública no cuenta con sucursales ni agencias en otra ciudad del país y por ello la contraloría emitió la orden de reintegro para la recuperación de los valores indebidamente cancelados. Sobre la desigualdad el 274 del Reglamento LOSEP habla de funcionarios de

nivel jerárquico superior se exceptúa a quienes conozcan el lugar en el que van a laborar.”

3.5. Sobre estas acusaciones el Tribunal Distrital No. 5 con sede en la ciudad de Laja, en su sentencia consta como hechos probados los siguientes: “... De las pruebas aportadas por la partes procesales, el tribunal considera los siguientes documentos para emitir su decisión: 1. El Informe No. DA-DelS-0023-2013; 2. La Orden de Reintegro No. 0000048DAEDelS de 25 de marzo de 2014; 3. Escrito de reconsideración a la Orden de Reintegro presentada por la accionante; 4. Resolución No. 3368 notificada el 19 de julio de 2016; 5. Resolución No. 3369 notificada el 17 de septiembre de 2016; 6. Resolución No. 3370 notificada el 19 de julio de 2016; 7. Resolución No. 3371 notificada el 17 de septiembre de 2016; y, 8. Resolución No. 33712 notificada el 17 de septiembre de 2016. QUINTO: Motivación...V.b.2. Otro tema que es necesario analizar es respecto a la observancia de los presupuestos establecidos para el pago por concepto de viáticos por gastos de residencia, y que a criterio del Tribunal es el punto de controversia respecto al accionar de la Contraloría General del Estado que generó la emisión de las resoluciones impugnadas.

Al respecto, el Tribunal evidencia que el artículo 5 del Mandato Constituyente 2, establece: “Compensación por residencia.- Los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deban prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda...”.

Para viabilizar lo ordenado en el Mandato Constituyente No. 2, se expidió la resolución SENRES-2008-00147 que contiene el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, en su artículo 3 se señaló que la compensación económica “Es el estipendio monetario o valor mensual que los funcionarios y servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado, reciben por concepto del traslado de su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor, a otra ciudad en la cual deben prestar sus servicios, cuyo propósito es cubrir los gastos de vivienda”.

Posterior a ello, se expide la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP-, que en su artículo dispone:

“Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual prestan sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio de Relaciones Laborales, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio.”

La palabra viático en el derecho administrativo tiene como acepción la siguiente: “Prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje. Se trata de un viaje o lugar distinto de la sede de la dependencia o entidad, para realizar la función pública;”

El artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 181 de 21 de diciembre de 2009 señalaba: “Crear la empresa pública de Fármacos denominada ENFARMA EP, con domicilio principal en el cantón Quito, provincia de Pichincha”.

Para el Tribunal, la compensación en dinero o viáticos por concepto de gasto de residencia que establece tanto el Mandato Constituyente como la posterior Ley Orgánica de Servicio Público, se debe pagar en observancia de ciertos requisitos y siempre y cuando se trate de cumplir con el ejercicio de las funciones del cargo de un servidor público en un lugar diferente de cual el servidor público se encuentre desempeñando sus funciones o distinto de la sede u oficinas de la institución pública en la cual presta su servicio, y en el caso, de conformidad al Decreto Ejecutivo antes mencionado, el domicilio fijado de ENFARMA EP fue el cantón Quito, lugar al que se sometieron los servidores públicos al momento de suscribir los contratos de servicios ocasionales.

Tal afirmación no contraría el sentido del artículo 273 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que señala en relación al viático por gastos de residencia, lo siguiente: “Es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda...”.

Para el Tribunal no es procedente que se pague por concepto de residencia un valor cuando la entidad pública accionada tiene un solo domicilio, y el cual conocían los servidores públicos previo a su incorporación, tomando en cuenta que la accionante en el ejercicio de sus cargos como Tesorera y como Jefa Financiera, recibió y autorizó estos pagos desnaturalizando el espíritu de la ayuda en caso que el servidor deba trasladarse en ejercicio de su cargo a uno distinto del lugar en el que lo venía ejercitando, con el fin de cumplir las funcionales (sic) encargadas, inobservando de esta manera su obligación en el manejo del gasto público se lo realice de manera eficiente.

El Tribunal encuentra además que, existiendo norma legal y reglamentaria expresa sobre a quién y cómo debe pagarse este estipendio o viático, no existe inobservancia al principio indubio pro operario por parte de la Contraloría General del Estado al emitir las resoluciones administrativas impugnadas.”.

CUARTO: Así las cosas, con el objeto de determinar si se configuran o no los cargos alegados por la recurrente, esta Sala Especializada empieza su análisis transcribiendo las normas de derecho que se estiman infringidas a la fecha de los hechos:

Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de enero de 2008:

“Art. 5.- Compensación por residencia.- Los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado.”

Ley No. 46, Publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero del 2009.

“Art. 3.- Interpretese el Artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 en el sentido de que la compensación por residencia establecida en dicho artículo tiene la naturaleza jurídica de viático, por lo que no se considera parte integrante de la remuneración, ni constituye ingreso gravable para el régimen de seguridad social ni para el impositivo, y deberá ser pagado, mes a mes, de conformidad con la norma interpretada a todos los servidores públicos, en los términos del artículo 229 de la Constitución de la República, siempre que tengan

su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad.”.

Ley Orgánica de Servicio Público:

“Art. 124.- Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio de Relaciones Laborales, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio.”.

Reglamento General a la LOSEP:

“Art. 273.- Del viático por gastos de residencia.- Es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda.

En caso de que la institución contare con alojamiento propio en el lugar al cual se trasladare la residencia y la servidora o el servidor hiciere uso del mismo, no se pagará este viático.

El Ministerio de Relaciones Laborales emitirá la norma técnica respectiva para establecer los casos de excepción, en las que se incluyen el traslado en la misma provincia, en las que tendrían derecho a este viático.”.

RESOLUCIÓN SENRES 000147-2008, publicado en el Registro Oficial No. 414, de 29 de agosto de 2008, vigente a la época.

“Art. 5.- De la forma de cálculo.- El cálculo de la compensación por residencia y transporte, se realizará de la siguiente manera:

- a) Del pago de compensación por residencia a funcionarios y servidores.- Los funcionarios y servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y Escala de 14 Grados, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor a otra ciudad, percibirán, durante el desempeño de sus funciones una compensación por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados

para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo al siguiente detalle:

NIVELES No. Salarios básicos unificados

PRIMER NIVEL

- Funcionarios establecidos en el grado 7 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 3.00

SEGUNDO NIVEL

- Funcionarios establecidos en los grados 5 y 6 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 2.75

TERCER NIVEL

- Funcionarios establecidos en los grados 3 y 4 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 2.50

CUARTO NIVEL

- Funcionarios establecidos en los grados 1 y 2 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 2.25

QUINTO NIVEL

- Funcionarios y servidores del Nivel Profesional entre los grados 7-14 de la Escala de 14 Grados. 1.75

SEXTO NIVEL

- Servidores del Nivel Técnico y Administrativo entre los grados 3-6 de la Escala de 14 Grados. 1.25

SÉPTIMO NIVEL

- Servidores del Nivel de Servicios del grado 1 -2 de la Escala de 14 Grados. 0.75

- b) Pago de transporte a funcionarios.- A los funcionarios que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior, que por el cumplimiento de sus funciones deban trasladar su domicilio personal a una ciudad distinta a la de su residencia habitual, las instituciones en las que se encuentran prestando servicios les entregarán los correspondientes pasajes de ida y retorno, a fin de que por cualquier medio de transporte puedan trasladarse a sus domicilios familiares habituales los fines de semana y feriados establecidos en la ley.

Por ningún motivo los funcionarios recibirán en dinero los valores correspondientes para cubrir los gastos de transporte. Los boletos utilizados serán remitidos a la unidad financiera dentro de la semana siguiente a la que se haya utilizado este beneficio.

El valor por concepto de movilización o transporte, debe ser la tarifa que regularmente aplican las compañías nacionales de transporte aéreo, terrestre o fluvial a la fecha de adquisición del correspondiente boleto o pasaje.”

“DISPOSICIÓN GENERAL CUARTA.- Excepción del derecho de la compensación por residencia.- El servidor que obtuvo un nombramiento regular en una ciudad distinta a la de su residencia habitual y que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones y requerimientos del cargo, lugar de trabajo y función que iba a desempeñar, tal condición no le acredita el derecho a esta compensación. Se exceptúa a los servidores de carrera a los cuales su partida se traslada a otra ciudad fuera de su residencia habitual, después de la emisión del Mandato 002.”.

QUINTO: 5.1. De la sentencia impugnada se establece con claridad que los actos administrativos impugnados constituyen las Resoluciones Nos. 3368, 3369, 3370, 3371 y 3372 de 22 de abril de 2016, mediante las cuales la Contraloría General del Estado ha establecido la responsabilidad civil principal con orden de reintegro en la Resolución No. 3368 y la responsabilidad civil subsidiaria en las restantes, porque la accionante en su calidad de Tesorera y Jefe Financiera de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP, se habría beneficiado directamente en la primera; y, en las restantes haber autorizado pagos en favor de servidores públicos, por concepto de pagos de viáticos por gastos de residencia, sin que exista sustento legal que avalen dichos pagos.

5.2. De igual manera el Tribunal A quo, en base precisamente a las normas alegadas por el recurrente, señala que efectivamente existen normas legales y reglamentarias que expresan sobre a quiénes y cómo debe pagarse este estipendio o viático y que no existe inobservancia por parte de la Contraloría General del Estado al emitir las resoluciones impugnadas, señalando como su principal argumento que: “...la entidad pública accionada tiene un solo domicilio, y el cual conocían los servidores públicos previo a su incorporación, tomando en cuenta que la accionante en el ejercicio de sus cargos como Tesorera y como Jefa Financiera, recibió y autorizó estos pagos desnaturalizando el espíritu de la ayuda en caso que el servidor deba trasladarse en ejercicio de su cargo a uno distinto del lugar en el que lo venía ejerciendo, con el fin de cumplir las funciones (sic) encargadas, inobservando de esta manera su obligación en el manejo del gasto público se lo realice de manera eficiente.”.

SEXTO: Respecto a la errónea interpretación del Art. 5 del Mandato Constituyente 2; Art. 124 de la LOSEP; inciso segundo del Art. 273 del Reglamento General a la LOSEP; Art. 5 y Disposi-

ción General Cuarta de la Resolución SENRES 000147-2008. Esta Sala Especializada, considera en primer lugar que el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, es una norma jerárquicamente superior y prevalece sobre cualquier cuerpo normativo citado, y al efecto precisamente el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 1, por el cual la Asamblea Constituyente, por mandato popular de 15 de abril de 2007, asume y ejerce sus plenos poderes, dispone: “La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones. Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna.

Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos. Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurran o promuevan por acción u omisión, e l desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente.”, es decir el artículo 5 antes mencionado señala a quienes les corresponde el derecho a la compensación por residencia al señalar que: “Los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, ... “ (lo resaltado corresponde a la Sala), y así la Ley No. 46, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009 en su artículo 3 establece que: “Interprétase el Artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 en el sentido de que la compensación por residencia establecida en dicho artículo tiene la naturaleza jurídica de viático, por lo que no se considera parte integrante de la remuneración, ni constituye ingreso gravable para el régimen de seguridad social ni para el impositivo, y deberá ser pagado, mes a mes, de conformidad con la norma interpretada a todos los servidores públicos, en los términos del artículo 229 de la Constitución de la República, siempre que tengan su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que presten sus servicios y por tal motivo deban trasla-



dar su residencia y domicilio a otra ciudad.”; y al remitirnos al artículo 229 de la Constitución de la República señala que: “Serán servidores 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...”, disposiciones que concuerdan efectivamente con lo establecido por el Art. 124 de la LOSEP, que determina a quienes procede el pago de viáticos por gastos de residencia; y, que efectivamente dicha compensación se encuentra regulada por el Art. 5 de la Resolución SENRES 147-2008, publicado en el Registro Oficial No. 414, de 29 de agosto de 2008, vigente a la época que en su literal a) establecía que: “El cálculo de la compensación por residencia y transporte, se realizará de la siguiente manera:

a) Del pago de compensación por residencia a funcionarios y servidores.- Los funcionarios y servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y Escala de 14 Grados, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor a otra ciudad, percibirán, durante el desempeño de sus funciones una compensación por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo al siguiente detalle:

NIVELES No. Salarios básicos unificados.

PRIMER NIVEL

- Funcionarios establecidos en el grado 7 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 3.00

SEGUNDO NIVEL

- Funcionarios establecidos en los grados 5 y 6 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 2.75

TERCER NIVEL

- Funcionarios establecidos en los grados 3 y 4 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 2.50

CUARTO NIVEL

- Funcionarios establecidos en los grados 1 y 2 de la Escala del Nivel Jerárquico Superior. 2.25

QUINTO NIVEL

- Funcionarios y servidores del Nivel Profesional entre los grados 7-14 de la Escala de 14 Grados. 1.75

SEXTO NIVEL

- Servidores del Nivel Técnico y Administrativo entre los grados 3-6 de la Escala de 14 Grados. 1.25

SÉPTIMO NIVEL

- Servidores del Nivel de Servicios del grado 1-2 de la Escala de 14 Grados. 0.75

Por lo que esta sala concuerda con lo señalado por el recurrente en el sentido de que: “... el art. 5 Mandato Constituyente 2, el art. 124 de la LOSEP y el art. 5 de la resolución SENRES 2008-00147, que se refieren a que todos los funcionarios, tanto del nivel jerárquico superior, al igual que los del nivel profesional así como los de nivel técnico administrativo, tienen derecho a percibir esta compensación, obviamente el monto varía de acuerdo a su escala.”, y que: “El espíritu de las normas señaladas claramente establece que es un derecho para TODOS LOS SERVIDORES (sea de nivel jerárquico superior así como para los contratados por servicios ocasionales Art 5. Mandato 2 y art. 5 Res. SENRES 2008 00147); es decir las normas señaladas tanto del mandato constituyente, como de la LOSEP, de su reglamento y de la Resolución de la SENRES 2008-00147 vigente a la época, efectivamente establecía que el pago de viáticos por gastos de residencia involucra a todos los funcionarios y servidores dentro de la escala de 14 grados y no solo a los de nivel jerárquico superior, es decir la norma no discrimina a funcionario o servidor alguno pues efectivamente involucra a varios niveles entre ellos los de nivel profesional, técnico, administrativo y de nivel de servicios, independientemente de cualquier forma o a cualquier título que trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, como lo establece la norma constitucional en su Art. 229, de lo señalado resulta inaceptable para esta Sala considerar que solo involucre a funcionarios de nivel jerárquico superior siendo este el fundamento principal para la emisión de las resoluciones impugnadas. Además se considera que como excepción para el pago de viáticos por gastos de residencia como bien lo señala la recurrente son: “... los establecidos en el segundo inciso art. 273 RGLOSEP y Disp. Transitoria 4ta Res. SENRES 2008 00147), que a saber son: Quien obtuvo un nombramiento provisional por ganar un concurso de méritos y oposición en una ciudad distinta a su domicilio y posteriormente consigue nombramiento permanente. Quien

obtuvo un nombramiento regular en una ciudad distinta a la de su residencia.”, y no que la entidad pública accionada tenga un solo domicilio y el cual conocían y se sometían los servidores al momento de su incorporación como, sostiene el Tribunal A quo. Por tanto se considera que la apreciación realizada por el Tribunal A quo sobre las normas alegadas es errada y no puede ser asumida por esta Sala, de tal forma que se comprueba el cargo alegado por la recurrente a través del recurso de casación interpuesto, ya que precisamente las normas señaladas constituyen efectivamente el sustento legal para el pago de viáticos por gastos de residencia.

SÉPTIMO: En lo que respecta la errónea interpretación del Art. 3 de la Ley No. 46, publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009, dentro del mismo caso quinto del art. 268 del COGEP.

7.1. La recurrente sostiene que: “El Tribunal interpreta erróneamente el artículo 3 de la ley interpretativa al Mandato Constituyente 2, ya que, para el caso de la COMPENSACIÓN POR RESIDENCIA le asimila a viático para que no se considere parte de la remuneración y no sea ingreso grabable para el SRI ni para el IESS, debiendo pagarse mes a mes; más no como el estipendio que se entrega para un viaje de un servidor público.”

7.2. El Tribunal A quo en su sentencia impugnada en referencia a lo manifestado por la recurrente, señala que: “La palabra viático en el derecho administrativo tiene como acepción la siguiente: “Prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje. Se trata de un viaje o lugar distinto de la sede de la dependencia o entidad, para la realizar (sic) la función pública;”, en efecto de lo transcrito se puede evidenciar que el Tribunal A quo equivoca una vez más su apreciación sobre los viáticos considerándolo como lo sostiene la recurrente, un estipendio para un viaje de un servidor público, cuando sin ir más lejos en la misma sentencia impugnada renglones más abajo señala que el Art. 273 del Reglamento General a

la LOSEP, determina en relación a los viáticos por gastos de residencia como: “Es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda.”, por lo que se puede colegir efectivamente que el Tribunal A quo interpreta erróneamente la norma alegada al definirle como pago por viaje de funcionarios a un lugar distinto de la dependencia.

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, 1) Acepta el recurso de casación interpuesto en base al caso quinto del artículo 268 del COGEP por la señora Patricia del Carmen Yépez Erazo, por tanto casa la sentencia expedida el 18 de julio del 2017, las 09h02, por el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito. 2) En consecuencia, y conforme el numeral 3 del artículo 273 del Código Orgánico General del Procesos, se acepta la demanda y se declara la ilegalidad de las Resoluciones Nos. 3368, 3369, 3370, 3371 y 3372 del 22 de abril de 2016 emitidas por el Contralor General del Estado y por tanto se deja sin efecto las órdenes de reintegro que se generaron como responsable principal en la Resolución No. 3368 y subsidiarias en las demás resoluciones, exclusivamente en lo que respecta a la accionante.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) Abg. Cynthia María Guerrero Mosquera, JUEZA (PONENTE); Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial
año 2017

**SALA DE LO CONTENCIOSO
TRIBUTARIO
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA**

I

Resolución N°: 006-2017
Recurso N°: 210-2016
Fecha: 5 de enero de 2017, las 16H21

TEMA: Diferencia entre jurisprudencia obligatoria y jurisprudencia referencial

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Iván Vinicio Agama comparece ante la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Quito, e impugna la Resolución 117012015RRE-CO15471, de 20 de febrero de 2015, con la cual se ratifica la Liquidación de Pago N° 1720140200112, de 14 de agosto de 2014 levantada en su contra por diferencias en la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012, como persona natural, así como los recargos, multas e intereses.- La parte demanda alega extemporaneidad de la demanda y, subsidiariamente, negativa de los fundamentos de hecho y de derecho; señala que existen comprobantes de venta que no cumplen los requisitos establecidos en el respectivo Reglamento y solicita que se deseche la demanda por extemporánea, improcedente y ajena a derecho, que se confirme la resolución impugnada y se ordene el pago de costas procesales. El Tribunal de instancia, al considerar que la demanda se ha presentado fuera del plazo previsto en el artículo 229 del Código Tributario, resultando improcedente analizar el fondo del asunto, la rechaza y confirma el acto administrativo materia de impugnación.

SÍNTESIS CASACIÓN

Iván Vinicio Agama deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Quito; fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución N° 13-2015, de 8 de octubre de 2015 relativo a la caducidad, que veda al juzgador considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de mérito; y, en la causal segunda del artículo ibídem, por errónea interpretación del artículo 229 del Código Tributario que se refiere al término para presentar una demanda ante los tribunales distritales de lo fiscal y por falta de aplicación de los artículos 1014 del Código de Procedimiento Civil y 272 del Código Tributario que regulan la declaratoria de nulidad de un proceso judicial por omisión de solemnidades.- El fallo de mayoría de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia establece la diferencia entre jurisprudencia obligatoria y jurisprudencia referencial y sostiene que el precedente jurisprudencial invocado por el casacionista tiene como origen fallos expedidos por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo y que su alcance está dirigido únicamente a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, por lo que los de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario no tienen obligación de cumplirlo porque no son los destinatarios directos, en cuya virtud no se configura el vicio alegado. La Sala en mención considera, también, que entre los requisitos para calificar la demanda no se encuentra la determinación de extemporaneidad de la misma,

como alega el recurrente y que el juez de instancia, no conoció dicha extemporaneidad de oficio, sino que resolvió la excepción planteada por la Administración; y, estima que respecto de las normas de procedimiento denunciadas no ha existido violación de trámite y que la actuación del Tribunal de instancia no se encuentra viciada por ningún tipo de nulidad, por lo que la pretensión casacional a este respecto es improcedente. Por tales consideraciones, no casa la sentencia y desecha el recurso de casación interpuesto.

Demanda de impugnación propuesta por Iván Vinicio Agama en contra del Servicio de Rentas Internas con la pretensión de que se deje sin efecto y valor legal el contenido de la Resolución 117012015RRECO15471, de 20 de febrero de 2015, con la cual se ratifica la Liquidación de Pago N° 1720140200112, de 14 de agosto de 2014 levantada en su contra por diferencias en la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012, como persona natural, así como los recargos, multas e intereses.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 210-2016

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- (RECURRENTE)

Quito, jueves 5 de enero del 2017, las 16h21.-

VISTOS: Composición del Tribunal: La doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, conoce del presente recurso, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura. Conocen también la presente causa los doctores Ana María Crespo Santos y José Luis Terán Suárez, Jueces Nacionales, en virtud de la Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones N°s 02-2015, 01-2015 respectivamente 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 Iván Vinicio Agama por sus propios y personales derechos, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 24 de febrero de 2016, a las 08h48, por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación N° 17510-2015-0105, instaurado en contra del Servicio de Rentas Internas, en donde se: “[...] rechaza la demanda de impugnación deducida por el señor Iván Vinicio Agama [...]”. -----

1.2.- Argumentos del recurso interpuesto por la parte actora: El recurrente sostiene su recurso en

las causales **primera y segunda** del artículo 3 de la Ley de Casación. En cuanto a la **causal primera** indica que en la sentencia se configura la falta de aplicación del artículo 1 literal a) del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 13-2015 de 8 de octubre de 2015 expedido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. El recurrente realiza un razonamiento respecto a que el Tribunal de instancia en cumplimiento del referido precedente jurisprudencial obligatorio los jueces de instancia, en el momento que se percataron que la demanda era extemporánea, debieron mediante auto definitivo archivar la causa, lo cual le hubiese permitido presentar un recurso extraordinario de revisión para hacer valer sus derechos. En lo referente a la **causal segunda** el recurrente indica que en la sentencia de instancia se configura una errónea interpretación del artículo 229 del Código Tributario, pues la interpretación que otorga el Tribunal de instancia restringe su alcance y no identifica que la caducidad es una figura de derecho público que opera *ipso jure*, por el mero transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, y que el Tribunal de instancia no debió siquiera admitir a trámite la demanda de conformidad con el artículo 232 del Código Tributario. Este hecho a criterio del recurrente es trascendente pues el hecho de existir una sentencia, no le permite al contribuyente iniciar otras acciones administrativas en contra de la decisión administrativa impugnada. Argumenta también que en la sentencia se configura una falta de aplicación de los

artículos 1014 del Código de Procedimiento Civil, 272 del Código Tributario. En lo relacionado al artículo 1014 indica que el Tribunal de instancia al percatarse que la demanda era extemporánea debió aplicarla puesto que se estaba violando en trámite, y mediante auto declarar tal hecho inadmitiendo a trámite la demanda y no dejar que el proceso prosiga hasta la emisión de una sentencia. A lo largo de esta alegación también hace referencia a la resolución 13-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia señalando que el criterio contenido en este, es plenamente aplicable a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario pues se refiere a la caducidad como figura propia del Derecho Público. Así mismo manifiesta que a su criterio el juzgador aplicó aparentemente el artículo 273 del Código Tributario que establece a los juzgadores en condiciones normales emitir sentencia una vez concluida la tramitación de la causa, sin tomar en cuenta el contenido de los artículos 272 del Código Tributario y 1014 del Código de Procedimiento Civil e interpretando de forma errónea el artículo 229 del Código Tributario. Finalmente en lo referente al artículo 272 del Código Tributario el recurrente manifiesta que en virtud de esta norma el Tribunal de instancia debió declarar la nulidad de todo lo actuado hasta la calificación de la demanda y mediante auto dictar un auto definitivo de inadmisión. -----

1.3.- Admisibilidad: Mediante auto de admisión de 29 de abril de 2016, a las 15h04, el Dr. Darío Velástegui, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admite a trámite el recurso de casación de la parte actora de forma íntegra y se dispone correr traslado a la administración tributaria de conformidad con lo que dispone el artículo 13 de la Ley de Casación. -----

1.4.- Argumentos de la contestación al recurso: Admitido el recurso de casación, **la parte demandada** ha emitido su contestación dentro del término decretado en el auto de admisión bajo los siguientes términos: **i)** En cuanto al vicio de falta de aplicación del precedente jurisprudencial emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, indica que el mismo no es aplicable al caso en virtud de la temporalidad del mismo, pues este fue publicado en el Registro Oficial de 05 de noviembre de 2015, mientras que la calificación de la demanda es de fecha 1 de abril de 2015. **ii)** En lo relacionado a supuesta errónea interpretación del artículo 229 del Código Tributario al amparo de

la causal segunda manifiesta que el recurrente no indica de qué forma se ha producido la errónea interpretación de la norma y que la sentencia es clara al establecer los motivos por los que la demanda es extemporánea. **iii)** En lo relacionado a los vicios de falta de aplicación 1014 del Código de Procedimiento Civil y 272 del Código Tributario manifiesta que el Tribunal de instancia no podía declarar la nulidad en la causa en virtud de que únicamente se la puede declarar por las solemnidades sustanciales previstas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y que en el presente proceso al no haberse inobservado ninguna solemnidad sustancial, la pretensión del recurrente es improcedente. Por los argumentos expuestos solicita que se deseche el recurso. -----

II.- CUESTIONES PROCEDIMENTALES PREVIAS E IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA A RESOLVER

2.1.- Competencia: Esta Sala es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación de 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. -----

2.3.- Determinación de los problemas jurídicos a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: -----

A) ¿El fallo de instancia incurre en la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, al supuestamente existir falta de aplicación del artículo 1 literal a) del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 13-2015 de 8 de octubre de 2015 por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que se relaciona a que cuando opera la caducidad para interponer la acción el juzgador está vedado de entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito? -----

B) ¿En la sentencia recurrida se configura la **causal segunda** del artículo 3 de la Ley de Casación por supuestamente existir una errónea interpretación del artículo 229 del Código Orgánico Tributario y falta de aplicación de los artículos 1014 del Código

de Procedimiento Civil y 272 del Código Orgánico Tributario?-----

III.- ARGUMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

3.1.- Consideraciones casacionales generales:

Previo a abordar el vicio denunciado por el recurrente, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las características generales de la casación planteándonos la siguiente pregunta: ¿Qué es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil* pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: “*Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio.*”; así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra *Teoría y Técnica de la Casación* pág. 39, señala que: “[...] *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 (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales.*”. Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica jurídica de un recurso extraordinario y formal en virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece taxativamente en el artículo 3 de la Ley de Casación cinco causales sobre las que se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958 de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codifi-

cación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima dispuso que: “*El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.*”. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada en el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo 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. (Ver. Citado por A. MORELLO, en *La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente*, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71). En consecuencia el recurso de casación busca el estricto cumplimiento de las normas a través del control de legalidad de las decisiones judiciales y vela por la unificación de los criterios judiciales a través de la jurisprudencia casacional. -----

3.2.- Orden de estudio de las causales invocadas por el recurrente:

De conformidad con la técnica casacional, esta Sala Especializada en primer lugar estudiará el vicio alegado respecto a la **causal segunda**, para posteriormente, de ser procedente, realizar el respectivo estudio de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.-----

3.3.- Análisis doctrinario del problema jurídico planteado en el literal b) del punto 2.3 de esta sentencia:

El problema jurídico planteado en el literal b) del punto 2.3., se relaciona con la **causal segunda** del artículo 3 de la Ley de Casación que establece: “... *2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;*”. El Doctor Santiago Andrade en su libro *la Casación Civil en el Ecuador* páginas 116 y 117 indica: “*Respecto de esta causal, debe advertirse que no toda violación del procedimiento es motivo de casación a su amparo. La norma es muy clara:*

únicamente cuando ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, a condición de que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. 3.2.1. Principios que informan la materia Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad y b) que sea de tanta importancia, esto es trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de especificidad) pero no solamente esto, sino que, además, debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causas, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de trascendencia).”-----

3.4.- Contenido material de las normas acusadas al amparo de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación como infringidas en la sentencia recurrida: El recurrente indica que existe **errónea interpretación** del artículo 229 del Código Orgánico Tributario, la cual reza de la siguiente forma: “Art. 229.- *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.*”. En cuanto a las normas denunciadas como no aplicadas por el Tribunal de instancia, estas son, los artículos 1014 del Código de Procedimiento Civil y 272 del Código Orgánico Tributario, rezan de la siguiente forma: “Art. 1014.- *La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los*

Arts. 355, 356 y 357.”, y “Art. 272.- *Declaración de nulidad.- Al tiempo de pronunciar sentencia, el tribunal examinará los vicios de nulidad de los que adolezca la resolución o el procedimiento impugnado, y declarará tal nulidad, siempre que los vicios que la motiven hayan impedido la clara determinación del derecho o hubieren influido en la decisión del asunto. En caso contrario, entrará a resolver la causa sobre lo principal. Asimismo, el tribunal examinará las actuaciones cumplidas en la etapa contencioso - tributaria, y, de haber omisión de solemnidades, declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de dicha omisión y dispondrá la reposición del proceso al estado que corresponda, siempre que la omisión pudiese influir en la decisión de la causa.*”-----

3.5.- Determinación de la naturaleza de las normas acusadas como infringidas y subsunción a los principios de Especificidad y Trascendencia:

Dentro de este contexto es importante determinar si los artículos 229, y 272 del Código Tributario, así como el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, acusados como normas infringidas por parte del recurrente constituye o no normas procesales. Para el efecto debemos señalar que el autor Jorge A. Claría Olmedo en su obra, Derecho Procesal I, conceptos fundamentales (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, página 98) respecto a las normas procesales manifiesta: “*En síntesis, el conjunto de normas procesales tienen como finalidad proveer los órganos o sujetos actuantes, las atribuciones y sujeciones para actuar, y los medios, formas y condiciones de actuación, para proveer a la realización jurisdiccional del derecho sustantivo. Son normas para el proceder que contemplan lo subjetivo y lo objetivo de la actividad a desarrollar en el proceso judicial. De modo general estas normas regulan todo lo relativo a la organización de la justicia, a la iniciación, desarrollo y terminación del proceso judicial y al control jurisdiccional de la ejecución forzada, determinando cómo los sujetos intervinientes pueden ejercer sus facultades dispositivas del contenido material del proceso o disponer de las meras formas procesales (Manzini). Son normas destinadas al hacerse del derecho por la vía jurisdiccional encauzada mediante el proceso.*”. Con esta descripción doctrinaria, esta Sala Especializada debe señalar lo siguiente: **i)** En cuanto al artículo 229 del Código Orgánico Tributario en lo relacionado a la contabilización de los días que tiene un contribuyente que se creyere afectado presentar una demanda contencioso Tributaria ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal, no hay duda que constituye una norma procesal. **ii)** En lo

referente a los artículos 1014 del Código de Procedimiento Civil y 272 del Código Orgánico Tributario, son normas que regulan la declaratoria de nulidad de un proceso judicial, de tal modo que no existe duda de que se constituyan en normas eminentemente procesales. Por lo expuesto, a criterio de esta Sala Especializada, las normas referidas constituyen normas procesales sujetas a control de legalidad en función de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. **3.5.1.-** Ahora bien en lo relacionado a la aplicación de los principios de Especificidad y Transcendencia que son analizados a la luz de la causal segunda, esta Sala manifiesta que: **i)** En cuanto al principio de Especificidad es importante establecer que el presupuesto fáctico de nulidad debe encontrarse expresamente establecida en una norma y, **ii)** En relación al Principio de Transcendencia este debe ser entendido bajo la perspectiva de la decisiva influencia que pudiere tener una norma respecto a la decisión y suerte de la causa. **3.5.2.-** En adición al estudio de los mencionados principios, cabe resaltar que de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Casación, complementariamente a la especificidad y a la trascendencia de las que debe revestirse el vicio denunciado, la nulidad ocasionada no debe haber sido convalidada conforme a derecho. Sobre este particular el Código de Procedimiento Civil erigió todo un sistema de nulidades (artículo 344) basada en las solemnidades sustanciales comunes a los procesos judiciales (artículo 346) y a diferentes juicios de naturaleza especial (artículos 347 y 348); estableciéndose la posibilidad de que la inobservancia de ciertas solemnidades pueda ser subsanada (convalidada) dentro del proceso, en base a reglas y condiciones contenidas en dicho ordenamiento. En este orden de ideas es indispensable destacar que la convalidación debe estar reglada y permitida por la norma, a lo que se suma que dentro del control de legalidad, se exige que también debe verificarse en el proceso, que materialmente ningún acto jurisdiccional haya validado o ratificado la distracción de ciertas solemnidades.-----

3.6.- Control de legalidad: En el caso *sub judice* se observa la sentencia recurrida se encuentra a fojas 323 a 324 del proceso de instancia y de la cual existen algunas cuestiones que esta Sala Especializada considera oportuno rescatarlas para proceder a realizar el estudio de la causa, las cuales serán transcritas a continuación: **i)** *a) Comparecencia de la parte actora.- El señor Iván Vinicio Agama, por sus propios y personales derechos, comparece ante este tri-*

bunal con la impugnación de la resolución administrativa del trámite N° 117012014276322, de 20 de febrero de 2015, [...] manifiesta que en el punto 2.7.10 del acto impugnado dice entre otras cosas que: "la ley se supone conocida, es decir su ignorancia no exime..."; señala que los actos administrativos deben ser reglados; que ha pedido testimonio a sus proveedores de bienes y prestación de servicios para desvanecer las supuestas diferencias encontradas en la declaración del Impuesto a la Renta del año 2012; b) Deja constancia de la dificultades con la que se topa a diario para la obtención de facturas de parte de los obreros de la construcción, y el pago a través del sistema de bancarización, hace referencia a facturas y comprobantes de venta. Solicita que mediante sentencia se deje sin efecto y valor legal alguno el contenido de la resolución de 20 de febrero de 2015, con la cual se ratifica la liquidación de pago N° 1720140200112, de 14 de agosto de 2014, por lesionar sus intereses económicos y capacidad contributiva, levantadas en su contra por Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012, como persona natural, así como los recargos, multas e intereses; b) Comparecencia de la parte demandada.- Presenta contestación a la demanda la abogada Sonia Álvarez Castillo, Procuradora Fiscal, debidamente designada como consta a fojas 41 del proceso, en la que manifiesta: 1.- La administración tributaria detectó diferencias en la declaración sustitutiva de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012, presentada por el contribuyente Agama Iván Vinicio, por lo que procedió a notificar con la comunicación de diferencias N° RNI-CDIOCDV14-00020-M, y solicitó justifique las diferencias detectadas o a su vez presente la declaración sustitutiva en el plazo de 20 días hábiles. 2.- El contribuyente no ha justificado las diferencias, ni ha presentado declaración sustitutiva dentro del término concedido, por lo que el 04 de agosto de 2014 se le notificó la Liquidación de Pago N° 1720140200112, por diferencias en la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012. 3.- El 29 de agosto de 2014 el señor Agama Iván Vinicio, formuló reclamo administrativo de impugnación a la liquidación de pago N° 1720140200112, el mismo que fue atendido mediante resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015, con estos antecedentes presenta las siguientes excepciones: a) Extemporaneidad de la demanda, por haberse presentado fuera de término establecido por la normativa dispuesta en el artículo 229 del Código Tributario, ya que la demanda fue ingresada el 23 de marzo de 2015, y la resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015, fue notificada en la misma



fecha, por lo que ha adquirido la calidad de firme y ejecutoriada; b) Subsidiariamente expresa negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; c) Señala la autoridad demandada que existen Comprobantes de venta que no cumplen con los requisitos establecidos en el Reglamento de comprobantes de venta, retención y documentos complementarios; d) Respecto a transacciones superiores a USD 5000,00, en un total de USD 89381,81 se los considera como gastos no deducibles, ya que el actor no demostró la utilización del sistema financiero para la realización de los pagos, como lo exige el artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para el año 2012; e) Señala que el actor no ha impugnado los aportes al IESS. Y solicita que en base a los argumentos expuestos, mediante sentencia se acepten los argumentos y se deseche la demanda por extemporánea, improcedente y ajena a derecho, se confirme la resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015, que confirma el contenido en su totalidad de la Liquidación de pago N° 1720140200112 por diferencias en la declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2012, y se ordene el pago de costas procesales; c) Comparecencia del Procurador General del Estado.- Mediante escrito de 30 de abril de 2015, comparece el abogado Marco Arteaga Valenzuela, Director Nacional e Patrocinio, Delegado del Procurador General del Estado, quien señala casillero para futuras notificaciones. Trabada la Litis en base a los argumentos señalados por las partes procesales, y concluido el término de prueba, estando la causa en estado de resolver, se considera.” Del texto transcrito es evidente que una de las excepciones que la administración Tributaria ha planteado es la extemporaneidad de la presentación de la demanda por parte del actor. **b) “TERCERO: Es obligación de este tribunal analizar las excepciones planteadas por las partes, por lo que se procede a revisar la extemporaneidad planteada por la parte de la Autoridad Tributaria; para lo que se procede a cotejar las fechas. 3.1.- El artículo 229 inciso primero del Código Tributario, vigente para el momento de la emisión de la resolución, señala que: <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 N° 1, 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.>. Del proceso se observa que la resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015,**

notificada el mismo día, mes y año, según consta de la razón de notificación, documento que reposa a fojas 62 de autos y de la razón de presentación de la demanda (foja 24) se desprende que esta fue ingresada por la parte Actora ante el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario el día 19 de marzo de 2015, que desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución impugnada, hasta la fecha de presentación de la demanda, transcurren 22 días, y que debió presentarse la demanda de impugnación hasta el día 17 de marzo de 2015, toda vez que los días 21 y 28 de febrero de 2015 fueron laborables, en recuperación de los días 16 y 17 de febrero de 2015, declarados feriado recuperable por Carnaval, por lo que se concluye que la demanda fue presentada de manera extemporánea.”. De la transcripción realizada se evidencia que el Tribunal de instancia resuelve en sentencia la excepción de extemporaneidad de la presentación de la demanda, en virtud del tiempo transcurrido desde la notificación del acto administrativo impugnado y la fecha de presentación de la demanda, determinándose que dicha actuación no fue oficio, sino que se constituyó en uno de los puntos sobre los que se trabó la Litis. **3.6.1.-** En esta instancia es importante señalar que dentro de la alegación de errónea interpretación del artículo 229 del Código Orgánico Tributario el recurrente insinúa que el momento procesal oportuno para declarar que la demanda era extemporánea, es en la admisión, argumentando que el conocimiento sobre la extemporaneidad de la demanda constituye un elemento a resolverse en la calificación de la demanda. En este sentido esta Sala Especializada debe indicar que dentro de los requisitos que deben calificarse la demanda en la fase de admisión a trámite, no se encuentra la determinación de la extemporaneidad de la misma. En este mismo orden de ideas se evidencia que el argumento de errónea interpretación del artículo 229 del Código Orgánico Tributario se refiere al alcance de la resolución 13-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, lo cual no será abordado en el presente punto, sino más adelante cuando tratemos si el referido precedente jurisprudencial obligatorio se aplica al presente caso. Otro argumento que utiliza el recurrente en su escrito, y que bajo su concepto abarca la trascendencia del presente caso, es que al existir una sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario se le ha impedido ejercer su derecho a proponer un recurso de revisión. Sobre este particular, esta Sala Especializada considera que la afirmación

constituye un despropósito en la medida que lo que se busca a través de los medios de impugnación judicial es básicamente la revisión de los actos impugnados, y no las expectativas o conveniencias de las partes procesales en cuanto a las estrategias que se decidan tomar, en este aspecto la casación no constituye un medio de impugnación que habilite el análisis de lo argüido por la parte recurrente, por lo tanto la pretensión insinuada es improcedente de ser analizada en casación. **3.6.2.-** En lo referente a la supuesta falta de aplicación del artículo 1014 del Código Tributario, el recurso presentado señala que esta norma debió aplicarse pues se debió declarar la nulidad de todo lo actuado hasta la calificación de la demanda, en tanto que se debió inadmitir a trámite la demanda mediante auto resolutorio. Respecto a esta primera denuncia esta Sala Especializada ha realizado un análisis en extenso en el numeral que antecede. Ahora bien también es importante recalcar que no ha existido una violación del trámite por cuanto de conformidad con lo que establece el artículo 273 del Código Tributario en la sentencia se deben resolver los puntos sobre los que se trabó la Litis, y como ocurre en el presente una de las excepciones planteadas fue justamente la extemporaneidad de la presentación de la demanda. Por otro lado el recurrente manifiesta que “aparentemente” se aplicó el artículo 273 del Código Tributario, emitiendo sentencia, con lo cual a su entender no solucionó el problema jurídico del caso, y lo que sí lo hubiese hecho, es declarar la nulidad del proceso hasta la calificación de la demanda. De lo argüido por la parte recurrente, esta Sala Especializada debe señalar que la actuación del Tribunal no se encuentra viciada por ningún tipo de nulidad y que en el presente caso la actuación del Tribunal, al resolver la excepción propuesta por la parte demandada es conforme a Derecho de acuerdo a lo expresamente dispuesto el artículo 273 del Código Orgánico Tributario. Por lo expresado la pretensión casacional es improcedente. **3.6.3.-** Finalmente en lo relacionado a la supuesta falta de aplicación del artículo 272 del Código Orgánico Tributario esta Sala ha manifestado en líneas anteriores que no ha configurado ningún tipo de nulidad que ser declarada por el Tribunal de instancia, por lo tanto el pretender aplicar la norma denunciada deviene en improcedente. **3.6.4.-** Es importante destacar que cuando se alega la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación es necesario que además de la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea

interpretación de normas procesales, el vicio debe ser trascendente en la parte dispositiva de la sentencia, y evidentemente la alegación planteada por la parte recurrente busca que no se declare la extemporaneidad de la demanda no en sentencia sino en un auto resolutorio, siendo así, la trascendencia no es demostrada por cuanto lo que el recurrente busca exactamente el resuelto en la sentencia recurrida. En este sentido el pretender que se termine la causa por auto en vez de sentencia no habilita la proposición del recurso de revisión en virtud del análisis realizado en el punto 3.6.1. *ut supra.* -----

3.7.- Análisis doctrinario del problema jurídico planteado en el literal a) del punto 2.3 de esta sentencia:

El problema jurídico planteado en el literal a) del punto 2.3 *ut supra* se relaciona a 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.*”. **3.7.1.-** El autor Tolosa Villabona Luis Armando, (Teoría y Técnica de Casación, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá Colombia, páginas 257 y 359) 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.*”-----

3.8.- Contenido material de la norma denunciada como no aplicada: La Resolución 13-2015 de 8 de octubre de 2015 dispone en su artículo 1 literal a) lo siguiente: “*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;”-----

3.9.- Hechos considerados como ciertos y probados en la sentencia del Tribunal de instancia:

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 que no cabe una nueva consideración de los mismos, ya que los medios de prueba fueron analizados y apreciados por el Tribunal *A quo*, restando realizar el control de legalidad respectivo sobre la adecuada o eventual pertinencia de la norma denunciada como infringida a los hechos considerados como ciertos. Conforme el fallo recurrido en este se determinó: *“Del proceso se observa que la resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015, notificada el mismo día, mes y año, según consta de la razón de notificación, documento que reposa a fojas 62 de autos y de la razón de presentación de la demanda (foja 24) se desprende que esta fue ingresada por la parte Actora ante el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario el día 19 de marzo de 2015, que desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución impugnada, hasta la fecha de presentación de la demanda, transcurren 22 días, y que debió presentarse la demanda de impugnación hasta el día 17 de marzo de 2015, toda vez que los días 21 y 28 de febrero de 2015 fueron laborables, en recuperación de los días 16 y 17 de febrero de 2015, declarados feriado recuperable por Carnaval, por lo que se concluye que la demanda fue presentada de manera extemporánea.”*-----

3.10.- Control de legalidad: En este punto es importante señalar que lo que el recurrente indica que no se ha aplicado en la sentencia es un precedente jurisprudencial obligatorio, situación que efectivamente se encuentra contemplada en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y que previo a analizar su pertinencia se realizan las siguientes consideraciones: **i)** El sistema jurídico ecuatoriano se cimienta en lo que dispone el artículo 425 de la Constitución, en donde se establece que: *“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.”* **ii)** A parte de estas fuentes del Derecho el artículo 185 de la Constitu-

ción de la República 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. 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.”* **iii)** Es decir constitucionalmente se puede señalar que las fuentes del Derecho, en el sistema de administración de justicia ordinaria, se encuentran claramente delimitadas en los artículos 185 y 425 de la Carta Magna, en donde se aprecia que la jurisprudencia reiterada y aprobada mediante resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia constituye fuente del Derecho de obligatorio cumplimiento, de tal forma que en este punto es válido cuestionarse si el sustento presentado por el Tribunal de instancia dentro de una de las *ratio decidendi* de su edicto contiene realmente normas válidas y vigentes subsumibles a los hechos considerados como ciertos y probados durante el procedimiento. **iv)** El Dr. Rafael Oyarte en su obra “Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado” señala que: *“Muchas veces se suele confundir a la jurisprudencia con la sentencia y con el precedente vinculante. La jurisprudencia es el conjunto de fallos dictados en el mismo sentido por los jueces y tribunales relativos a un mismo punto de derecho. La sentencia, en cambio es la providencia por la que el juez decide el o los asuntos principales del juicio (art. 269 CPC), aunque en ésta también pueden decidirse <los incidentes que, originados durante el juicio, hubieran podido reservarse, sin causar gravamen a las partes para resolverlos en ella> (Art. 273 CPC). Una sentencia contiene una decisión, la misma que tiene fuerza obligatoria solo respecto de la causa en que se pronuncia (Art. 3 CC) razón por la cual el fallo solo beneficia o perjudica, en principio, a los justiciables. Pero toda sentencia además de contener una decisión, se basa en un razonamiento (Art. 76, N° 7, letra l, CE). Esa *ratio decidendi*, o parte motiva del fallo es lo que establece el precedente, y es ese precedente el que configura la jurisprudencia. Otra cosa es que el precedente tenga o*

no carácter vinculante, asunto sobre el cual existen variaciones en el derecho comparado y que se ha producido en nuestro Derecho. Tradicionalmente se decía que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir del Código Civil, no señalaba a la jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho, lo que a juicio de algunos, respondía a la pertinencia de nuestro sistema jurídico a las familias del civil law o romanista. Un primer avance notorio fue el de la Ley de Casación, producto de la reforma constitucional de 1992. Cuando se reiteraba por tres ocasiones un fallo, este cobraba fuerza vinculante en lo atinente a la interpretación y aplicación de las leyes. Esa fuerza vinculante excluía a la propia Corte Suprema que podía apartarse del precedente, aunque la separación no podía ser arbitraria, por lo que debía producirse respetando la regla stare decisis. La Constitución de 2008 le otorga indiscutible fuerza a la jurisprudencia, aunque ello no implica que existan predicamentos en la materia. De este modo, establece las condiciones por las que la jurisprudencia de la Corte Nacional se torna vinculante (Art. 185 CE [...])” (Rafael Oyarte Martínez, Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado, Corporación de Estudios y Publicaciones 2014, págs. 30-31). v) Así pues las cosas, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 185 de la Constitución, es claro que para que el sistema jurisprudencial ecuatoriano en la justicia ordinaria sea catalogado como fuente del Derecho, y por tanto de obligatorio cumplimiento, tiene varios condicionamientos que cumplir para su existencia y se produzca una suerte de efecto *erga homines* y de cumplimiento irrestricto por los administradores de justicia. En este mismo orden de ideas, es importante diferenciar la jurisprudencia obligatoria cuyo procedimiento se encuentra delimitado en la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, que al tener efectos *erga homines* constituye fuente del Derecho, y la jurisprudencia referencial que se encuentra en las líneas de pensamiento plasmadas a través de sentencias del máximo órgano de administración de justicia ordinaria cuyo efecto es *inter partes*, de tal modo que se podrá considerar que una sentencia se encuentra motivada si se aplican las primeras (jurisprudencia obligatoria) mientras que las segundas (jurisprudencia referencial) únicamente pueden constituir parte del *obiter dicta* de las sentencias pero no pueden ser subsumidos a los hechos probados y ciertos del caso en particular. vi) Así también lo concibe el

Dr. Diego Eduardo López Medina en su obra “El Derecho de los Jueces” cuando señala que: “La utilización del modelo de jurisprudencia indicativa, al mismo tiempo, tiende a privilegiar el papel de la Ley en la definición de los casos, mientras que dentro de la doctrina del precedente con frecuencia la subregla jurisprudencial resulta fundamental en la decisión de caso.” (Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los Jueces, LEGIS, pág. 110). vii) Es claro pues que en el sistema ecuatoriano la jurisprudencia referencial emitida por las Sala Especializadas de la Corte Nacional de Justicia pueden convertirse en jurisprudencial de obligatorio cumplimiento siguiendo el procedimiento dispuesto en la normativa ecuatoriana para el efecto, así pues y solo así, construiría fundamento suficiente para motivar una sentencia de instancia en la *ratio decidendi* de la misma, mientras ello no ocurra las líneas de pensamiento constituidas dentro de la jurisprudencia referencial podrían servir como fundamento indicativo para argumentar la subsunción de una u otra norma en particular, e incluso un precedente obligatorio, pero no es la razón misma de la decisión 3.9.2.- En el presente caso nos encontramos ante un precedente obligatorio emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y tiene las características de *Erga Homines* sobre un mismo punto de Derecho. Para determinar un mismo punto de Derecho es necesario referirnos a la especialidad de cada una de las Sala que conforman la Corte Nacional de Justicia, en este sentido pues el precedente al que se refiere el recurrente tiene como origen fallos expedidos por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, y en el texto de la norma denunciada como no aplicada se indica expresamente a quienes va dirigida el precedente cuando señala: “**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;”. Así pues es claro que el alcance del precedente obligatorio está dirigido únicamente a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto en el presente caso los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario no tienen la obligación de cumplir con este precedente obligatorio pues no son los destinatarios directos. Por lo señalado no se configura el vicio de falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio



denunciado, al no ser una norma subsumible a la casuística planteada en este caso. Como *obiter dicta* también es importante plantear que los vicios denunciados al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación deben tener como resultado que su configuración devenga en que sea determinante en la parte dispositiva de la sentencia, en tanto que en el presente caso es evidente que el recurrente no discute la decisión de la causa, sino más bien la forma como actuó el Tribunal, hecho que es ajeno a la causal primera de la Ley de Casación y no tiene trascendencia en el resultado de la causa. Por otra parte también es necesario volver a recalcar que en el presente caso la sentencia recurrida no ha conocido la extemporaneidad de oficio, sino que la decisión que ha tomado al respecto ha sido resolviendo la excepción planteada por la Administración Tributaria en la contestación a la demanda, situación que es considerada como un hecho al cual no se le puede subsumir la norma denunciada como no aplicada por el recurrente. Sin que sea necesario realizar ningún tipo de consideración adicional esta Sala Especializada toma la siguiente decisión.-----

IV.- 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 en virtud del análisis realizado a lo largo del punto 3.4 *ut supra* 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) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA PRESIDENTA (VOTO SALVADO); Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 210-2016

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, jueves 5 de enero del 2017, las 16h21.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Sr. Iván Vinicio Agama, por sus propios y personales derechos, en contra de la sentencia dictada el 24 de febrero de 2016, a las 08h48, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1, con sede en Quito, dentro del juicio de impugnación N° 17510-2015-00105, deducido por el Sr. Iván Vinicio Agama, por sus propios y personales derechos, en contra de la Resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015 emitida por reclamación de liquidación de pago por diferencias en la declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 17 de marzo del 2016, el casacionista se fundamentó en la **causal primera**

del Art. 3 de la Ley de Casación, en relación a la *falta de aplicación* del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015; también alegó la **causal segunda** del Art. 3 de la Ley de la materia, en función de la *errónea interpretación* del Art. 229 del Código Tributario; *falta de aplicación* del Art. 1014 del Código Procedimiento Civil y del Art. 272 del Código Tributario.

1.1.1.- Con relación a la **causal primera** al alegar **“falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015”**, cuando fundamenta el vicio señala lo siguiente: *“Los juzgadores debieron considerar al momento de emitir su decisión, lo dispuesto en el Art. 1 literal a) de la Resolución de Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Precedente Jurisprudencial obligatorio, en cuanto esta prevé con claridad que, cuando se advierta la extemporaneidad de la demanda o la caducidad del derecho para interponerla, no se debe observar más tramitación y se debe emitir auto definitivo de inadmisibilidad. Aparentemente la norma aplicada en este caso es el Art. 273 del Código*

Tributario, como más adelante referiremos, en cuanto, concluida la tramitación de la causa, los juzgadores proceden a emitir una sentencia rechazando la impugnación realizada al acto administrativo emitido por la Autoridad Tributaria. El haber aplicado este precedente hubiera permitido la garantía de mi derecho a la defensa en otras instancias como la administrativa en la que, de no existir resolución del juicio, se puede entrar a revisar el acto administrativo por errores de hecho y de derecho”.

1.1.2.- Con relación a la causal segunda al alegar “errónea interpretación del Art. 229 del Código Tributario”, manifiesta lo siguiente: “(...) El error de interpretación en el que incurre el juzgador se presenta cuando, restringe el alcance del Art. 229 del Código Tributario y no identifica que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso iure, por el transcurrir 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 (Resolución aprobatoria de Triple Fallo Reiterativo emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015) por lo que, al advertir la existencia de una acción extemporánea, el juzgador no debe aceptar a trámite la demanda y permitir la tramitación de la causa para que, la extemporaneidad pase como un elemento de excepción de la parte demandada (como la prescripción de requiere alegación de parte), sino como un elemento de verificación del juez para la calificación de la demanda al momento de aplicar el Art. 232 del Código Tributario, por lo que debió inadmitir la misma en observancia de lo previsto en el artículo 229 del mismo cuerpo normativo y no esperar a la conclusión de la causa para analizarlo. La trascendencia del vicio en la decisión del juzgador, está dada en cuanto, al emitir una sentencia final en el proceso, rechazando la demanda (después de la tramitación de la causa), y no en un auto definitivo de inadmisión, cierra la posibilidad de acciones adicionales que al administrado le asisten para discutir la ilegalidad de la decisión administrativa impugnada. Nótese que en la sentencia aludida, en su parte dispositiva indica que se “...rechaza la demanda de impugnación deducida...”, mas no que se la admite, cuestiones que difieren en cuanto a los efectos jurídicos se trata. Por ejemplo: SI pretendiera el recurrente presentar en sede administrativa un recurso de revisión en contra del acto administrativo impugnado en su momento,

con la sentencia aludida, se vetaría el derecho del administrado por efecto del Art. 145 numeral 1 del Código Tributario que dice: “Improcedencia del recurso.- No procede el recurso de revisión en los siguientes casos: 1. Cuando el asunto hubiere sido resuelto por el Tribunal Distrital de lo Fiscal...”. Es determinante la infracción de la norma en la parte dispositiva de la sentencia, en cuanto se ha resuelto “...rechaza la demanda de impugnación deducida...”, cuando en el proceso no se ha entrado a verificar ni si quiera (sic) temas formales del acto impugnado, sino simplemente se ha verificado una supuesta caducidad del derecho para plantear la acción, lo que, como se ha dejado señalado debió concluir con una decisión distinta del juzgador en una etapa procesal diferente, esto es, con un auto definitivo declarando la inadmisión de la demanda por haber excedido según los juzgadores la oportunidad de la que habla el Art. 229 del Código Tributario. De haber interpretado correctamente los juzgadores la norma en referencia hubiera sido otra la decisión tomada finalmente y por supuesto sus efectos totalmente distintos, esto es, la declaración de nulidad de lo actuado hasta la calificación de la demanda de conformidad con los Art. 272 del Código Tributario y 1014 del Código de Procedimiento Civil y consecuentemente la emisión del auto de inadmisión.”.

1.1.3.- Con relación a la causal segunda al alegar “falta de aplicación del Art. 1014 del Código Procedimiento Civil”, expresa: “(...) En ese sentido, debió aplicarse la norma referida, en cuanto existe una violación del trámite correspondiente a la causa que se estaba juzgando, dado que, en cuanto se advirtió la supuesta extemporaneidad de la demanda se debió en auto definitivo declarar tal hecho inadmitiendo la demanda a trámite y no avanzar en la tramitación del proceso hasta la emisión misma de la sentencia. (...) En el caso en concreto, el juzgador aparentemente aplicó el Art. 273 del Código Tributario que dispone a los juzgadores en condiciones normales de un proceso, emitir sentencia una vez concluida la tramitación de la causa, sin tomar en consideración el Art. 272 del Código Tributario y 1014 del Código de Procedimiento Civil y por supuesto interpretando erróneamente el Art. 229 del Código Tributario. (...)”.

1.1.4.- Con relación a la causal segunda al alegar “falta de aplicación del Art. 272 del Código Tributario”, indica: “(...) Los juzgadores dejaron de aplicar el Art. 272 del Código Tributario en cuanto teniendo la obligación de verificar al momento de emitir la sentencia la existencia de vicios de nulidad, no lo hicieron, pues emitieron una sentencia en la que



se “...rechaza la demanda de impugnación deducida...” cuando lo que debieron es, verificar la existencia de vicios dentro del proceso y declarar la nulidad de lo actuado hasta la calificación de la demanda, así, el aplicar esta norma les hubiera permitido a los jueces emitir un auto definitivo de inadmisión de la causa y no in (sic) rechazo de la demanda, produciendo efectos jurídicos distintos a los previstos jurídicamente. (...) El no declarar la nulidad existente dentro del proceso, limita mi derecho a la defensa ya que restringe mi posibilidad de accionar recursos en otras vías como se ha advertido en el análisis precedente, lo que evidencia de manera clara la trascendencia en la necesidad de haber aplicado la norma infringida, pues el haber aplicado la misma, me hubiera garantizado mi derecho a acceder al recurso de revisión en la vía administrativa y no verme limitado por los presupuesto (sic) del Art. 145 numeral 1 del Código Tributario”.

1.2.- En consideración al auto de fecha 29 de abril de 2016, a las 15h04, el Dr. Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, por la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de Casación, en relación a la *falta de aplicación* del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015 y por la **causal segunda** del Art. 3 de la Ley de la materia, en función de la *errónea interpretación* del Art. 229 del Código Tributario; *falta de aplicación* del Art. 1014 del Código Procedimiento Civil y del Art. 272 del Código Tributario. En relación a lo anterior, se 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, sin que exista contestación fundamentada por parte de la empresa actora.

1.3.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: “(...) **TERCERO:** Es obligación de este tribunal analizar las excepciones planteadas por las partes, por lo que se procede a revisar la extemporaneidad planteada por la parte de la Autoridad Tributaria; para lo que se procede a cotejar las fechas. **3.1.-** El artículo 229 inciso primero del Código Tributario, vigente para el momento de la emisión de la resolución, señala que: “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 N° 1,

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.”. Del proceso se observa que la resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015, notificada el mismo día, mes y año, según consta de la razón de notificación, documento que reposa a fojas 62 de autos y de la razón de presentación de la demanda (foja 24) se desprende que esta fue ingresada por la parte Actora ante el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario el día 19 de marzo de 2015, que desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución impugnada, hasta la fecha de presentación de la demanda, transcurren 22 días, y que debió presentarse la demanda de impugnación hasta el día 17 de marzo de 2015, toda vez que los días 21 y 28 de febrero de 2015 fueron laborables, en recuperación de los días 16 y 17 de febrero de 2015, declarados feriado recuperable por Carnaval, por lo que se concluye que la demanda fue presentada de manera extemporánea. **3.2.-** En este contexto, la H. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha reconocido que al incumplir el plazo previsto en artículo 229 del Código Tributario inevitablemente tiene como consecuencia que la demanda es inoportuna, y enfatiza que: “... esta Sala observa que el juzgador no consideró que el administrado debía proponer las acciones dentro de veinte días contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se impugna.”. (Expediente de Casación número 126, Registro Oficial Suplemento 89, 23-nov-2010). Por lo antes manifestado, este Tribunal acoge el criterio del H. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, considerando que la demanda deducida en el presente Juicio ha sido presentada de manera inoportuna, resultando improcedente analizar el fondo de la misma. **CUARTO:** Este Tribunal destaca el pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto al cumplimiento de los plazos en materia contencioso tributaria y la falta de oportunidad en una actuación procesal, así pues, en un caso en donde se desconoció el cumplimiento de los plazos, declaró la inconstitucionalidad de la decisión y se pronunció que se “vulneró la seguridad jurídica al no observar las disposiciones contenidas en las normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente a la hora de pronunciarse”(Corte Constitucional, Sentencia número 114-13-SEP-CC de 4 de diciembre de 2013, Caso número 1121-13-EP) por lo que, destacando la seguridad jurídica, reconoció la necesidad de verificar el requisito formal de oportunidad, más aun como en

el presente caso, que es una excepción puntual de la administración tributaria.- (...)”.

II. JURISDICCION 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 fs. 21 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 la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015 y también en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de la materia, en función de la errónea interpretación del Art. 229 del Código Tributario; falta de aplicación del Art. 1014 del Código Procedimiento Civil y del Art. 272 del Código Tributario, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL PRIMERA (ART. 3 Ley de Casación)

Cargo uno: Falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015.

CAUSAL SEGUNDA (ART. 3 Ley de Casación)

Cargo dos: Errónea interpretación del Art. 229 del Código Tributario, relacionado con la oportunidad para proponer la demanda.

Cargo tres: Falta de aplicación del Art. 1014 del Código Procedimiento Civil, relativo a la violación de trámite y la nulidad que acarrea.

Cargo cuatro: Falta de aplicación del Art. 272 del Código Tributario, enfocado a la declaratoria de nulidad.

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 falta de aplicación del precedente jurisprudencial y la errónea interpretación y falta de aplicación de normas procesales, conforme se señaló en el número 4.1., cargos uno, dos, tres y cuatro cuyos textos son los siguientes:

- PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO N° 13-2015 DE 8 DE OCTUBRE DE 2015 (PUBLICADO EN EL PRIMER SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL N° 621, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2015):

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.

- CÓDIGO TRIBUTARIO:

Art. 229.- 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.

Art. 272.- Declaración de nulidad.- Al tiempo de pronunciar sentencia, el tribunal examinará los vicios de nulidad de los que adolezca la resolución o el procedimiento impugnado, y declarará tal nulidad, siempre que los vicios que la motiven hayan impedido la clara determinación del derecho o hubieren influido en la decisión del asunto. En caso contrario, entrará a resolver la causa sobre lo principal.

Asimismo, el tribunal examinará las actuaciones cumplidas en la etapa contencioso - tributaria, y, de haber omisión de solemnidades, declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de dicha omisión y dispondrá la reposición del proceso al estado que corresponda, siempre que la omisión pudiere influir en la decisión de la causa.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:

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

5.2.1.- Antes de iniciar el respectivo análisis sobre la sentencia propuesta a examen, es pertinente manifestar que aunque el recurrente no haya estable-

cido, un orden lógico para el análisis de las causales, esta Sala Especializada considera que por la naturaleza y efecto de la misma, es imprescindible e imperante iniciar el estudio de la causal segunda, tal y como lo ha señalado en diferentes momentos tanto la doctrina como la jurisprudencia. En consideración a la causal segunda alegada por los recurrentes, esta Sala establece lo que el número 2 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: “2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;”. Dicha causal tiene relación con lo que se denomina vicios *in procedendo* por lo que debe demostrar la violación directa de normas adjetivas. Esta demostración, para que se haga efectiva, 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 adjetivas, tres cargos que son excluyentes del análisis de un mismo atributo, respecto a la misma norma impugnada. Finalmente, en cualquiera de las situaciones previstas para esta segunda causal, es necesario cumplir con las siguientes, condiciones recurrentes: 1.- Que la violación produzca nulidad insanable; 2.- Que se hubiere provocado indefensión; 3.- Que, tanto la nulidad insanable como la indefensión, hubieren influido en la decisión de la causa; y, 4.- Que la nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.

5.2.1.1.- Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la “**errónea interpretación del Art. 229 del Código Tributario**”. Antes de proceder a lo requerido por el peticionario del recurso de casación, es necesario puntualizar que la causal segunda tiene como premisa fundamental la violación de la ley adjetiva, por lo que las normas jurídicas que se invoquen para que sean resueltas por este vicio, deben contener la referencia específica a las normas procesales; entonces, lo dispuesto en el Art. 229 del Código Tributario, alude a la oportunidad para la proposición de la demanda, mas no, lleva consigo la pertinencia para hacer efectivo la ejecución del derecho material; entonces dicha norma jurídica no lleva consigo ninguna alusión al derecho procesal, en consecuencia, no constituye un derecho de orden formal, sino más bien material. Por lo que la norma invocada

como erróneamente aplicada, no se enmarca en el universo jurídico de las normas procesales, por lo cual no es posible llevar a cabo lo requerido por el casacionista.

5.2.1.2.- Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la **“falta de aplicación de los Arts. 1014 del Código Procedimiento Civil y 272 del Código Tributario”**. El casacionista expresa que la Sala de instancia incurrió en la violación de trámite previsto en materia tributaria, por cuanto no emitió un auto para inadmitir la demanda con la finalidad de que se generen los efectos jurídicos adecuados al caso, sino que en su lugar dictó una sentencia que rechazó las pretensiones de su demanda, a causa de la extemporaneidad de la acción propuesta. En función de lo pedido, se procede a verificar lo descrito en la sentencia de instancia y se aprecia que: **1)** En la Resolución N° 117012015RREC015471 de 20 de febrero de 2015, notificada el mismo día, mes y año, según consta de la razón de notificación, documento que conforme lo expresa el Juez de instancia y se verificó por esta Sala Especializada, reposa a fs. 62 de autos y de la razón de presentación de la demanda (fs. 24) se aprecia que aquella, fue ingresada por el actor ante el Tribunal A quo el día 19 de marzo de 2015; **2)** Desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución impugnada, hasta la fecha de presentación de la demanda, transcurrieron más de 20 días; toda vez que los días 21 y 28 de febrero de 2015 fueron laborables, en recuperación de los días 16 y 17 de febrero de 2015, declarados feriado recuperable por Carnaval, a lo que concluye la Sala de instancia que la demanda fue presentada de manera extemporánea. A lo anterior cabe agregar lo siguiente: **3)** El Tribunal juzgador continuó con el trámite previsto en el Código Tributario para el trámite de las acciones de impugnación; **4)** En sentencia el juzgador de instancia resolvió la excepción de extemporaneidad de la acción propuesta por la autoridad demandada y rechazó la demanda propuesta, a causa de que efectivamente se configuró la alegación formulada. De todo lo anterior se comprende que la actuación del Juez de instancia (la no emisión del auto de archivo de la demanda, a causa de la extemporaneidad de la acción) se enmarcaría en un supuesto de nulidad, en caso de que cumpla con las condiciones descritas en el punto 5.2.1.- de este folio, orientadas a que haya provocado indefensión, que tanto la nulidad insana como la indefensión, hubieren influido en la decisión de la causa y que la nulidad no hubiere

quedado convalidada legalmente; mas sin embargo dicho vicio fue convalidado cuando el Juez A quo resolvió en sentencia una de las excepciones planteadas por el ente recaudador, la que se determinó en “extemporaneidad de la acción” que como se aprecia en la sentencia atacada, tuvo como consecuencia el rechazo de la demanda, por no haber sido presentada dentro del término indicado para el efecto y por ende, la falta de oportunidad de la actuación. También se destaca que el supuesto vicio cometido, no causó indefensión al actor, ni fue determinante en la decisión de la causa, a pesar de que el recurrente lo expresa en ese sentido en su recurso de casación, por cuanto el Tribunal juzgador en el caso de que hubiese expedido el auto de inadmisión de la demanda –por el concepto ya expuesto–, esto de ninguna manera hubiese cambiado el sentido de la resolución, porque el acto administrativo al no haber sido impugnado dentro de los 20 días contemplados en el Código Tributario, adquirió firmeza y por tanto está llamado a cumplirse; además, se deja en claro que al ostentar tal calidad, la resolución administrativa puede ser susceptible de recurso de revisión, pero tal potestad facultativa extraordinaria es atribución exclusiva del Director General del Servicio de Rentas y que para que se lleve a cabo, se deben cumplir requisitos de procedibilidad, lo cual devendría en una mera expectativa, más no en la plena certeza de conculcación de derechos y por tanto la privación del acceso a la justicia y debido proceso; es más se avizora que el actor ha pretendido beneficiarse de su propio error (*nemo auditur suam turpitudinem allegans*), que por principio se prohíbe abusar de los propios derechos, actuación que contraviene el ordenamiento jurídico. Entonces, el vicio incurrido por el Juez de instancia fue convalidado legalmente, por lo que no causó indefensión y por consiguiente no fue determinante en la decisión de la causa. En conclusión, no se ha configurado la falta de aplicación de los Arts. 1014 del Código Procedimiento Civil y 272 del Código Tributario, concerniente a la causal segunda de la Ley de la materia.

5.2.2.- 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: *“1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes 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, 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.

5.2.2.1.- Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la “**falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015**”. Antes de iniciar con el análisis requerido por el peticionario del recurso, es imprescindible dejar en claro que para hacer uso de un precedente jurisprudencial este debe cumplir con lo estatuido en el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial; es decir, que las sentencias emitidas por las salas especializadas de esta Corte Nacional de Justicia, en este caso de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario que reiteren por tres ocasiones el mismo criterio jurídico, sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte Nacional para proceder sobre su deliberación y conformidad; una vez resuelto sobre la declaración de existencia del precedente jurisprudencial, este será publicado en el Registro Oficial para que surta efecto generalmente obligatorio. Adicionalmente se agrega que uno de los principios descritos en el Código Orgánico de la Función Judicial, es el de especialidad, el cual se relaciona con la potestad jurisdiccional que se deberá ejercitar en forma especializada, conforme las diferentes áreas de la competencia. De manera que, los fallos de triple reiteración que se expidan por las Salas Especializadas de la Corte Nacional, se podrán aplicar única y exclusivamente a la materia de la competencia, no así en forma transversal; por

cuanto, si esta Sala Especializada dicta un fallo de triple reiteración, este se constituye en jurisprudencia vinculante obligatoria sólo para los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario. Una vez, dejado en claro la aplicación de los precedentes jurisprudenciales y del principio de especialidad, se destaca que el casacionista para formular su vicio, solicita se aplique un fallo de triple reiteración que dictamina entre otras cosas, sobre la obligatoriedad que tiene el juez del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de declarar en auto definitivo la inadmisión a trámite de la demanda, cuando se verifique que se produjo la caducidad del ejercicio de derecho para presentar la demanda en vía contencioso administrativo. Es notoria la imposibilidad de aplicación del precedente aprobado para la materia contenciosa administrativa y no así para lo contencioso tributario, impidiendo a esta Corte de Casación pronunciarse sobre la falta de aplicación de un precedente que por especialidad no le vincula. En definitiva, no se configura la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio N° 13-2015 de 8 de octubre de 2015 y por ende la causal primera de la Ley de Casación.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera que no se han configurado los vicios alegados 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.- NO CASAR la sentencia dictada el 24 de febrero de 2016, a las 08h48, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1, con sede en Quito, en los términos señalados en el Considerando V de esta Sentencia.

7.2.- 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.

7.3.- Sin costas.

7.4.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL, (VOTO SALVADO); Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

II

Resolución N°: 072-2017

Juicio N°: 0024-2013

Recurso N°: 152-2016

Fecha: 12 de febrero de 2016, las 9H44

TEMA: Facultad Determinadora de la Administración Tributaria respecto de sociedades distintas a sus condominios (Art. 11 Ley de Propiedad Horizontal)

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Marianela Berrazueta, Administradora y representante legal del Condominio Ciudad Comercial "El Recreo" comparece ante la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario con sede en el Cantón Quito, e impugna la Liquidación de anticipo de Impuesto a la Renta N° 1720131300156 emitida por la Directora Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, mediante la cual se establece que su representada debe cancelar los valores correspondientes al anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal del año 2012.- La parte demandada sostiene, en lo principal, que la liquidación impugnada constituye un acto válido emitido por autoridad competente, que la resolución cumple con la motivación dispuesta en la Constitución y en la ley y que el hecho de que la actora no esté de acuerdo con el acto en mención no constituye falta de motivación; que la actora de la causa no ha considerado la supremacía de las normas tributarias que prevalecen sobre las de carácter general; señala la naturaleza y fines del anticipo del impuesto a la renta y que por ser mínimo presuntivo no se opone al principio de equidad tributaria, por lo que la accionante tiene la obligación de liquidar y pagar el anticipo del impuesto a la renta; niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda e improcedencia de la misma.- El Tribunal a quo niega la demanda presentada por la recurrente, y en consecuencia declara la legalidad y legitimidad de la Liquidación de Anticipo de Impuesto a la Renta signada con el N° 1720131300156." En cuanto al valor del afianzamiento se imputará a la obligación conforme lo contempla el artículo innumerado después del Art. 233 del Código Tributario".

SÍNTESIS CASACIÓN

Marianela Berrazueta, Administradora y representante legal del Condominio Ciudad Comercial "El Recreo" deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en el cantón Quito, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 11 de la Ley de Propiedad Horizontal y 9 numeral 5 de la Ley de Régimen Tributario Interno, e indebida aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente para el año 2012.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que la Ciudad Comercial "El Recreo", al ser una sociedad distinta a la de sus condóminos debe cumplir con sus obligaciones tributarias y, por lo mismo, estuvo obligada a presentar la declaración del impuesto a la renta y el anticipo al mismo para el año 2012; que no se discute si la actora de la causa es una sociedad sin fines de lucro, sino que el tema es determinar si como sujeto tributario debía declarar en el impuesto a la renta del año 2012 el anticipo de dicho impuesto; que no se evidencia que la actora de la causa esté exonerada de tal obligación



y que por su incumplimiento pese a los diferentes requerimientos, la Administración Tributaria en ejercicio de la potestad determinadora emitió la respectiva liquidación prevista en la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento; por lo que la Sala concluye que el juez de instancia, al negar la demanda propuesta por la Administradora y representante legal de la Ciudad Comercial “El Recreo”, no vulneró la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por los vicios de falta de aplicación e de indebida aplicación, alegados por la recurrente. En tal virtud, no casa la sentencia impugnada. Juicio de impugnación propuesto por Marianela Berrazueta, Administradora y representante legal del Condominio Ciudad Comercial “El Recreo” en contra de la Liquidación de anticipo de Impuesto a la Renta N° 1720131300156 emitida por la Directora Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, mediante la cual se establece que la Ciudad Comercial “El Recreo” debe cancelar los valores correspondientes al Anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal del año 2012.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0024-2013

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, miércoles 1 de febrero del 2017, las 14h33.-
ASUNTO

Procede este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario a pronunciarse sobre el recurso de casación, interpuesto por la economista Marianela Berrazueta, en su calidad de Administradora y representante legal del Condominio “Ciudad Comercial EL RECREO” (en adelante casacionista o recurrente) en contra de la sentencia emitida el 12 de febrero de 2016, las 09h44, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en Quito (en adelante Tribunal, Jueces u órgano jurisdiccional de instancia), dentro del juicio de impugnación No. 17502-2013-0024, seguido por la hoy casacionista, en contra de la Liquidación de anticipo de Impuesto a la Renta No. 1720131300156, expedida el 4 de marzo de 2013, por la ingeniera Paola Hidalgo Verdesoto, Directora Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, mediante la cual se estableció que la Ciudad Comercial EL RECREO, debe cancelar los valores correspondientes al anticipo del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal del año 2012.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En sentencia de 12 de febrero de 2016, las 09h44, el órgano jurisdiccional de instancia, negó la demanda propuesta por Ciudad Comercial EL

RECREO y “(...) declaró la legalidad y legitimidad de Liquidación de Anticipo de Impuesto a la Renta signada con el No. 1720131300156. En cuanto al valor del afianzamiento se imputará a la obligación conforme lo contempla el artículo innumerado después del artículo 233 del Código Tributario (...)” (fs. 280-285 del proceso de instancia); sentencia de la cual, interpone el presente recurso de casación de conformidad a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.2.- Indica que la sentencia impugnada infringe las siguientes normas de derecho: i) Falta de aplicación de los artículos 32 del Código Civil; innumerado inserto a continuación del artículo 23 de la Ley de Propiedad Horizontal, agregado por la Ley No. 0 publicada en el Registro Oficial Suplemento 543 de 27 de septiembre de 2011; 11 de la Ley de Propiedad Horizontal; 4 del Reglamento a la Ley de Propiedad Horizontal, vigente en el año 2012; 9, numeral 5 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para el año 2012; 13, 14; y, 68 del Código Tributario; y, ii) Aplicación indebida de los artículos 4, 41 numeral 2; y 30 de la Ley de Régimen Tributario.

1.3.- Mediante auto de 27 de abril de 2016, las 16h32, el doctor Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, luego de constatar la jurisdicción y competencia, de analizar la procedencia, legitimación, temporalidad, normas infringidas, causales

invocadas y su fundamentación del recurso de conformidad con los artículos 201, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, reformado por mandato de la Disposición reformativa Segunda numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos; y, 8 inciso tercero del artículo 8 de la Ley de Casación declaró la **admisibilidad parcial** del recurso extraordinario de casación al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es, falta de aplicación de los artículos 11 de la Ley de Propiedad Horizontal; y, 9 numeral 5 de la Ley de Régimen Tributario Interno; e indebida aplicación de los artículos 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para el año 2012.

1.4.- Con relación al artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece: “(...) Los propietarios de los diversos pisos, departamentos o locales, podrán constituir una sociedad que tenga a su cargo la administración de los mismos. Si no lo hicieren, deberán dictar un reglamento interno acorde con el Reglamento General (...), el casacionista ha expresado que Ciudad Comercial EL RECREO: “(...) es una ciudad creada por exigencia legal y no por voluntad de las partes, según consta en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, esta situación no limita su carácter de sociedad sin fines de lucro (...) Entonces, la obligación de declarar y pagar el impuesto a la renta y por ende del anticipo, no se deriva de la calidad de sociedad, tal como lo afirma la Sala, sino de su finalidad y actividad. Todas las sociedades con finalidad de lucro deben declarar impuesto a la renta, pero no deben pagarlo. Si una sociedad no tiene la obligación de pagar el impuesto a la renta, menos aún tiene la obligación de pagar un anticipo, ya que la misma Sala ha afirmado que no son impuestos independientes (...)”.

1.5. Referente a la falta de aplicación del numeral 5 del artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a esa época, que regula las exoneraciones de la determinación y la liquidación del impuesto a la renta de las instituciones de carácter privado sin fines de lucro, el recurrente ha dicho que: “(...) Como se puede apreciar, a diferencia de lo que ha dicho la Sala de que no existe norma legal que establezca una exención, reiteramos que SÍ existe la misma y que le correspondía al SRI descalificar al sujeto si es que no hubiere cumplido con los requisitos para mantener tal calidad (...)”.

1.6.- En cuanto a la indebida aplicación del numeral 2 del artículo 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, normativas que regulan el pago de impuesto y los ingresos por arrendamiento de

inmuebles, el recurrente manifiesta, que el Tribunal de instancia al dejar de aplicar la normativa descrita: “(...) provocó que la Sala aplique indebidamente normas que no eran apropiadas para el caso y la naturaleza jurídica del actor, considerando su calidad de entidad sin finalidad de lucro (...)”. Por lo manifestado, solicita que este Tribunal case la sentencia impugnada; y se declare la nulidad y sin valor jurídico de la liquidación de Impuesto a la Renta No. 1720131300156 de fecha 4 de marzo de 2013.

1.7.- La abogada Daniela Freire, a nombre de la autoridad demanda la contestación al recurso de casación en los siguientes términos: “(...) la doctrina ha distinguido que los miembros de una sociedad como socios, comuneros o condominios son sujetos de derecho distinto de la sociedad que integran, por ende el uso de derechos y las obligaciones están dadas en proporción a su parcela o alicuota, sin que de forma alguna las obligaciones del socio o condominio afecte a la sociedad ni de esta a los condominios o socios (...) no existe norma legal que establezca exención para el pago del anticipo del impuesto a la renta para este caso en particular (...) porque ahora si conveniente para el casacionista decir que cumple con los requisitos indispensables que se encuentra inscrita en el Registro Único de Contribuyentes, que lleva contabilidad y que cumple con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, pero no cumple con el pago del anticipo del impuesto a la renta (...) si bien la actora de la presente causa, según la declaración del impuesto a la renta no gravó impuesto, que no es igual a estar exonerada del impuesto a la renta, esto no le excluye de declarar el anticipo de dicho impuesto, pues el mismo ya no se rige sobre el resultado económico del ejercicio si no que tiene como base de cálculo el patrimonio, los activos con sus respectivas exenciones según el ramo, los ingresos, costos y gastos por ende no se encuentra del proceso que exista un sustento legal ni norma expresa que exonere ni mucho menos se encuentre entre los entes que exceptúa de declarar o pagar el anticipo del impuesto a la renta (...)”. Solicita que este Tribunal, deseche el recurso de casación interpuesto por la recurrente.

1.8.- Al respecto el Tribunal de Instancia manifestó lo siguiente: “SEXTO.- MOTIVACIÓN SOBRE EL FONDO.- Corresponde resolver si “Ciudad Comercial El Recreo” como sujeto tributario debía declarar en el Impuesto a la Renta anual, específicamente en el ejercicio 2012 el Anticipo al Impuesto a la Renta por ese ejercicio y por ende realizar el pago en las fechas que la ley establece. Al respecto debemos



puntualizar lo siguiente: 6.1.- La Administración Tributaria, en la liquidación de anticipo del impuesto a la renta No. 1720131300156 para el ejercicio fiscal 2012, determina al sujeto pasivo "Ciudad Comercial El Recreo" (fojas 31 a 34), en base a la declaración del Impuesto a la Renta y con fundamento en el literal b) numeral 2 del Art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno el anticipo del Impuesto a la Renta para el ejercicio 2012 el valor de \$13.420,83, que debe ser pagado en dos cuotas de \$6.710,42, liquidación que ha sido impugnada en este proceso; 6.2.- Del Registro Único de Contribuyentes Sociedades (fojas 47), se desprende la Razón Social "CIUDAD COMERCIAL EL RECREO", y la actividad económica principal "ACTIVIDADES DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES INMUEBLES", y entre las obligaciones tributarias se detallan entre otras la obligación de "Declaración de Impuesto a la Renta Sociedades", "Declaración de Retenciones en la Fuente", "Impuesto a la Propiedad de Vehículo Motorizado", y registra un solo establecimiento; 6.3.- Corresponde en este punto determinar si el sujeto pasivo Ciudad Comercial El Recreo debe o no declarar el anticipo del Impuesto a la Renta. Al respecto la Ley de Régimen Tributario Interno, identifica claramente quienes son los sujetos pasivos del Impuesto a la renta al señalar: "Art. 4.- Sujetos pasivos.- Son sujetos pasivos del impuesto a la renta las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley. Los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad, pagarán el impuesto a la renta en base de los resultados que arroje la misma". De conformidad a lo que señala la disposición el sujeto pasivo "Ciudad Comercial El Recreo", es una sociedad distinta a los dueños de los inmuebles comunales distintos de los propietarios de cada porción individual de la propiedad horizontal. De ahí que la doctrina ha distinguido que los miembros de una sociedad como socios, comuneros o condóminos son sujetos de derecho distinto de la sociedad que integran, por ende el uso de los derechos y las obligaciones están dadas en proporción a su parcela o alícuota, sin que de forma alguna las obligaciones del socio o condómino afecte a la sociedad ni de esta a los condóminos o socios. En otras palabras, el socio es una persona distinta a la sociedad y como tal puede celebrar negocios jurídicos con ella, de tal suerte que el socio no podrá compensar lo que debe resarcir a la sociedad con ganancias que la sociedad hubiere percibido por su participación en otros negocios. En este contexto el Código Civil define a la

sociedad en el Art. 1963.- "La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles". Agrega en el Art. 1964.- Podrá estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial. Así mismo contempla que la sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima., y que la sociedad colectiva, es aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo. En tal sentido, las sociedades colectivas pueden tener uno o más socios comanditarios, respecto a los cuales regirán las disposiciones relativas a la sociedad en comandita, quedando sujetos los otros, entre sí y respecto de terceros, a las reglas de la sociedad colectiva. Lo dicho se corrobora con información constante en el Registro Único de Contribuyentes N° 1791368770001, y la actividad que aquella realiza es la de "ADMINISTRACIÓN DE BIENES INMUEBLES", es por tanto que existe una actividad comercial distinta al uso y goce de la propiedad del bien o local de los copropietarios del Centro Comercial. Así mismo la Ley establece quienes están obligados a llevar contabilidad al señalar en el artículo 19 que "Están obligadas a llevar contabilidad y declarar el impuesto en base a los resultados que arroje la misma todas las sociedades. ...". Es decir al ser el sujeto pasivo "Ciudad Comercial El Recreo", una sociedad distinta a sus dueños, le corresponde por ley, llevar contabilidad, sin que importe en este caso el monto y los conceptos de los ingresos. Ahora bien, de la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio 2011, constate a fojas 48 a 50 en formulario se desprende que ésta cumple con su obligación de llevar contabilidad, lo cual no se discute. También se refleja en la declaración que el sujeto pasivo tuvo ingresos en el ejercicio 2011 por un total de 2'193.780,59, y un total de costos y gastos por \$2'428.064,83, que les dio como resultado una pérdidas de \$234.284,24, lo cual evidencia que el resultado para establecer el Impuesto a la Renta es cero, lo que es concordante con la Declaración del Impuesto que obra a fojas 121 a 125. Claro está cuando se trata de ingresos por concepto de arrendamiento de inmuebles, el Art. 30 de la misma ley señala: "Ingresos por arrendamiento de inmuebles.- Las sociedades y demás contribuyentes obligados a llevar contabilidad que se dedican al arrendamiento de inmuebles, declararán y pagarán el impuesto de acuerdo con los resultados que arroje la contabilidad. En tal virtud al ser la Ciudad Comercial el Recreo una sociedad obligada a llevar contabilidad, el

Impuesto a la Renta pagará en base a los resultados obtenidos en el ejercicio económico y por ende está obligada a declarar el mismo, con las correspondientes exoneraciones y exenciones que la ley prevé. En cuyo caso La ley de Régimen Tributario Interno, en el Art. 41 establece que para el pago del impuesto, los sujetos pasivos deberán efectuar el pago del impuesto a la renta de acuerdo con las siguientes normas: 1.- El saldo adeudado por impuesto a la renta que resulte de la declaración correspondiente al ejercicio económico anterior deberá cancelarse en los plazos que establezca el reglamento, en las entidades legalmente autorizadas para recaudar tributos; En el presente caso “Ciudad Comercial El Recreo”, no arroja resultado que grave el impuesto a la renta, por ende no tiene valor que pagar por ese concepto o en relación al impuesto a la renta, es decir su base de cálculo es cero; 6.4.- Ahora bien, con relación a la obligación de declarar el anticipo del impuesto a la renta, la Ley de Orgánica de Régimen Tributario Interno. (Expedida mediante acto normativo contenido en el Decreto Ejecutivo No. 374 del 28 de mayo de 2010, dado por el Presidente de la República del Ecuador y publicado en el Registro Oficial No. 209 Suplemento del 08 de junio del 2010). En el Art. 41 establece las reglas que deben aplicarse para el anticipo del impuesto a la renta del ejercicio siguiente, sobre la base de la declaración del Impuesto del ejercicio que fenece, al señalar: “2.- Las (...), las sociedades, (...), deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente de conformidad con las siguientes reglas: b) Las personas naturales y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad y las sociedades: Un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros: - El cero punto dos por ciento (0.2%) del patrimonio total. - El cero punto dos por ciento (0.2%) del total de costos y gastos deducibles a efecto del impuesto a la renta. - El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del activo total. - El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del total de ingresos gravables a efecto del impuesto a la renta”. Es decir, si bien la actora de la presente causa, según la declaración del impuesto a la renta no gravó impuesto, que no es igual a estar exonerada del impuesto a la renta, esto no le excluye de declarar el anticipo de dicho impuesto, pues el mismo ya no se rige sobre el resultado económico del ejercicio si no que tiene como base de cálculo el patrimonio, los activos con sus respectivas exenciones según el ramo, los ingresos, costos y gastos, por ende no se encuentra del proceso que exista un sustento legal ni norma expresa que exonere ni mucho menos se en-

cuentre entre los entes que exceptúa de declarar o pagar el anticipo del impuesto a la renta, como lo prevé el Art. 41 descrito, por ende Ciudad Comercial El Recreo estaba obligada a presentar la declaración del impuesto a la renta y el correspondiente anticipo del impuesto para el ejercicio 2012 (...) 6.5.- De la misma declaración del Impuesto a la Renta, se aprecia que el contribuyente “Ciudad Comercial El Recreo”, no ha registrado el valor del Anticipo, por ende correspondió a la Administración Tributaria practicar dicha determinación, con base en la información constante en la propia declaración presentada por el sujeto pasivo, lo cual se fundamenta en las disposiciones legales invocadas. Sin embargo, por el tiempo transcurrido la obligación de pago corresponde hasta la fecha de presentar la declaración del impuesto a la renta del ejercicio cuyo anticipo se ha alegado, en el presente caso al haberse determinado el anticipo en el valor de \$13.420,83, con cuotas de \$6.710,41 en julio y septiembre cada una, el pago del anticipo, los intereses y recargo corresponde hasta la fecha que se establece y pago del impuesto a la renta del ejercicio 2012. 6.6.- Es necesario precisar, que el anticipo de impuesto a la renta que trata la norma citada, de ninguna manera es un impuesto distinto del impuesto a la renta, puesto que su naturaleza es de un pago anticipado a la obligación principal, esto es, se origina por la recaudación anticipada o cobro adelantado por parte del Estado sobre dicho impuesto, lo que permite generar ingresos antes del cierre del ejercicio económico, y que se lo debe hacer, como ya se indicó en el 50% en cuotas de los meses de julio y septiembre, que si bien se calculaba sobre la base del impuesto causado en el ejercicio anterior, con la reforma la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y a la Ley reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, que en el artículo 13 modifica parcialmente el artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, estableciendo una nueva fórmula aplicando porcentajes al patrimonio, total de costos y gastos deducibles, activo total y al total de ingresos gravables a efecto del cálculo del impuesto a la renta, sin deducir las retenciones efectuadas en el año anterior, esto aplicable a las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades obligadas a llevar contabilidad, lo cual explica la alegación de la parte actora. Cabe mencionar, que sobre el anticipo del impuesto a la renta la doctrina se ha pronunciado, en que: “Los anticipos son obligaciones tributarias autónomas de cumplimiento independiente, que tienen su propia individualidad y fecha de vencimiento. Su exigencia reposa en la razonable presunción de continuidad de la actividad que da



lugar a los hechos imponible y que se basan en una presunción de capacidad contributiva con relación al impuesto determinado en períodos anteriores (...) SÉPTIMO.- DECISIÓN. De lo descrito se puede concluir que tanto la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento de aplicación, establecen la obligación de declarar y pagar el anticipo del Impuesto a la Renta en el ejercicio 2012 a todas las sociedades, sin que “Ciudad Comercial El Recreo”, se encuentre por norma expresa o autorización de autoridad competente, exonerada de dicha obligación, por ende correspondía cumplir con dicha obligación, pago que corresponderá liquidar con el Impuesto a la Renta del 2012”.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el presente recurso extraordinario 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; y, en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República “Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la Ley”, 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial “Los recursos de casación en las causas en materia tributaria incluso la aduanera”; y, artículo 1 de la Ley de Casación.

III. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Mediante sorteo de 16 de mayo de 2016, las 11h11, le ha correspondido conocer el presente recurso de casación a este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario, integrado por las doctoras Ana María Crespo Santos (en calidad de Ponente), Maritza Tatiana Pérez Valencia; y, doctor José Luis Terán Suárez, Juezas y Juez Nacionales.

IV. VALIDEZ PROCESAL

No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando los autos para resolver, se considera:

V. PLANTEAMIENTO JURÍDICO DEL RECURSO

En atención al auto de admisión de fecha 27 de abril de 2016, las 16h32, la recurrente formula el siguiente cargo, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, en contra

de la sentencia dictada el 12 de febrero de 2016, las 16h32, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1, con sede en Quito.

Cargo 1: Causal primera: “Falta de aplicación” de la siguiente normativa:

LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Art. 11.- El Reglamento General de esta Ley establecerá un capítulo especial para precisar los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios. Los propietarios de los diversos pisos, departamentos o locales, podrán constituir una sociedad que tenga a su cargo la administración de los mismos. Si no lo hicieren, deberán dictar un reglamento interno acorde con el Reglamento General garantizando los derechos establecidos en la Constitución (...)”.

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

Art. 9.- Exenciones.- Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos: (...) 5.- Los de las instituciones de carácter privado sin fines de lucro legalmente constituidas, definidas como tales en el Reglamento; siempre que sus bienes e ingresos se destinen a sus fines específicos y solamente en la parte que se invierta directamente en ellos.

Los excedentes que se generaren al final del ejercicio económico deberán ser invertidos en sus fines específicos hasta el cierre del siguiente ejercicio.

Para que las instituciones antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás Leyes de la República.

El Estado, a través del Servicio de Rentas Internas verificará en cualquier momento que las instituciones a que se refiere este numeral, sean exclusivamente sin fines de lucro, se dediquen al cumplimiento de sus objetivos estatutarios y, que sus bienes e ingresos se destinen en su totalidad a sus finalidades específicas, dentro del plazo establecido en esta norma. De establecerse que las instituciones no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.

Los valores que deje de percibir el Estado por esta exoneración constituyen una subvención de carácter público de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y demás Leyes de la República (...)

Cargo 2: “Indebida aplicación” de la siguiente normativa:

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

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

(...) **2.-** Las personas naturales, las sucesiones indivisas, las sociedades, las empresas que tengan suscritos o suscriban contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en cualquier modalidad contractual, deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente de conformidad con las siguientes reglas: (...) **b)** Las personas naturales y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad y las sociedades:

Un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros:

- El cero punto dos por ciento (0.2%) del patrimonio total.
- El cero punto dos por ciento (0.2%) del total de costos y gastos deducibles a efecto del impuesto a la renta.
- El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del activo total.
- El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del total de ingresos gravables a efecto del impuesto a la renta (...).”

VI. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el recurrente, concedido por el Tribunal de instancia y admitido por el doctor Darío Velástegui Enríquez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, se procede a resolver.

6.1.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

El recurso de casación, es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene como finalidad la defensa del *ius constitutionis*, es decir, protege el ordenamiento jurídico imperante mediante 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, lo cual

permite que mediante el recurso extraordinario de casación se denuncie transgresiones del ordenamiento jurídico y se unifique la jurisprudencia con la finalidad de impedir ilegalidades y arbitrariedades jurisprudenciales al momento de administrar justicia. Así las cosas, la crítica del casacionista al fallo impugnado, para conseguir ser examinada por la Sala casacional, tiene por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la *ratio decidendi* del fallo.

6.1.1.- El recurso de casación, de conformidad con el principio de taxatividad se lo interpone exclusivamente por causales previstas en la Ley de forma expresa; así pues el artículo 3 de la Ley de Casación, tipifica cinco causales para su procedencia, la primera y tercera implican errores *in iudicando* por defectos de juicio; la segunda, cuarta y quinta contienen errores *in procedendo* por vicios de procedimiento.

6.1.2.- Con relación a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación (causal alegada por la accionante) imputa a la sentencias y autos que ponen fin a los procesos de conocimiento, es la violación directa de la norma sustantiva, que incluye los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; de ahí que, 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 procede por vulnerar cualquiera de sus formas, a saber: la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho; formas que deben ser determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el casacionista debe fundamentar debidamente; cabe señalar, que la falta de aplicación de la normativa sustancial (forma admitida) procede, cuando el administrador de justicia deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida, *lo ignora frente al caso debatido, exclusión de la norma en la sentencia*¹, en tanto que existe aplicación indebida (forma admitida) cuando existe un error de

¹ Luis Armando Tolosa Villabona, *TEORÍA Y TÉCNICA DE LA CASACIÓN*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá-Colombia, 2005, p. 257.

hecho o de derecho que incida en el órgano jurisdiccional conduciéndolos a una conclusión contraria a la realidad de los hechos²,

6.1.3.- Con relación a la causal en estudio, la ex Corte Suprema de Justicia, en diferentes sentencias ha referido que:

*“(...) Esta causal, trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, en la violación directa, precisamente por serlo, no cabe consideración respecto de los hechos, pues, **se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al Tribunal de Casación examinar, con base a los hechos considerados como ciertos en la sentencia,** sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente”*. (Énfasis y subrayado me pertenece)

*“En la causal primera, **se imputa el fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se ha subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados** y que se hallan admitidos por las partes, dentro de la hipótesis normativa correspondiente, sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, o porque no se ha aplicado la que corresponde o porque, finalmente se realiza una errónea interpretación de la norma de derechos sustantivo (...) **Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos alegados** (...)”* (Énfasis y subrayado fuera de texto)⁴.

6.1.4.- Una vez establecidos los parámetros de la causal en estudio, este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario, procederá al análisis de conformidad a lo señalado por el casacionista, así como lo manifestado por el órgano jurisdiccional de instancia, con la finalidad de evidenciar si efectivamente existe o no vulneración de la Ley, con relación a la falta de aplicación e indebida aplicación de las normativas impugnadas.

6.1.5.- Falta de aplicación.- El casacionista ha considerado que la sentencia impugnada, ha dejado de aplicar el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, que refiere a que: *“(...) los propietarios de los diversos pisos, departamentos locales, podrán constituir una sociedad que tenga a su cargo la administración de los mismos. Si no lo hicieren, deberán dictar un reglamento interno acorde con el Reglamento General (...)”*, al concretizar que: *“(...) La sentencia dictada por la Sala Única realiza un análisis extenso, pero innecesario, respecto de la calidad de sociedad de la parte actora. El condominio denominado Ciudad Comercial EL RECREO, nunca he negado que tenga obligaciones y deberes tributarios, ya que ha obtenido un RUC, lleva contabilidad, realiza retenciones, declaraciones mensuales de IVA, anexos transaccionales, declaración anual de Impuesto a la Renta, entrega información a la Administración Aduanera, entre otras. Si bien el casacionista es una sociedad creada por exigencia legal y no por voluntad de las partes, según consta del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, esta situación no limita su carácter de sociedad sin fines de lucro (...) Entonces, la obligación de declarar y pagar el impuesto a la renta y por ende del anticipo, no se deriva de la calidad de sociedad, tal y como lo afirma la Sala, sino de su finalidad y actividad. Todas las sociedades con fines de lucro deben declarar y pagar el impuesto a la renta; las sociedades sin finalidad de lucro deben declarar el impuesto a la renta, pero no deben pagarlo. Si una sociedad no tiene la obligación de pagar el impuesto a la renta, menos aún tiene la obligación de pagar un anticipo, ya que la misma Sala ha afirmado que no son impuestos independientes. De haberse aplicado el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, la Sala no habría llegado a la conclusión del Código Civil que no aportan para la resolución del caso (...)”*.

6.1.6.- Con relación a lo manifestado por el recurrente, la *ratio decidendi*, de la sentencia impugnada ha indicado que: *“(...) 6.3.- Corresponde en este punto determinar si el sujeto pasivo Ciudad Comercial El Recreo debe o no declarar el anticipo del Impuesto*

² Criterio esgrimido por el doctor Manuel Tama, en su obra *EL RECURSO DE CASACIÓN, en la jurisprudencia nacional*, EDILEX S.A. Editores, Guayaquil-Ecuador, 2011, p. 151.

³ Resolución No. 192, de fecha 24 de marzo de 1999, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 211, de fecha 14 de junio de 1999.

⁴ Resolución No. 161-2008, de 29 de mayo de 2008, las 09h40, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 235, de 14 de julio de 2010.

a la Renta. Al respecto la Ley de Régimen Tributario Interno, identifica claramente quienes son los sujetos pasivos del Impuesto a la renta al señalar Art. 4 Sujetos pasivos.- Son sujetos pasivos del impuesto a la renta las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley. Los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad, pagarán el impuesto a la renta en base de los resultados que arroje la misma. De conformidad a lo que señala la disposición del sujeto pasivo Ciudad Comercial El Recreo, es una sociedad distinta a los dueños de los inmuebles comunales distintos de los propietarios de cada porción individual de la propiedad horizontal. De ahí que la doctrina ha distinguido que los miembros de una sociedad como socios, comuneros o condóminos son sujetos de derecho distinto de la sociedad que integran, por ende el uso de los derechos y las obligaciones del socio o condómino afecte a la sociedad ni de esta a los condóminos o socios. En otras palabras, el socio es una persona distinta a la sociedad y como tal puede celebrar negocios jurídicos con ella, de tal suerte que el socio no podrá compensar lo que debe resarcir a la sociedad con ganancias que la sociedad hubiere percibido por su participación en otros negocios. En este contexto el Código Civil define a la sociedad en el Art. 1963.- La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles. Agrega en el Art. 1964. Podrá estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial. Así mismo contempla que la sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima, y que la sociedad colectiva, es aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo. En tal sentido las sociedades colectivas pueden tener uno o más socios comanditarios, respecto a los cuales regirán las disposiciones relativas a la sociedad en comandita, quedando sujetos los otros, entre sí y respecto de terceros, a las reglas de la sociedad colectiva. Lo dicho se corrobora con información constante en el Registro Único de Contribuyentes No. 1791368770001, y la actividad que aquella realiza es la de ADMINISTRACIÓN DE BIENES INMUEBLES, es por tanto que existe una actividad distinta al uso y goce de la propiedad del bien o local de los copropietarios del Centro Comercial. Así mismo la Ley establece quienes están obligados a llevar contabilidad al señalar en el artículo 19 que Están

obligados a llevar contabilidad y declarar el impuesto en base a los resultados que arroje la misma todas las sociedades. Es decir al ser el sujeto pasivo Ciudad Comercial El Recreo, una sociedad distinta a sus dueños, le corresponde por ley, llevar contabilidad, sin que importe en este caso el monto y los conceptos de los ingresos. Ahora bien de la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio 2011, consta a fojas 48 y 50 en formulario se desprende que ésta cumple con su obligación de llevar contabilidad, lo cual no se discute. También se refleja en la declaración que el sujeto pasivo tuvo ingresos en el ejercicio 2011 por un total de \$ 2193.780,59, y un total de costos y gastos por \$ 2428.064,83 que les dio como resultado una pérdida de \$ 234.284,24, lo cual evidencia que el resultado para establecer el Impuesto a la Renta es cero, lo que es concordante con la Declaración del Impuesto que obra a fojas 121 a 125. Claro está cuando se trata de ingresos por concepto de arrendamiento de inmuebles, el Art. 30 de la misma ley señala: Ingresos por arrendamiento de inmuebles.- Las sociedades y demás contribuyentes obligados a llevar contabilidad que se dedican al arrendamiento de inmuebles, declararán y pagarán el impuesto de acuerdo con los resultados que arroje la contabilidad. En tal virtud al ser la Ciudad Comercial El Recreo una sociedad obligada a llevar contabilidad. El Impuesto a la Renta pagará en base a los resultados obtenidos en el ejercicio económico y por ende está obligada a declarar el mismo, con las correspondientes exoneraciones y exenciones que la Ley prevé (...).

6.1.7.- En el presente caso, la Litis se refiere a resolver si la Ciudad Comercial El Recreo como sujeto tributario debía declarar en el impuesto a la renta anual, específicamente en el año 2012 el anticipo de impuesto a la renta y por lo tanto realizar su pago de lo cual el actor manifiesta que Ciudad Comercial El Recreo no tiene la obligación de pagar el anticipo de Impuesto a la Renta ya que no persigue fines de lucro.

6.1.8.- Como se explicó en líneas anteriores, cuando se fundamenta un recurso extraordinario de casación en la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación, corresponde a la Sala casacional examinar, con base a los hechos considerados como ciertos en el fallo impugnado, sobre la falta de aplicación de las normas de derecho que el casacionista considera infringidos; así pues, la *ratio decidendi*, de la sentencia recurrida, Considerando SEXTO, numeral 6.3: I) Que las sociedades son sujetos pasivos obligados al pago del Impuesto a la Renta, de conformidad al artículo 4 de la Ley de Régimen



Tributario Interno –Ciudad Comercial El Recreo, ostenta esa calidad-, ii) No obstante lo señalado, Ciudad Comercial El Recreo, es una sociedad distinta a los dueños de los inmuebles comunales, distinción realizada por el Tribunal de instancia al amparo de la doctrina y el Código Civil, iii) De conformidad con los artículos 19 y 30 de la Ley de Régimen Tributario Interno, las sociedades que lleven contabilidad en relación al arrendamiento de bienes inmuebles pagarán el Impuesto a la Renta –con las respectivas exoneraciones y exenciones previstas en la Ley-; evidenciando una actividad comercial distinta al uso goce de la propiedad del bien o local de los copropietarios de Ciudad Comercial El Recreo. iv) Que la Ciudad Comercial El Recreo tiene registrado el RUC. 1791368770001 registrándose la actividad de bienes inmuebles es decir una actividad comercial distinta al uso y goce de la propiedad del bien o local de los copropietarios del Centro Comercial El Recreo. Queda claro, entonces, que Ciudad Comercial El Recreo al ser una sociedad, distinta a la de sus condóminos debe cumplir con sus obligaciones tributarias; además realizó una correcta subsunción de los hechos a las normativas anteriormente descritas.

6.1.9.- Cabe recalcar, que en el presente caso, no se discute si Ciudad Comercial El Recreo, es una sociedad sin fines de lucro; el tema medular es verificar si la sociedad prenombrada como sujeto tributario debía declarar en el impuesto a la renta del año 2012 el anticipo de impuesto a la renta, particular evidenciado por el órgano jurisdiccional de instancia como queda expresado en líneas anteriores; en este sentido, el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, no se subsume adecuadamente a los elementos fácticos que han sido considerados por el Tribunal de instancia. No basta formular cargos o decir que una decisión judicial causa agravio como se determina en el presente recurso extraordinario de casación, es condición *sine qua non*, para que la pretensión prospere, demostrar que los cargos son reales, al caso concreto que exista falta de aplicación de la normativa impugnada.

6.1.10.- Indebida aplicación.- En este cargo, se acusa que el Tribunal de instancia realiza una, aplicación indebida del artículo 41, numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por cuanto: “(...) establece la forma en la que se debe pagar el impuesto a la renta. Una de las formas de pagar dicho impuesto es la determinación de un anticipo mínimo conforme la letra b) de dicha norma. Este anticipo se

constituye en un sistema de imposición a la renta de modo presuntivo o indiciario con el cual se establece un impuesto a la renta mínimo por pagar siempre y cuando el sujeto pasivo no esté exento legalmente de dicho pago, como es el caso particular. Por principio elemental de derecho conforme la Sala lo reconoce en su fallo, lo accesorio sigue la suerte de lo principal; es decir si un sujeto está exento del pago de impuesto a la renta, lo está también del pago del anticipo a dicho impuesto, ya que este último no constituye en sí un tributo diferente al primero (...)”.

6.1.7.1.- Ante lo fundamentado por la entidad aduanera recurrente, el Tribunal de instancia consideró: “(...) La Ley de Régimen Tributario Interno, en el artículo 41 establece que para el pago del impuesto, los sujetos pasivos deberán efectuar el pago del impuesto a la renta de acuerdo con las siguientes normas: 1.- El saldo adeudado por impuesto a la renta que resulte de la declaración correspondiente al ejercicio económico anterior deberá cancelarse en los plazos que establezca el reglamento, en las entidades legalmente autorizadas para recaudar tributos. En el presente caso Ciudad Comercial El Recreo, no arroja resultado que grave el impuesto a la renta, no ende no tiene valor que pagar por ese concepto o en relación al impuesto a la renta, es decir su base de cálculo es cero; 6.4.- Ahora bien, con la obligación de declarar el anticipo del impuesto a la renta, la Ley de Régimen Tributario Interno. (Expedida mediante acto normativo contenido en el Decreto Ejecutivo No. 374 del 28 de mayo de 2010, dado por el Presidente de la República del Ecuador y publicado en el Registro Oficial No. 209 Suplemento del 08 de junio del 2010). En el Art. 41 establece las reglas que deben aplicarse para el anticipo del impuesto a la renta del ejercicio siguiente, sobre la base de la declaración del Impuesto del ejercicio que fenece, al señalar: 2.- Las (...), sociedades (...), deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal correspondiente con las siguientes reglas: b) Las personas naturales y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad y las sociedades. Un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros:- El cero punto dos por ciento (0.2%) del patrimonio total.- El cero punto dos por ciento (0.2%) del total de costos y gastos deducibles a efecto del impuesto a la renta.- El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del activo total. El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del total de ingresos gravables a efecto del impuesto a la renta. Es decir, si bien la actora de la presente causa, según la declaración del impuesto a la renta no gravó impuesto, que no es igual a

estar exonerada del impuesto a la renta, esto no le excluye de declarar el anticipo de dicho impuesto, pues el mismo ya no se rige sobre el resultado económico del ejercicio si no tiene como base el cálculo del patrimonio, los activos con sus respectivas exenciones según el ramo, los ingresos, costos y gastos, por ende no se encuentra del proceso que exista un sustento legal ni norma expresa que exonere ni mucho menos se encuentre entre los entes que exceptúa de declarar o pagar el anticipo del impuesto a la renta, como lo prevé el Art. 41 descrito, por Ciudad Comercial El Recreo estaba obligada a presentar la declaración del impuesto a la renta y el correspondiente anticipo del impuesto para el ejercicio 2012. Dicho anticipo según lo establece el literal c) de el mismo numeral, contempla: c) El anticipo, que constituye crédito tributario para el pago del impuesto a la renta del ejercicio fiscal en curso, se pagará en forma y en el plazo que establezca el Reglamento, sin que sea necesario la emisión de título de crédito. El pago del anticipo a que se refiere el literal anterior se realizará en los plazos establecidos en el reglamento y en la parte que exceda el valor de las retenciones que le hayan sido practicadas al contribuyente en el año anterior al de su pago; el saldo se pagará dentro de los plazos establecidos para la presentación de la declaración del impuesto a la renta del ejercicio fiscal en curso y conjuntamente con su declaración. Lo cual se deberá proceder conforme lo prevé el siguiente literal: d) Si en el ejercicio fiscal, el contribuyente reporta un impuesto a la Renta Causado superior a los valores cancelados por concepto de Retenciones en la Fuente de Renta más Anticipo; deberá cancelar la diferencia. e) Para el caso de los contribuyentes definidos en el literal a) de este artículo, si no existiese impuesto a la renta causado o si el impuesto causado en el ejercicio corriente fuese inferior al anticipo pagado más las retenciones, tendrán derecho a presentar el correspondiente reclamo de pago indebido o la solicitud de pago en exceso, por el total de lo que sobrepase el impuesto a la renta causado. Los contribuyentes definidos en el literal b) de este artículo, tendrán derecho a presentar el correspondiente reclamo del pago indebido o la solicitud de pago en exceso, según corresponda; h) De no cumplir el declarante con su obligación de determinar el valor del anticipo al presentar su declaración de impuesto a la renta, el Servicio de Rentas Internas procederá a determinarla y a emitir el correspondiente auto de pago para su cobro, el cual incluirá los intereses y multas, que de conformidad con las normas aplicables, cause por el incumplimiento y un recargo del 20% del valor del anticipo. En los mismos términos y condiciones el Re-

glamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, establece en el Art. 76, en el cual contempla la forma de determinar o calcular el anticipo, y en el Art. 77 que establece las cuotas y plazos para el pago de dicho anticipo. La misma disposición contempla, que dicho anticipo se constituye crédito tributario para el pago del impuesto a la renta del ejercicio fiscal en curso, será pagado en las fechas antes señaladas, sin que para el efecto, sea la emisión de títulos de crédito ni requerimiento alguno por parte de la Administración. El anticipo determinado por el declarante que no fuere pagado dentro de los plazos previstos en este artículo, será cobrado por el Servicio de Rentas Internas mediante acción coactiva, de conformidad con lo dispuesto en el Código Tributario. Así, mismo el Art. 78 contempla el procedimiento para que los sujetos pasivos soliciten exoneración o reducción de anticipo, o como en el presente caso de haber pagado el anticipo de impuesto a la renta en el ejercicio 2012, corresponderá al sujeto pasivo el reclamo por pago indebido, como lo prevé el Art. 79 del referido Reglamento. 6.5.- De la misma declaración del Impuesto a la Renta, se aprecia que el contribuyente Ciudad Comercial El Recreo, no ha registrado el valor del Anticipo, por ende correspondió a la Administración Tributaria practicar dicha determinación, con base en la información constante en la propia declaración presentada por el sujeto pasivo, lo cual se fundamenta en las disposiciones legales invocadas. Sin embargo, por el tiempo transcurrido la obligación de pago corresponde hasta la fecha de presentar la declaración del impuesto a la renta del ejercicio cuyo anticipo se ha alegado, en el presente caso al haberse determinado el anticipo en el valor de \$13.420,83, con cuotas de \$ 6.710,41 en julio y septiembre cada una, el pago del anticipo, los intereses y recargo corresponde hasta la fecha que se establece y pago del impuesto a la renta del ejercicio 2012. 6.6.- Es necesario precisar, que el anticipo de impuesto a la renta que trata la norma citada, de ninguna manera es un impuesto distinto del impuesto a la renta, puesto que su naturaleza es de un pago anticipado a la obligación principal, esto es, se origina por la recaudación anticipada o cobro adelantado por parte del Estado sobre dicho impuesto, lo que permite generar ingresos antes del cierre del ejercicio económico, y que se lo debe hacer, como ya se indicó en el 50% en cuotas de los meses de julio y septiembre, que si bien se calculaba sobre la base del impuesto causado en el ejercicio anterior, con la Reforma a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, que en el artículo 13 modifica parcialmente el artículo

41 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno estableciendo una nueva fórmula aplicando porcentajes al patrimonio, total de costos y gastos deducibles activo total y al total de ingresos gravables a efecto de cálculo del impuesto a la renta, sin deducir las retenciones efectuadas en el año anterior, esto aplicable a las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades obligadas a llevar contabilidad, lo cual explica la alegación de la parte actora. Cabe mencionar, que sobre el anticipo del impuesto a la renta la doctrina se ha pronunciado, en que: Los anticipos son obligaciones tributarias autónomas de cumplimiento independiente, que tienen su propia individualidad y fecha de vencimiento. Su exigencia reposa en la razonable presunción de continuidad de la actividad que da lugar a los hechos imposables y que se basan en su presunción de capacidad contributiva con relación al impuesto determinado en periodos anteriores Jorge Leicach. El pago, en Mario Volman Dir. Régimen Tributario, p. 263. Sobre el pago del anticipo, en demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley Orgánica de Régimen Tributario, publicada en el Registro Oficial Suplemento 56 de 12 de agosto de 2013, la Corte Constitucional concluyó: Una vez descrita la normativa y elementos esenciales del anticipo de impuesto a la renta, resta a esta Corte aclarar que, al no ser un tributo, sino una obligación devengada de la aplicación del impuesto a la renta, la obligación tributaria accesoria del IR es exigible en los meses de julio y septiembre tal como lo determina la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su reglamento. Por lo tanto, el contribuyente en el año fiscal tiene la obligación de pagar, en tres ocasiones, por concepto del mismo tributo, es decir en los meses de febrero a abril, el IR provocado en el ejercicio económico del año inmediato anterior, y en julio y septiembre el anticipo de lo que se espera generar de IR del año en curso, dividido en dos cuotas del 50% del total resultante de la aplicación de las formulas respectivas (...).”

6.1.7.2.- Del contenido de la *ratio decidendi*, la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en Quito, centró su decisión en el artículo 41 numeral 2 literal b) de la Ley de Régimen Tributario Interno (Registro Oficial No. 209. Suplemento del 8 de junio de 2010), para negar la demanda propuesta por la economista Marianela Berrazueta, en su calidad de administradora y representante del condominio Ciudad Comercial El Recreo.

6.1.7.3.- Destacando que la Litis se trabó respecto a si la Sociedad Comercial el Recreo, como sujeto tributario debía declarar el Impuesto a la

Renta anual, así como su respectivo anticipo a la Renta por ese período, para lo cual es importante determinar lo dicho por el órgano jurisdiccional de instancia, en el CONSIDERANDO SEXTO, MOTIVACIÓN SOBRE EL FONDO, numeral 6.4. i) Que la actora de la presente causa, según su declaración de impuesto a la renta no gravó impuesto a la renta y que esto no quiere decir que esté exonerada del impuesto a la renta; y, ii) Que no está excluida de declarar el anticipo del impuesto a la Renta ya que este no se rige sobre el resultado económico del ejercicio sino tiene como base el cálculo del patrimonio, los activos con sus respectivas exenciones según el ramo, los ingresos, costos y gastos; de allí que, del proceso no se evidencia que Sociedad Comercial el Recreo esté exonerada de declarar o pagar el anticipo del impuesto a la renta.

6.1.7.4.- Es importante para esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario manifestar que para el año fiscal 2012, de conformidad con el artículo 41, numeral 2, literal b) de la Ley de Régimen Tributario Interno (Registro Oficial No. 209. Suplemento del 8 de junio de 2010), establece que las personas naturales y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad y las sociedades podían realizar el pago del anticipo al impuesto a la renta sobre la base de la declaración del Impuesto a la Renta, de conformidad a las siguientes reglas: *Un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros: -El cero punto dos por ciento (0.2%) del patrimonio total. - El cero punto dos por ciento (0.2%) del total de costos y gastos deducibles a efectos del impuesto a la renta. -El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del activo total. - El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del total de ingresos gravables a efecto del impuesto a la renta*; como se evidencia, para el año fiscal 2012, quienes debían pagar el anticipo al impuesto a la renta, debían acogerse a las rubros descritos. Así mismo, registrar en su respectiva declaración de impuesto a la renta correspondiente al ejercicio fiscal anterior -2011-, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente -2012. Es decir que la norma denunciada es la norma que se debía aplicar dentro del presente caso al corresponder a un Sociedad: “La Ciudad Comercial El Recreo” que estaba obligada a presentar declaración del impuesto a la renta y al correspondiente anticipo del mismo para el año 2012, razón por la cual el Tribunal A quo aplica la norma en mención para resolver el presente caso negando la demanda propuesta por el actor con lo cual se determina que no ha existido una aplicación

indebida del Art. 41 numeral 2 literal d) de la Ley de Régimen Tributario Interno en consecuencia, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario no evidencia, que el Tribunal de instancia haya aplicado indebidamente la normativa impugnada, por lo que no procede este alegato del recurrente.

6.1.8.- Con relación a la falta de aplicación del artículo 9 numeral 5 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que refiere a las instituciones de carácter privado sin fines de lucro, cabe indicar y como quedó señalado en los numerales anteriores el fondo del caso, es el pago del anticipo al Impuesto a la Renta para el ejercicio fiscal 2012, mismo que al no ser cumplido por el contribuyente pese a los diferentes requerimientos, la Administración Tributaria de conformidad a su potestad determinadora emitió la respectiva Liquidación de Anticipo de Impuesto a la Renta; procedimiento que se halla contemplado en la Ley de Régimen Tributario Interno como su Reglamento. En tanto la normativa impugnada refiere a las sociedades sin fines de lucro, particular ajeno el tema medular como queda expresado es el pago del anticipo al Impuesto a la Renta por el año fiscal 2012. Por tanto, no procede lo alegado por el casacionista.

6.1.9.- Por lo expresado, *ut supra* esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, concluye que el Tribunal de instancia al negar la demanda propuesta por la economista Marianela Berrazuela, en su calidad de Administradora y representante legal del Condominio "Ciudad Comercial EL RECREO; en consecuencia declarar la legitimidad y legalidad de la Liquidación de Anticipo de Im-

puesto a la Renta No. 172013130156, no vulnera la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, (falta de aplicación e indebida aplicación de la normativa analizada), por las consideraciones previamente señaladas.

VII. DECISIÓN

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

VIII.- SENTENCIA

8.1.- NO CASAR el fallo expedido el 12 de febrero de 2016, las 09h44, por la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en Quito, en los términos señalados en el considerando V de esta sentencia.

8.2.- Sin costas.

8.3.- Actúe dentro del proceso de recurso extraordinario de casación, como Secretaria Relatora la abogada Alejandra Morales Navarrete, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DN-TH-2015-KP.

8.4.- Notifíquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

III

Resolución N°: 086-2017

Recurso N°: 742-2016

Fecha: 8 de febrero de 2017, las 16h05

TEMA: Juicio de excepciones a la coactiva en base al título de crédito emitido en concepto de tasa LMU40-Utilización de espacio público año 2015 (tasa de uso de espacio público aéreo con redes de servicios de audio y video por suscripción, datos y otros servicios de Telecomunicaciones).-

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Gerardo Vlamidir Aguirre Vallejo y Mónica Pricila Vásconez, procuradores judiciales de la Compañía TEVECABLE S.A. comparecen ante la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Quito, y en acción especial instaurada en contra del Municipio de Quito impugnan el procedimiento de ejecución coactiva iniciado por el juzgado de coactivas de dicho Municipio, iniciado en base al título de crédito N° 8457019 en concepto de TASA LMU40-UTILIZACIÓN ESPACIO PÚBLICO AÑO 2015 por el valor de USD \$ 401.419,09. Los excepcionantes consideran que el cobro de la tasa por el uso del espacio aéreo, cables soterrados que tengan relación con redes de servicios de comunicaciones y telecomunicaciones es de competencia exclusiva del Estado central y no del GAD Metropolitano de Quito.- El Municipio demandado sostiene, en lo principal, que la tasa materia de la controversia ha sido fijada en razón del permiso otorgado al excepcionante por el uso y ocupación del espacio público, que es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados.- El Tribunal de instancia rechaza la excepción propuesta por los procuradores judiciales de la Compañía recurrente en contra del procedimiento de la referencia y dispone la continuación del mismo; y, una vez ejecutoriado el fallo, ordena oficiar al funcionario executor para los fines consiguientes.

SÍNTESIS CASACIÓN

Gerardo Vlamidir Aguirre Vallejo y Mónica Pricila Vásconez, procuradores judiciales de la Compañía TEVECABLE S.A. deducen recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Quito; fundamentan el recurso en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos por aplicación indebida del artículo 11 del Código Tributario, porque consideran que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no tiene carácter tributario y porque el proceso coactivo está amparado en una obligación inexistente por falta de ley expresa que establezca la tasa de uso de espacio público aéreo con redes de servicios de audio y video por suscripción, datos y otros servicios de telecomunicaciones, en virtud de haberse derogado la Ordenanza Metropolitana N° 022 relativa a la Tasa LMU 40 por Utilización del Espacio Público y que según el juez de instancia operó desde el siguiente período económico, consecuentemente dicha Ordenanza en el año 2015 si estuvo vigente a la fecha de emisión del título de crédito N° 8457019, de 15 de abril de 2016, que se aparejó al proceso coactivo.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia se refiere a los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador que, entre otros, permiten interpretar cómo debe operar el ordenamiento jurídico tributario y expresa que es criterio

de la Sala que lo dispuesto en el artículo 11 del Código Tributario rige para la entrada en vigencia de los distintos tributos; estima que el recurrente en la fundamentación escrita no menciona cuál o cuáles son las normas de derecho que debían ser aplicadas, por lo que no se ha formulado la proposición jurídica completa e impide a la Sala de Casación efectuar el correspondiente examen de control de legalidad; omisión que no puede suplirla de oficio porque atentaría contra el derecho a la defensa de las partes procesales y la seguridad jurídica, y que pretender incorporarlas en la audiencia de casación es incompatible con el sistema casacional propuesto en el COGEP; que si bien es cierto que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no constituye por esencia un cuerpo jurídico tributario, las disposiciones que guardan relación con la competencia que tienen los Gobiernos Autónomos Descentralizados para establecer tasas, tienen un efecto de orden tributario y, en tal virtud, el análisis sobre la entrada en vigencia de la norma guarda relación con el artículo 11 del Código Orgánico Tributario y por lo mismo es aplicable al ámbito tributario; que el tema de discusión propuesto por la parte recurrente versa sobre la derogación de la Ordenanza que contiene la tasa y el efecto de tal derogación, pero como pretensión casacional no señala como norma no aplicada al presente caso la Primera Disposición Derogatoria de la Ley de Telecomunicaciones, deficiencia que no puede ser remediada por este Tribunal cuya decisión radica en la fundamentación del escrito de interposición del recurso y es el punto en donde se traba la litis casacional. En tal virtud, no casa la sentencia recurrida.

Juicio de excepciones a la coactiva propuesto por la Compañía TEVECABLE S.A. respecto del proceso iniciado por el Juez de Coactivas del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en contra de la Compañía accionante en base al título de crédito N° 8457019 emitido en concepto de TASA LMU40-UTILIZACIÓN DE ESPACIO PÚBLICO AÑO 2015 (tasa de uso de espacio público aéreo con redes de servicios de audio y video por suscripción, datos y otros servicios de telecomunicaciones).

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 742-2016

Jueza Ponente: Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

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

Quito, miércoles 8 de febrero del 2017, las 16h05.-

VISTOS: Composición del Tribunal: La doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueza Nacional, conoce del presente recurso, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012, emitida por el Consejo de la Judicatura. Conocen también la presente causa los doctores Ana María Crespo Santos y José Luis Terán Suárez, Jueces Nacionales, en virtud de la Resolución N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y las Resoluciones N°s 02-2015, 01-2015 respectivamente 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 Dr. Gerardo Vladimir Aguirre Vallejo y la Ab. Mónica Pricila Vásconez Orellana en sus calidades de Procuradores Judiciales de la Compañía TEVECABLE S.A., interponen recurso de casación en contra de la sentencia de 25 de octubre de 2016 a las 10h23, emitida por el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Quito, dentro del proceso especial N° 17510-2016-00241, instaurado en contra del Municipio de Quito, relacionado con la Tasa LMU 40 por Utilización del Espacio Público. La sentencia recurrida dispuso: “rechaza la excepción propuesta por el Doctor Clemente José Vivanco Salvador y Gerardo Vladimir Aguirre Vallejo en calidad de procuradores judiciales de la COMPAÑÍA TEVECABLE SA,

en contra del procedimiento de ejecución coactiva No. 2016-CAJ2.-00726 iniciado por el juzgado de coactivas del municipio del distrito metropolitano de Quito, en base al título de crédito: No. 8457019 en concepto de TASA LMU40-UTILIZACION ESPACIO PUBLICO AÑO 2015 por el valor total de USD \$ 401.419,09. Consecuentemente dispone la continuación del procedimiento coactivo. Ejecutoriado este fallo se ordena oficiar al funcionario ejecutor para los fines consiguientes.- Sin costas.- Notifíquese.”

1.2.- Argumentos del recurrente: El casacionista fundamenta su recurso en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. El casacionista en la fundamentación de su recurso indica: “Para entender el primer cargo de inflexión de la sentencia objeto de casación, es oportuno precisar que nuestra pretensión fue solicitar a los jueces de alzada, acepten nuestra Acción Especial de Excepciones a la Coactiva al considerar que el título de crédito aparejado al proceso [sic] coactivo No 2016-CAJ2-00726, está amparado en una obligación inexistente por falta de Ley expresa que establezca la tasa de uso de espacio público aéreo con redes de servicios de audio y video por suscripción, datos y otros servicios de telecomunicaciones, por lo que pedimos que en sentencia se sirvan declarar la nulidad del Juicio Coactivo No. 2016-CAJ2-00726 iniciado por el Juez de Coactivas del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en contra de TEVECABLE S.A. La pretensión señalada la fundamentamos en el numeral 1 del Art. 316 del Código Orgánico General de Procesos, esto es en la inexistencia de la obligación por falta de Ley que establezca la tasa, en armonía con el numeral 3 del Art. 212 del Código Tributario.”. El recurrente manifiesta que el título de crédito emitido el 15 de abril de 2016 se fundamenta en la Ordenanza Municipal Metropolitana de Quito No. 0022, publicada en el Registro Oficial Suplemento 132 de 14 de abril de 2011, y que el hecho generador de la misma es: “la utilización o el aprovechamiento del espacio público para la instalación de las Redes de Servicio en el Distrito Metropolitano de Quito.”. Más adelante manifiesta que: “Más acontece Señores Jueces que en el Registro Oficial Suplemento No. 439 de 18 de Febrero de 2015 se promulgó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por ende vigente y exile a partir de esa fecha y que es posterior a la Ordenanza Municipal Metropolitana No. 022, cuerpo de Ley en el que expresamente PROHÍBE A LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS ESTABLECER tasas por el uso de espacio aéreo regional, provincial y municipal vinculadas a transmisiones de

redes de radiocomunicación o frecuencias de espectro radioeléctrico y en la Primera de las Disposiciones Derogatorias deroga a todas las disposiciones contenidas en Reglamentos, Ordenanzas y demás normas que se opongan a la citada Ley.”. De la misma forma y en el mismo sentido manifiesta que el 7 de octubre de 2015 se publicó en el Registro Oficial N° 603 de 7 de octubre de 2015 el Acuerdo Ministerial N° 41 expedido por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, en cuyo artículo 2 señala que: “De igual manera, acorde a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, los Gobiernos Autónomos Descentralizados no podrán establecer tasas por concepto de despliegue de cableado aéreo o soterrado.”. En virtud de lo expuesto, arguyen que: “Es evidente Señores jueces que la Ordenanza Municipal Metropolitana de Quito, sus disposiciones que se oponen a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en especial al hecho generador de la tasa y fijación del valor de la citada tasa por uso de espacio público aéreo por despliegue de cableado aéreo para brindar servicios de transmisión de audio y video por suscripción se ENCUENTRAN TÁCITAMENTE DEROGADAS lo cual guarda absoluta armonía con lo dispuesto en el Art. 37 y 38 del Código Civil. Consecuentemente nuestra alegación de que el Título de crédito aparejado al proceso coactivo antes singularizado está amparado en una obligación inexistente por falta de Ley expresa que establezca la tasa de uso de espacio público aéreo con redes de servicios de audio y video por suscripción, datos y otros servicios de telecomunicaciones, está plenamente justificado y EXPRESAMENTE ACOGIDO Y ACEPTADO POR LOS JUECES DE ALZADA EN SU SENTENCIA, quienes en el CONSIDERANDO CINCO, NUMERALES 5.4.2 Y 5.4.3. [...]”. en lo relacionado al señalamiento de cómo se configura la causa casacional denunciada, la parte recurrente sostiene: “[...] resulta muy claro que el primer YERRO de la sentencia cuestionada, en la que los jueces de alzada INCURREN EN UNA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 11 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, en razón de que si bien es cierto en el CONSIDERANDO CINCO numeral 5.4.3. aceptan y declaran que la ORDENANZA METROPOLITANA DE QUITO No. 022 SU DECLARATORIA OPERÓ DESDE EL SIGUIENTE PERÍODO ECONÓMICO, consecuentemente en el año 2015 si estuvo vigente fecha en la que se emite el título de crédito No. 00008457019 de fecha 15 de Abril de 2016 y con el cual se aparejó al proceso coactivo No. 216-CAJ2-00726, más con fundamento

en una aplicación indebida del Art. 11 del Código Tributario rechazaron nuestra demanda. [...] Señores jueces esa aplicación indebida del Art. 11 del Código Tributario los lleva a los jueces inferiores a emitir una sentencia en que rechazan nuestra demanda, al considerar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se trata de una Norma Tributaria o que se refiere a tributos, lo cual es no acertado, por el contrario la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su Reglamento regulan al sector de las Telecomunicaciones y en este ámbito delimita facultades o potestades administrativas, más no tributos CONSECUENTEMENTE NO ES APLICABLE A ESTE CASO EL ART. 11 del Código Tributario.”-----

1.3.- Actuaciones de sustanciación casacional:

En la sustanciación del presente recurso de casación se han realizados las siguiente actuaciones procesales: **1.3.1.- Admisibilidad:** Mediante auto de admisibilidad de 19 de diciembre de 2016 a las 15h35, el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, admite el recurso de casación por el cargo planteado en función del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. **1.3.2.- Sorteo de la causa:** De conformidad con el acta de sorteo suscrita por la Secretaria Relatora de esta Sala Especializada realizada el 23 de diciembre de 2016, y que consta a foja 8 del expediente de casación, se ha radicado la competencia en este Tribunal integrado por las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia en calidad de Jueza Ponente y Ana María Crespo Santos en calidad de Jueza Nacional y Dr. José Luis Terán Suárez en calidad de Juez Nacional. **1.3.3.- Convocatoria a audiencia:** De conformidad con lo que dispone el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, esta Sala Especializada, mediante auto de 30 de diciembre de 2016 a las 09h26, convocó a la audiencia que se llevó a cabo el día martes 31 de enero de 2017 a las 10h00, en el segundo piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia.-----

II.- CONSIDERACIONES DE 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, 269 del Código General de Procesos 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 a esta clase de impugnaciones, y no existe nulidad alguna que declarar. ---

2.3.- Audiencia: En cumplimiento del auto de 30 de diciembre de 2016 a las 09h26, se llevó a cabo la audiencia casacional, en el segundo piso del Edificio de la Corte Nacional de Justicia. En la Audiencia participaron: Por la parte Recurrente el Dr. Aguirre Vallejo Gerardo Vladimir, con matrícula del Foro de Abogados N° 17-1996-56, y por la parte demandada la Ab. Vásconez Soria Virna Jeannet y Dr. Proaño Durán Marco Antonio con matrícula del Foro de Abogados N° 17-2009-199 y 17-1998-87 respectivamente. **2.3.1.- De la intervención de las partes:** De conformidad con el Acta Resumen, que consta de foja 13 a 15 del expediente se indica que el Recurrente en su primera intervención ha manifestado lo siguiente: “Efectivamente TEVECABLE S.A. presentó un recurso de casación con fundamento en el caso 5 del art. 268 del COGEP esto es por la aplicación indebida de normas de derecho sustantivo específicamente del art. 11 del Código Tributario. El título de crédito fue fundamento del proceso coactivo tenía su fundamento a su vez en la ordenanza 22 que establecía una tasa por el uso de espacio público por el despliegue de cables para dar servicios de telecomunicaciones entre esos video de audio y suscripción como lo da mi representada.”. En cuanto a la primera intervención de la Administración Tributaria, la referida acta señala que ha indicado que: “El recurrente ha establecido en su recurso de casación el [sic] considera que existe una aplicación indebida del art. 11 en referencia a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones más allá de considerar que la sentencia no tiene la debida motivación en lo que se refiere principalmente a la derogatoria de que señalan los art. 543 que ha citado el recurrente creo que la aplicación del art. 11 del Código Tributario no se refiere a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sino a las normas y disposiciones que contiene la ordenanza 22, esta ordenanza 22 está vigente desde el año 2011 regula el uso del espacio público, de hecho en su hecho generador que consta que regula parte de temas administrativos la aplicación y la creación de la tasa por este uso de espacio público dice que el hecho generador de la tasa constituye la utilización o el aprovechamiento del espacio público para la instalación de redes.”. **2.3.2.- De la réplica de las partes:** De conformidad con el acta resumen la parte recurrente en uso de su derecho a la réplica señaló lo siguiente: “Esto no se trata de atentar contra las



competencias municipales no se trata en absoluto, por supuesto que pueden regular el espacio aéreo pero para qué, para servicios que no tengan nada que ver con telecomunicaciones ni con energía eléctrica porque también es del gobierno central tampoco pueden ellos entrar a regular eso, no se está atentando contra ninguna competencia lo que simplemente si exigimos respeto a las normas que me he referido y la correcta aplicación de las mismas a lo que se contrae el recurso de casación.”. Por su parte la Administración Tributaria en su réplica señaló que: “Recordemos que la excepción que el propuso [sic] en el juicio de excepciones fue inexistencia de la obligación por falta de ley en base a eso si revisamos la parte resolutive de la sentencia dice que el actor no ha justificado la excepción osea nunca justificó que no haya ley en este caso la ordenanza es la ley que establece la tasa que permite al Municipio de Quito exigir el pago de este valor por el concepto de uso y espacio del uso del espacio público.”

2.3.3.- De la pregunta realizada por la Dra. Ana María Crespo: La integrante del Tribunal de casación, Dra. Ana María Crespo formuló a la parte recurrente la siguiente pregunta: “[...], yo quisiera conocer si es que usted realizó alguna consignación de la cantidad de la deuda intereses y costas, realizó previo al planteamiento del juicio de excepciones, si realizó la consignación en dónde” La respuesta del recurrente fue la siguiente: “Por supuesto que sí señora Jueza se hizo la consignación ante el propio Juez de coactivas en cumplimiento con expresa disposición del COGEP se ha consignado con la suma del dinero que era el título más los intereses generados a la fecha”. La Dra. Crespo formuló su repregunta de la siguiente forma: “Ante el Juez de coactivas?”. A la repregunta formulada el recurrente contestó: “Así es.”. La Jueza preguntó: “¿Con que finalidad?”, a lo que la parte recurrente contestó: “Fue la finalidad de cumplir con el objetivo de suspender el proceso coactivo por que se estaban dictando medidas cautelares de retención de fondos obviamente con todas las facultades que tiene el Juez de Coactivas se procedió a la consignación.”

2.3.4.- Formulaciones adicionales propuestas por la parte recurrente: Dentro de los argumentos que el abogado patrocinador de TEVECABLE S.A. ha sostenido en la audiencia de casación llama la atención de esta Sala Especializada lo siguiente: “El título de crédito que fue fundamento del proceso coactivo tenía su fundamento en la ordenanza veintidós ¿Qué es la ordenanza veintidós? La ordenanza veintidós establecía una tasa por el uso de espacio público por el despliegue de cables para dar servicio de telecomunicaciones entre esos de video au-

dio y suscripción como lo da mí representada, ese era el sustento de ese tributo por el año 2015, más la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que se promulgó en febrero del año 2015 posterior a la ordenanza, derogó tácitamente a todas las disposiciones que estén en contraposición a ese cuerpo normativo, y ¿qué disponía la Ley Orgánica de Telecomunicaciones?, que todo el sector de las Telecomunicaciones su regulación, su control, fijación de tasas estaba a cargo del gobierno central por lo tanto le quitaba a los GADS municipales la facultad de establecer tasas por el uso de ese espacio público, y en la primera de las Disposiciones Derogatorias del cuerpo al que me he referido dice que todas las disposiciones contenidas en Ley, resoluciones, normas y ordenanzas quedarán derogadas, entonces aplicamos el artículo 36 del Código Civil que habla de que aquellas disposiciones que no guarden armonía con la norma principal quedan tácitamente derogadas. Esta comprensión de la derogatoria tácita sí fue aplicada por los jueces ad-quem [sic] porque efectivamente en el numeral 5.4.3. dicen si por lo tanto la derogatoria operó desde el siguiente período económico, pero aquí incurren en una indebida aplicación del artículo 11 porque la Ley Orgánica de Telecomunicaciones bajo ningún concepto es una Ley Tributaria, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones bajo ningún concepto contiene disposiciones reformativas o la extinción de tasas, por el contrario, la Ley Orgánica de la Telecomunicaciones lo que hace es regular, controlar todo el ámbito de las telecomunicaciones y como ustedes conocen, es un sector estratégico de competencia exclusivamente [sic] del gobierno central. Pero los jueces A-quem [sic] interpretan perdón aplican indebidamente el artículo 11, por eso dicen, sí operó la derogatoria de la ordenanza municipal 22, pero como tiene una tasa que se fija anualmente, sus efectos rigen para el siguiente ejercicio fiscal, y por eso ellos llegan a esta determinación del considerando 4.5.3. que dice: la derogatoria operó desde el siguiente período económico, tal como lo dice el artículo 11 del Código Tributario, si es que efectivamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que derogó a la ordenanza 22 fuera una Ley tributaria, tendrían plena razón los jueces de decir al siguiente año surte sus efectos, pero no y para ello le pido nuevamente a usted e de la venia para leer el artículo 1 y 2 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para establecer que no es una Ley Tributaria. [...] <artículo 1 Esta Ley tiene por objeto desarrollar, el régimen general de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado que comprende las potestades de administración, regulación, control y gestión en todo el

territorio nacional, bajo los principios y derechos constitucionalmente establecidos. [...] Artículo 2 inciso primero: La presente Ley se aplicará a todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones [...] > consta entonces señores jueces que el ámbito de la Ley Orgánica de telecomunicaciones, no es una Ley Tributaria, no es una Ley que crea o modifica tasas o tributos o contribuciones especiales, es un regulador del sector de las telecomunicaciones, y en su artículo 104, en su inciso final va a establecer la derogatoria de la ordenanza 22 se establece que los Gobiernos Autónomos Descentralizados no podrán establecer tasas, por el uso del espacio aéreo regional, provincial o municipal vinculadas a transmisiones de redes de radiocomunicación o frecuencias del espectro radioeléctrico es decir cubre todo el ámbito de las telecomunicaciones dentro de los cuales están los servicios de audio y video por suscripción, este hecho que también lo analizan los jueces A-quem [sic] tiene coherencia también las políticas emitidas con el gobierno central, porque es el que tiene la potestad de regulación de las telecomunicaciones, y es así que ellos emiten el Acuerdo Ministerial, emiten un Acuerdo Ministerial que aclara aún mucho más el tema, que está publicado en el Registro Oficial N° 603 de 7 de octubre de 2015, en cuyo artículo 2 con la venia de ustedes jueces dice: De igual manera acorde a la sentencias emitidas por la Corte Constitucional los Gobiernos Autónomos Descentralizados no podrán establecer tasas por concepto de despliegue de cableado aéreo o soterrado. Si me he permitido dar lectura a estas normas es porque precisamente, el objeto de la casación va hacia la parte contundente que por un lado los jueces A-quem si reconocen que operó la derogatoria tácita de la ordenanza 22 que fija como hecho generador de uso del espacio público con el despliegue de redes de cables, pero no es menos cierto que rechazan la demanda porque aplicaron indebidamente el artículo 11 del Código Tributario al considerar que la Ley de Telecomunicaciones es Tributaria, rechaza la demanda porque dice que tiene sus efectos el próximo año. Aquí el motivo concreto de nuestro recurso de casación, indebida aplicación del artículo 11 del Código Tributario, en virtud del cual los llevó a los jueces a estimar que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que derogó la ordenanza 22 era tributaria, lo cual no es así. Finalmente señores jueces, permítanme manifestar que la sentencia emitida por los jueces inferiores no fue objeto de casación por parte del Municipio, lo que quiere decir que están conformes con el total contenido de

aquel fallo, es decir, que están conformes con que efectivamente operó, la derogatoria de la Ordenanza 22 pero que sus efectos por aplicación según los jueces inferiores del artículo del Código Tributario surten efecto a partir del siguiente periodo fiscal año 2016. ¿Cuál era el título que se impugnaba? Era el del año 2010 pero ellos estimaron que en el 2015, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, si estaba todavía vigente la Ordenanza Municipal. ¿Qué normas debieron haberse aplicado señores Jueces? El artículo 36, el artículo 37 del Código Civil que tratan de la figura de la Derogatoria tácita. Por estas consideraciones, por estarse demostrando en forma técnica que efectivamente se ha incurrido en el caso 5 del artículo 268 del COGEP solicito a ustedes que casen la sentencia, declaren la aplicación indebida del artículo 11 del Código Tributario, y en su efecto emitan la sentencia que corresponda. Nuestro recurso señores jueces no pretenden de modo alguno poner en tela de duda o limitar las competencias que los Gobiernos Autónomos Descentralizados tienen derecho pero si pedimos que en un marco a la seguridad jurídica se respeten las normas de la forma como lo he expresado, gracias señores jueces". (El resaltado nos pertenece), (referencia minuto 12:01 a 21:29). Sobre lo planteado esta Sala se pronunciará más adelante en esta sentencia.-----

2.4.- Sobre el afianzamiento: En el presente caso esta Sala Especializada debe indicar que a pesar de que este es un caso de excepciones a la coactiva, este no ha sido remitido en consulta a la Corte Constitucional para que analice la constitucionalidad de las normas relacionadas a este tipo de juicios contenidas en la Ley de Fomento Ambiental, puesto que este proceso ha sido tramitado de conformidad con las normas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.-----

2.5.- Determinación de los problemas jurídicos a resolver: La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia examinará si la sentencia sujeta al análisis casacional por el legitimario tiene sustento legal y para ello es necesario determinar cuáles son los fundamentos que se plantean dentro del recurso: -----

2.5.1.- Problema jurídico: De la fundamentación realizada por escrito en la interposición del recurso de casación, así como de las exposiciones presentadas en la audiencia celebrada, esta Sala Especializada determina que el problema jurídico a ser resuelto en este caso es el siguiente: -----

a) ¿En La sentencia de instancia, se configura el vicio contenido en el caso quinto del artículo 268



del Código General de Procesos por aplicación indebida del artículo 11 del Código Orgánico Tributario, en virtud de que a criterio del recurrente, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no constituye una norma de carácter tributaria a la que se le deba aplicar el presupuesto legal establecido en el referido Código Tributario?-----

III. CONCEPTOS PREVIOS CASACIONALES

3.1.- La Casación: Previo a abordar el vicio denunciado a la luz del caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos, planteado por la parte actora, es menester iniciar estableciendo ciertos hitos necesarios para conceptualizar las características generales de la casación planteándonos la siguiente pregunta: ¿Qué es la casación? Dentro de la doctrina autorizada, Hernando Devis Echandía en su obra *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil* pág. 797, al referirse al recurso de casación manifiesta que: “*Se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión del juicio.*”, así mismo, Luis Armando Tolosa Villabona en su obra *Teoría y Técnica de la Casación* pág. 39, señala que: “[...] *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 (Corte Suprema de Justicia en Colombia, o Tribunal de Casación o Corte de Casación en otros ordenamientos) con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que contienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales.*”. Partiendo de estas citas doctrinarias, es claro que el recurso de casación tiene la característica de un recurso extraordinario en virtud de que únicamente puede ser propuesto por los motivos expresamente establecidos en la Ley, así pues en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece taxativamente en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, cinco casos sobre las cuales se puede proponer el recurso de casación, fuera de las cuales no se puede aceptar la existencia de alguna adicional. En materia Tributaria, el recurso de casación fue introducido en el título III del Libro Tercero del Código Tributario publicado en el Registro Oficial 958 de 23 de diciembre de 1975, en donde se establecía que el recurso sería interpuesto ante un Tribunal de Casación constituido por Magistrados de las Salas que

no hubiesen conocido la causa. La competencia para conocer la Casación por parte de los Tribunales Distritales tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 1993, cuando se expidió la Codificación de la Constitución Política de la República, en cuyo Disposición Transitoria Décima Séptima dispuso que “*El recurso de casación previsto en el Título III, del Libro Tercero, del Código Tributario (artículos 328 a 335) será interpuesto, a partir de la fecha de la vigencia de estas reformas constitucionales, para ante la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.*”. Así mismo el artículo 21 de la Ley de Casación publicada en el Registro Oficial 192 de 18 de mayo de 1993, derogó en forma total el Título Tercero del Código Tributario. Hay que destacar que a partir del 20 de Mayo de 2016, en el Ecuador entró en vigencia el Código General de Procesos que derogó la Ley de Casación y demás normativa procesal ecuatoriana, estableciendo un nuevo sistema de sustanciación de juicios a través del Sistema Oral, en donde la Casación tuvo variantes respecto a su forma de sustanciación y resolución de los casos establecidos en el artículo 268, estableciéndose de este modo la casación que se encuentra vigente hasta nuestros días. Finalmente hay que también considerar que el recurso de casación tiene como objetivo 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. (Ver. Citado por A. MORELLO, en *La Casación, Un modelo Intermedio Eficiente*, Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. pág. 71). -----

3.2.- Principios Constitucionales Tributarios.- Los principios tributarios constitucionales son normas de Derecho fundamental, cuyo efecto de irradiación permiten interpretar cómo debe operar el ordenamiento jurídico tributario. En el Ecuador, el régimen tributario se erige principalmente en los principios establecidos en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador, de los cuales, a criterio del Dr. José Vicente Troya Jaramillo, “*se deduce la intención distribuidora de la imposición.*” (José Vicente Troya Jaramillo, *LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, ESTADO, DERECHOS E INSTITUCIONES*, Corporación Editorial Nacional, Quito, 2009, pág. 325) intención que constituye uno de los mecanismos para el cumplimiento de los fines del Estado

Constitucional de derechos y justicia, social es decir la garantía del cumplimiento de prestaciones sociales. Robert Alexy señala que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida precisa de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” En este sentido los principios constitucionales que regentan el régimen tributario, deben constituir el pilar fundamental en la redacción de las Leyes Tributarias, así como en las decisiones que toman las administraciones tributarias a través de sus actos administrativos y en la prestación de sus servicios. Sin embargo no hay que perder de vista que los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria, contemplados en el artículo 300 de la Constitución de la República no constituyen los únicos principios aplicables al régimen tributario, pues no hay que perder de vista que al definir la Constitución de la República al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia, social, los derechos prestacionales establecidos a lo largo de la Carta Fundamental de la República son de inmediato cumplimiento, y así pues al existir a lo largo de la constitución muchos otros principios de aplicación a los derechos de las personas éstos también pueden ser aplicados a los casos tributarios en particular, como por ejemplo el principio de solidaridad cuya complejidad de concepción llega a tal punto que la Corte Constitucional Colombiana lo ha definido de forma general como: “un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios” (Sentencia C-459/04, 11 de mayo de 2004). En este sentido dejamos sentados que a lo largo de la Constitución de la República existen otros principios que guardan relación con el sistema impositivo. En este mismo orden de ideas Dino Jarach indica que: “Deben considerarse como principios de la imposición aquellos postulados que se asumen como limitadores u orientadores de las decisiones

estatales en cuanto a la adopción de determinados impuestos y su configuración.” (Dino Jarach, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 299). Así pues sin descartar otros principios constitucionales, los establecidos en el artículo 300 de la Constitución son por esencia los que mayor vinculación guardan con el sistema tributario ecuatoriano, en sí y creemos oportuno desarrollarlos de forma muy sucinta a continuación. El **principio de generalidad**, establecido en primer lugar en el artículo 300 de la Constitución, implica que todas las personas deben tributar, y en este sentido guarda especial concordancia con lo que dispone la regla contenida en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República que establece en su parte pertinente que todas las personas gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Para Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, “Casi todas las aproximaciones doctrinales efectuadas sobre el principio de generalidad -<todos contribuirán...>- han tenido en cuenta las relaciones del mismo con otros principios informadores del tributo, destacando los de legalidad, capacidad económica e igualdad. Así tenemos que respecto al principio de legalidad, la generalidad traduciría los propios fines de la ley (la voluntad general de ésta) entendida como regulación abstracta o general de situaciones jurídicas que, de hecho, pueden resultar diversas. En conexión con los principios de igualdad y capacidad económica, la generalidad equivaldría a la prohibición de discriminaciones o privilegios en materia fiscal [...]”. (Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, Lecciones de Derecho Tributario, IUSTEL, Madrid, 2010, pág. 79). Carlos Giuliani Fonrouge señala que: “Como derivación del principio de igualdad menester que los tributos se apliquen con generalidad, esto es, abarcando integralmente las categorías de personas o de bienes prevista en la ley y no una parte de ellas. Quiérese significar con ello, que no deben resultar afectadas personas o bienes determinados singularmente, pues en tal supuesto los tributos adquirirían carácter persecutorio o de discriminación odiosa. Dicho en otros términos. <el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del crédito fiscal debe ser sujeto del impuesto> [...]”. Como podemos apreciar este principio es complejo al momento de definirlo de forma aislada y su alcance abarca también otros mandatos de optimización (como el de legalidad, capacidad económica e igualdad) los cuales estudiados de forma integral nos permiten encontrar su alcance y



límites al momento de interpretarlo dentro del contexto Tributario. En lo referente al **principio de progresividad** implica que el Tributo exigido debe guardar consonancia con la capacidad del obligado para pagarlo. Para Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora “supone que la contribución que debe hacer un sujeto a medida que aumenta su capacidad económica, debe resultar mayor en términos relativos al propio incremento de su riqueza. Se trata de que el resultado en términos de contribución haya aumentado en proporción superior al propio aumento de la capacidad económica objeto del gravamen.” (Para Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, Lecciones de Derecho Tributario, IUSTEL, Madrid, 2010, pág. 84). En definitiva este principio tiene como propósito que en sistema tributario ecuatoriano, mientras mayor capacidad contributiva tenga una persona mayor deberá ser la tarifa su tributo, y en la práctica se lo puede ver reflejado en las fórmulas de cálculo del Impuesto a la Renta. Este principio guarda consonancia con la regla contenida al final del primer párrafo del artículo 300 que dispone: “Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.”. El **principio de eficiencia** se traduce básicamente en “dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento, en la forma cantidad y calidad y con los medios y recursos resultan idóneos para la gestión.” (Roberto Dromi, Derecho Administrativo 11ª Edición, Editorial Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, pág. 236). A este principio se lo puede ver desde varias dimensiones, una de ellas es en la creación y diseño de las normas tributarias otro en cuanto a la recaudación de tributos. En lo que tiene que ver con la recaudación de tributos se relaciona a que los impuestos sean recaudados con el menor costo posible tanto para la administración como para el contribuyente, mientras que en el diseño del tributo lo que se busca es que el impuesto no provoque distorsiones en las condiciones socio-económicas de los contribuyentes. El principio de eficiencia se acerca mucho al principio de economicidad que propugnaba Adam Smith que buscaba evitar el vicio de: “la existencia de un gran número de funcionarios y empleados en el servicio de recaudación, y el posible beneficio de ellos, lo que implica un impuesto adicional sobre los contribuyentes, posible obstrucción de la industria y desaliento de la gente a emprender ciertas ramas de negocios que hubieran podido dar por mantenimiento y empleo a grandes multitudes [...]” (Dino Jarach, Abeledo Perrot, Buenos, Aires, 1996, págs.

8-9). Así mismo, Adam Smith consideraba que el principio de economicidad tenía como propósito que: “Todo impuesto debe ser recaudado de manera tal de quitar y mantener fuera de los bolsillos de la gente la menor cantidad posible por encima de la suma que ingresa al tesoro estatal.” (Dino Jarach, Abeledo Perrot, Buenos, Aires, 1996, págs. 8-9). El principio de **Simplicidad administrativa**, proviene esencialmente de los principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal. Agustín Gordillo señala que: “Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio del informalismo en favor del administrado, y que deben ser interpretados en forma congruente con él: No podrá, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que impliquen hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa; sólo cuando se han realizado las etapas sustanciales del procedimiento y satisfecho plenamente la defensa del interesado, cabe a la autoridad resolver rápida y simplemente: Pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces evidentemente estos principios no son de aplicación, y debe procederse cuidadosamente a producir la prueba necesaria, etc.”. Por su parte Roberto Dromi destaca que: “los mecanismos de la reducción de la complejidad pasan por la revisión de las estructuras y la reformulación de las normas para simplificar el acceso administrativo a la cosa pública y facilitar el vínculo comunicacional de la decisión del poder con el obligado o beneficiario por ella.” (Roberto Dromi, Derecho Administrativo 11ª Edición, Editorial Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, pág. 208). En el contexto tributario este principio tiene como propósito facilitar a los contribuyentes medios sencillos para realizar tanto sus trámites administrativos cuantos sus declaraciones. Así mismo, este principio también irradia el espectro de creación de normas de fácil comprensión para los administrados y la concreción de los sistemas internos y externos de control de la Administración Tributaria. Es claro que mientras menos complejo sea el sistema tributario más fácilmente los administrados pueden cumplir con sus obligaciones y a la administración realizar los correspondientes controles. El **principio de irretroactividad** se conjuga por esencia al principio de legalidad y se lo puede resumir en el hecho de que las normas tributarias rigen hacia el futuro. Dino Jarach señala que “se entiende este principio como lógica consecuencia del propósito fundamental de la

legalidad, esto es que los hombres en ejercicio de su libre actividad económica se ajusten a un marco de derecho que les garantice las reglas del juego (the rule-of-the-games) como sostiene el Profesor Hayek en el capítulo que se refiere al imperio del derecho, en su libro "The road to serfdom.". Sobre este principio Aristides Horacio M. Corti en su ensayo "Retroactividad impositiva y Derechos Constitucionales, parafraseando a Dina Jarach dice que: "Si nos remontamos al significado político-constitucional de este principio como garantía de los derechos individuales y especialmente del derecho a la propiedad y de acuerdo también a lo expresado por ilustres escritores de la Revolución Francesa y del movimiento tendiente al Estado de derecho los impuestos deben ser ciertos y establecido por Ley, no solo para que exista una garantía formal, sino también para que los actos económicos de los hombres puedan registrarse conociendo las reglas del juego... es decir, que los ciudadanos, cuando realizan un acto de su vida económica, saben cuáles son las consecuencias que deben esperar" y añade que <Interpretando a la luz de este fundamento, el principio de legalidad significa que no solo el impuesto debe ser establecido por ley, sino que ésta debe ser pre-existente a los hechos que van a ser considerados como imponibles." (Aristides Horacio M. Corti; Retroactividad impositiva y derechos constitucionales; en Revista Jurídica Argentina La Ley Revista Impuesta Derecho Tributario Doctrinas Esenciales Tomo I, Buenos Aires; 2010, págs. 311-312). El **principio de equidad** constituye un concepto más avanzado que el principio de igualdad, pues el segundo no hace diferencias entre las personas mientras que el primero toma en consideración las diferencias que pueden existir entre ellas. Osvaldo Soler nos dice que "la equidad de un sistema impositivo apunta a resolver la necesidad práctica de que los impuestos no sean rechazados por aquellos que deben pagarlos. Los tributos inequitativos provocan el fenómeno de la resistencia fiscal, la que puede traducirse en evasión y hasta en revolución como la historia nos enseña al explicarnos los orígenes de las revoluciones americana y francesa. La equidad implica que cada contribuyente debería aportar su justa parte para colaborar en el sostenimiento de los gastos públicos.". Por su parte Roberto Dromi señala que: "La igualdad no sólo debe ser legal; es necesaria la equidad administrativa plasmada en la realidad, que es, ante todo, la igualdad de oportunidades y la ausencia de cualquier tipo de discriminación. [...] La equidad administrativa es un principio aplicable a todas las actuaciones estatales. Por ello se ha hablado de la racionalidad de la

desigualdad, cuando la actividad administrativa ha dotado tratamientos distintos a supuestos en esencia idénticos. Así el principio de equidad informa el sistema tributario, por el cual el contribuyente responde por los tributos según su capacidad económica.". Roberto Dromi, Derecho Administrativo 11ª Edición, Editorial Ciudad Argentina Hispania Libros, Buenos Aires, 2006, págs. 223-225). El **principio de transparencia** se la puede definir desde dos esferas, la primera dentro de las actuaciones de la administración tributaria, y la segunda en cuanto al contenido de las normas de carácter tributario. En cuanto a las normas de carácter tributario, sean estas leyes, ordenanzas, reglamentos, circulares, etc., deben ser claras y precisas, es decir entendibles y que no causen incertidumbre a los contribuyentes. En lo relativo a la transparencia dentro de la administración tributaria, los procedimientos que se implementen deben ser puestos en conocimiento de los administrados para que puedan ejercer su derecho a defensa, así como la información que posea la administración debe ser pública y disponible para todas las personas, claro está con ciertas limitaciones que la misma Ley dispone que debe ser guardada bajo sigilo por ser calificada como privada o reservada. Roberto Dromi indica que: "La transparencia y su derivada, la publicidad de los actos públicos, son valores predicados por la ética pública que deben imperar en todas las facetas y dimensiones de la gestión administrativa estatal o no. La transparencia administrativa exige la concurrencia de ciertos elementos parte y que configuran un concierto de conocimiento, conciencia, comunicación y control. Son tales exigencia una publicidad real, la participación auténtica de los administrados en el quehacer público, la información efectiva de los actos de la Administración, la celebración de audiencias públicas, el libre acceso o ingreso irrestricto a la documentación administrativa, la legitimación colectiva sectorial o supra-individual, en defensa de los intereses comunes de los administrados, la competencia posible, la motivación causada y fundada en todos los actos del poder administrador; las defensas públicas o sociales y el control eficaz de los actos estatales. Todos estos aspectos viabilizan la correcta actuación en el marco del debido proceso adjetivo.". En lo relacionado al **principio de suficiencia recaudatoria**, es necesario señalar que constituye un principio innovador dentro del ámbito constitución al tributario y comprende el hecho que los ingresos provenientes de los tributos asegure el financiamiento del gasto público. A este respecto la Corte Constitucional ecuatoriana ha

señalado que: “[...] se advierte que el mismo se consolida a través de los principios de eficiencia y simplicidad administrativa, lo cual permite que el Estado a través de la administración tributaria, tenga en cuenta siempre que la recaudación de tributos será suficiente para el financiamiento del presupuesto o gasto público. Aquel principio se sustenta en la norma consagrada en el artículo 83 numeral 15 de la Constitución, que establece: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 15) Cooperar con el Estado y en la comunidad social, y pagar los tributos establecidos por la ley”. (Sentencia N° 038-16-SIN-CC de 15 de junio de 2016, caso N° 0010-13-IN). Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí señalado es claro que los principios enlistados en el primer párrafo del artículo 300 son básicos dentro de la estructura de todo el sistema tributario ecuatoriano, sin embargo no hay que descartar otros principios difuminados en el resto de la Constitución ecuatoriana, por ejemplo el de solidaridad dentro del esquema del buen vivir, el de legalidad, seguridad jurídica, capacidad contributiva, no confiscatoriedad, igualdad formal y material, entre otros. Estos mandatos de optimización, permiten analizar el espíritu de las normas tributarias dentro del ejercicio hermenéutico que se realiza al administrar justicia por los órganos jurisdiccionales, es por ello que su importancia es neurálgica al momento de realizar los respectivos controles de legalidad.-----

IV.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1.- Esta Sala Especializada procederá a continuación a realizar el análisis del problema jurídico establecido en el numeral 2.5.1 de esta sentencia el cual se relaciona al caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y en tal sentido se realiza las siguientes consideraciones y análisis. **4.1.1.-** El problema jurídico materia del presente análisis se relaciona al caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos que establece: “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”. **4.1.2.-** La doctrina entiende al vicio contemplado en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos como una violación directa de la Ley, lo que conlleva a que el Tribunal de Casación verifique, a través del respec-

tivo control de legalidad, si el fallo recurrido riñe con el derecho (*error in iudicando*), al comprobarse si sobre los hechos considerados como ciertos en el edicto de instancia, fueron aplicados correcta y de forma debida las normas pertinentes a los mismos. En el presente caso el vicio denunciado es el de aplicación indebida de normas de Derecho. En lo relativo al vicio de aplicación indebida de normas de derecho el autor Tolosa Villabona Luis Armando, (Teoría y Técnica de Casación, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá Colombia, página 359) señala que: “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. Se trata de una sentencia injusta, y el error es error de subsunción o de aplicación. La norma es entendida rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por la norma, haciéndole producir efectos no contemplados en ella”. Frente al referido vicio, la labor del Juez Casacionista es verificar si es que el Tribunal de Instancia ha subsumido a los hechos considerados como ciertos y probados una norma pertinente, tomando claro está en cuenta hechos dados por ciertos en el proceso. En el caso de configurarse el referido vicio, la Sala de Casación estaría en la obligación de casar la sentencia recurrida. **4.1.3.-** Vale señalar también que el vicio que contempla el quinto caso del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos tiene como presupuesto de configuración que el error sea determinante en la parte dispositiva de la sentencia, y esto tiene su razón de ser, por cuanto no siempre un error de aplicación, no aplicación o interpretación de norma va ligado a la *ratio decidendi* de la sentencia, pudiendo ocurrir que en algunas ocasiones estas faltas pueden estar contenidas en las *obiter dicta* de la sentencia recurrida. Teniendo como premisa lo señalado a continuación, dentro del ejercicio de control de legalidad de la sentencia, procederemos a analizar los hechos considerados como probados y ciertos por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida.-- **4.2.- Norma denunciada:** Para iniciar con el análisis que amerita el presente caso, se procederá a transcribir lo que señala el artículo 11 del Código Orgánico Tributario el cual ha sido denunciado por la parte recurrente como aplicado indebidamente: “Vigencia de la ley.- Las leyes tributarias, sus reglamentos y las circulares de carácter general, regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial, salvo que se establezcan fechas de vigencia posteriores a la misma. Sin embargo, las normas que se refieran a tributos cuya determinación o liquidación deban

realizarse por períodos anuales, como acto meramente declarativo, se aplicarán desde el primer día del siguiente año calendario, y, desde el primer día del mes siguiente, cuando se trate de períodos menores.”-----

4.3.- Hechos probados: Como hemos señalado en varios apartados de esta sentencia, el caso quinto de casación, se relaciona a la verificación de la correcta subsunción de las normas aplicadas al caso a los hechos considerados como probados en la sentencia de instancia, por lo tanto, a continuación examinaremos la pertinencia o no de la norma denunciada como aplicada indebidamente, y para ello en primer lugar debemos examinar cuál o cuáles han sido los hechos probados en el proceso y recogidos en la sentencia recurrida. Del fallo de instancia se observa lo siguiente: “CINCO: LA RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN Y LA MOTIVACIÓN: 5.1.- El Art. 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, COOTAD Publicado en el Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de oct del 2010 manifiesta: Funciones.- Son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal las siguientes: c) Establecer el régimen de uso del suelo...; (...) m) Regular y controlar el uso del espacio público cantonal y, de manera particular, el ejercicio de todo tipo de actividad que se desarrolle en él la colocación de publicidad, redes o señalización; en concordancia con el Art. 567 de la misma norma que ordena: <Obligación de pago.- Las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación.>- 5.2.- De su parte la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial Suplemento 439 de 18 de febrero del 2015 al tratar sobre el objeto de esta ley manifiesta: Art. 1.- Objeto.- Esta Ley tiene por objeto desarrollar, el régimen general de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado que comprende las potestades de administración, regulación, control y gestión en todo el territorio nacional, bajo los principios y derechos constitucionalmente establecidos.- En armonía con el art. 7 de la misma ley que al tratar de las competencias expresa: Competencias del Gobierno Central. El Estado, a través del Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones. Dispone del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos

de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, (...) Tiene competencia exclusiva y excluyente para determinar y recaudar los valores que por concepto de uso del espectro radioeléctrico o derechos por concesión o asignación correspondan. Por su parte la Disposición Derogatoria Primera manda que: [sic] 5.3.- Por otro lado la ordenanza No. 0022 de 25 de enero del 2011 publicada en el registro Oficial edición especial No. 132 de fecha 14 de abril del 2011 establece el régimen administrativo de otorgamiento y aplicación de la licencia metropolitana urbanística de utilización o aprovechamiento del espacio público para la instalación de redes de servicio LMU-40, en su capítulo VII trata DE LA TASA DE UTILIZACION PRIVATIVA [sic] O APROVECHAMIENTO DEL ESPACIO [sic] PUBLICO [sic] PARA LA INSTALACIÓN DE REDES DE SERVICIO EN EL DISTRITO METROLOPOLITANO DE QUITO, en sus arts. 22, 23, 24, 25 y 26, establece los elementos de la relación jurídica tributaria: el hecho generador, los sujetos obligados y el procedimiento cobro de la tasa.- 5.4.- Este tribunal de jueces considera **que si bien el actor manifiesta que la ordenanza municipal 022 publicada en el registro oficial No. 132 de 14 de abril del 2011 está derogada tácitamente por la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial Suplemento 439 de 18 de febrero del 2015.**- 5.4.1.- En el supuesto que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones haya derogado la ordenanza municipal 022 tal derogatoria ocurrió el 18 de febrero del 2015, fecha en la que se expidió la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; **sin embargo, la liquidación de LA TASA CUYO COBRO SE PERSIGUE CON LA ORDENANZA MUNICIPAL 022, en su ámbito tributario, rige por períodos fiscales.**- 5.4.2.- Por lo que de conformidad con EL ART. 11 DEL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO publicado en el Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio del 2005 que trata sobre la vigencia de la ley, se manifiesta: “Las leyes tributarias, sus reglamentos y las circulares de carácter general, regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial, salvo que se establezcan fechas de vigencia posteriores a la misma. **Sin embargo, las normas que se refieran a tributos cuya determinación o liquidación deban realizarse por períodos anuales, como acto meramente declarativo, se aplicarán desde el primer día del siguiente año calendario; y, desde el primer día del mes siguiente, cuando se trate de períodos menores**”.- 5.4.3.- Por lo tanto, **la derogatoria operó desde el siguiente período económico; de esta manera en el año 2015 la ordenanza**

municipal 022 estuvo vigente. - Por los argumentos expuestos este Tribunal considera que el Actor no ha justificado la excepción opuesta al procedimiento coactivo de “inexistencia de la obligación por falta de ley que establezca la tasa, prevista en el numeral 1 del art. 316 del COGEP.- SEIS: DECISIÓN: Conforme la motivación antes detallada, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Quito,” (El resaltado nos pertenece).-----

4.4.- Análisis casacional de fondo.- Del texto transcrito en el numeral que antecede se realizan las siguientes consideraciones: **4.4.1.-** El argumento casacional que plantea la parte recurrente ataca la no pertinencia del artículo 11 del Código Orgánico Tributario al caso concreto puesto que a su criterio la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no constituye una norma Tributaria, y que en tal virtud la norma denunciada no era subsumible a los hechos ciertos y probados. **4.4.2.-** En este orden de ideas, es importante señalar que el artículo 11 del Código Orgánico Tributario reviste gran importancia dentro del contexto de la garantía de la seguridad jurídica prevista como derecho constitucional en el artículo 82 de la Constitución y está irradiado por el principio de irretroactividad previsto en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador, al cual nos referimos en el punto 3.2 *ut supra*. Ahora bien en cuanto al alcance del artículo 11 del Código Orgánico Tributario es criterio de este Tribunal que dicha disposición rige para la entrada en vigencia de los distintos tributos. **4.4.3.-** En este punto es importante también mencionar que el argumento casacional planteado por la parte recurrente se refiere únicamente al vicio de aplicación indebida de una norma de Derecho, mientras que en su escrito de interposición del recurso de ninguna forma menciona cuál o cuáles son las normas de Derecho que debían ser aplicadas, de tal manera que el Tribunal de Casación pueda realizar el correspondiente examen de control de legalidad de la actuación del Tribunal de instancia, lo que impide a esta Sala Especializada, en el caso de configurarse el yerro denunciado, aplicar de oficio la norma que corresponda en virtud del principio dispositivo que para Lino Enrique Palacio, es “[...] aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del Juez. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa, disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del <tema decidendum>, aportación de

los hechos y aportación de la prueba.”. (Palacio, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Lexis – Nexis Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 17ª edición, 2003, ps. 62 – 63.). En el presente caso al no haberse planteado en la fundamentación escrita del recurso de casación sobre cuál o cuáles son las normas que debían subsumirse al caso concreto, se evidencia que no existe una proposición jurídica completa, lo cual esta Sala Especializada no se encuentra habilitada para suplirla de oficio, puesto que a pesar de que conforme con el Código Orgánico de Procesos se ha dado una nueva dimensión a la Casación, el suplir la falta de proposición jurídica completa no constituye una cuestión que pueda ser asumida y enmendada por el juez casacional, pues no existe la Casación de oficio, y el realizarlo, implicaría atentar contra el derecho a la defensa de las partes procesales y la seguridad jurídica. En este mismo orden, de ideas es importante señalar que el recurrente durante la audiencia de casación, infringió que en el caso en particular, las normas que debieron aplicarse eran los artículos 36 y 37 del Código Civil (ver transcripción de la intervención del recurrente en la audiencia en el punto 2.3.4 *ut supra*), sin embargo de ello es claro que el artículo 267 del COGEP establece que el recurrente debe fundamentar por escrito entre otras cuestiones al momento de interponer el recurso de casación por escrito, las normas de Derecho que se estima infringidas y la determinación de los casos en que se funda, de esta forma, en la fase de admisión se realiza un análisis de procedencia del recurso, en donde a través del auto de admisión se delimita la *litis* casacional, y sobre la cual el Tribunal que realiza el examen de control de legalidad de la sentencia para resolver el caso. En tal virtud, es evidente que el sistema de casación tiene fases de preclusión procesal, en donde es claro que en la audiencia no se pueden incluir nuevos argumentos casacionales distintos a los propuestos en el escrito de interposición del recurso (mucho menos otras disposiciones a sujetarse a control casacional) y de la misma forma los jueces casacionales están impedidos de pronunciarse sobre lo que no ha sido fundamentado en su momento oportuno. Siguiendo el hilo conductor, el hecho que el recurrente en su intervención en la audiencia de casación haya pretendido incorporar el vicio de falta de aplicación de normas de Derecho para completar la proposición jurídica completa, es incompatible con el sistema casacional propuesto en el COGEP, siendo así, esta Sala Especializada con el propósito de salvaguardar la

seguridad jurídica de las partes procesales está impedida de analizar la nueva pretensión casacional propuesta por el abogado de TEVECABLE S.A., y se ratifica en que la proposición jurídica planteada por este es incompleta, pues no fue fundamentada en el momento procesal oportuno. **4.4.4.-** De todas formas, a pesar de lo indicado esta Sala Especializada atendiendo la pretensión de la parte actora considera, que si bien es cierto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no constituye por esencia un cuerpo jurídico tributario, las disposiciones que guardan relación con la competencia que tienen los Gobiernos Autónomos Descentralizados para establecer tasas, tienen un efecto de orden tributario, y en tal virtud, el análisis sobre la entrada en vigencia de la norma guarda relación con el artículo 11 del Código Orgánico Tributario y por lo tanto es una norma que es aplicable al ámbito tributario, sin embargo vale señalar que el tema de discusión propuesto por la parte recurrente versa sobre la derogación de la Ordenanza que contiene la tasa y el efecto de tal derogación, pero como pretensión casacional no señala como norma no aplicada al caso concreto, la disposición contenida en la Primera Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica

de Telecomunicaciones. Esta deficiencia de ninguna forma puede ser remediada por este Tribunal, puesto que el punto de referencia de la decisión en casación es la fundamentación contenido en el escrito de interposición del recurso, y evidentemente constituye el punto en donde se traba la *Litis* casacional. Sin que sea necesario realizar ningún tipo de análisis adicional, esta Sala Especializada toma la siguiente decisión -----

V.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, en esta sentencia, 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: -----

VI.- SENTENCIA

No se casa la sentencia recurrida. Sin costas. **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.**

ACLARACIÓN

Juicio No. 742-2016

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

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

Quito, jueves 9 de marzo del 2017, las 12h50.-

VISTOS: El Dr. Gerardo Vladimir Aguirre Vallejo, y la Ab. Mónica Pricila Vásconez Orellana en sus calidades de procuradores judiciales de la compañía TEVECABLE S.A., solicitan aclaración de la sentencia dictada por esta Sala Especializada el 8 de febrero de 2017 a las 16h05. Una vez que se ha corrido traslado con el pedido, la Administración Municipal, dio contestación mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2017. En este estado, corresponde a la Sala Especializada pronunciarse, para lo cual realiza las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** El artículo 253 del Código General de Procesos (COGEP) establece que: “La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. [...]”. **SEGUNDO:** En el presente caso, el recurrente señala y solicita lo siguiente: “En el considerando 4.3

relativa a los Hechos Probados, vuestras Señorías dan como un hecho probado y cierto lo indicado por los Jueces Ad-quem [sic] en su sentencia que fue objeto de esta casación, esto es que: <5.4.3.- Por lo tanto, la derogatoria operó desde el siguiente período económico; de esta manera en el año 2015 la ordenanza municipal 022 estuvo vigente (...)> Tan es así que Ustedes también lo dan como un hecho cierto y probado ya que en el Considerando 4.4.4. textualmente señalan: <4.4.4.- De todas formas, a pesar de lo indicado esta Sala Especializada atendiendo la pretensión de la parte actora considera, que si bien es cierto, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no constituye por esencia un cuerpo jurídico tributario, las disposiciones que guardan relación con la competencia que tienen los Gobiernos Autónomos Descentralizados para establecer tasas tiene un efecto de orden tributario, y en tal virtud, el análisis sobre la entrada en vigencia de la norma guarda relación con el artículo 11 del Código Orgánico Tributario y por lo tanto

es una norma que es aplicable al ámbito tributario (...)> 2.- De lo expuesto existe una evidente obscuridad en la sentencia dictada, en el sentido de que si vuestras Señorías dan como un hecho cierto y probado que la derogatoria de la ordenanza municipal 022 operó desde el siguiente período económico, en aplicación del Art. 11 del Código Orgánico Tributario, Ustedes nada dicen que en el año 2016 en virtud de ese hecho cierto y probado la ordenanza estaba derogada aún para efectos del Art. 11 de la norma tributaria citada. De lo indicado y con fundamento en el inciso final del Art. 255 del COGEP, solicitamos con el mayor de los respetos a Ustedes Señores Jueces, se sirvan aclarar su sentencia dictada por con [sic] fecha 8 de Febrero de 2017, las 16H05, con sujeción al punto concreto antes señalado”. **TERCERO:** La Administración Tributaria Municipal por su parte, en su contestación al recurso horizontal planteado, señala que: “[...] el actor, no justifica los motivos de su solicitud de aclaración, además que en el punto 5.4.1. del fallo los jueces A-quem [sic] se establece: <En el supuesto que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones haya derogado la Ordenanza Municipal 022 tal derogatoria ocurrió en 18 de febrero de 2015, fecha en la que se expidió la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)>, por lo que el mismo Tribunal establece claramente que en <el supuesto> que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones haya derogado la Ordenanza Municipal 022, no quiere decir que la misma se halle derogada. De igual manera, la obligación tributaria del año 2016 no es objeto de la presente litis, y cabe señalar enfáticamente que en el punto 4.4.4 de su fallo se establece claramente que <... el tema de la discusión propuesto por la parte recurrente versa sobre la derogación de la Ordenanza que contiene la tasa y el efecto de tal derogación, pero como pretensión casacional no señala como norma no aplicada al caso concreto, la disposición contenida en la Primera Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Esta deficiencia de ninguna forma puede ser remediada por este Tribunal, puesto que el punto de referencia de la decisión en casación es la fundamentación contenido en el escrito de interposición del recurso, y evidentemente constituye el punto en donde se traba la litis casacional (...) Por lo tanto, se puede señalar que el fallo no es obscuro y ha decidido sobre todos los puntos en que se trabo [sic] la litis, por lo que la aclaración que solicita el actor tiene como fin únicamente impugnar lo decidido por la Sala Única del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso, [sic] mas no sustenta que [sic] parte del fallo es obscuro o qué punto controvertido no se resolvió para que opere la aclaración solicitada”. **CUARTO:** Para resolver el recurso horizontal, esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones: **i)** La pretensión del recurrente se enfoca en señalar que la aseveración realizada por este Tribunal en el punto 4.4.4 de la sentencia es obscura en la medida que el hecho considerado como cierto y probado en la sentencia de instancia es que la derogatoria de la Ordenanza 022 operó desde el siguiente período económico. **ii)** La pretensión casacional plasmada en el recurso de casación es que existe una presunta aplicación indebida del artículo 11 del Código Orgánico Tributario al amparo del caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos. **iii)** A lo largo de la sentencia hoy recurrida horizontalmente, esta Sala Especializada ha realizado un estudio de cómo, de acuerdo a la técnica casacional, se configura el vicio de aplicación indebida de normas de derecho, haciendo énfasis en que, cuando se denuncia el vicio de aplicación indebida de una norma se deben observar los hechos considerados como ciertos y probados en la sentencias que se pretenda su casación, de tal modo que esta Sala Especializada se encuentra impedida de cambiar los hechos considerados ciertos y probados durante el proceso por el Tribunal de instancia. **iv)** Lo que el recurrente pretende introducir al proceso, a través del recurso de ampliación planteado, es que esta Sala Especializada se pronuncie sobre el hecho de si la Ordenanza fue o no derogada, cambiando los hechos considerados probados y ciertos por el Tribunal de instancia, lo cual a este Tribunal se le encuentra prohibido en virtud de la esencia del recurso de casación. **v)** Este Tribunal considera que las explicaciones realizadas a lo largo del punto 4.4.4 de la sentencia recurrida, son claras y de fácil comprensión, y no es necesario realizar ningún tipo de aclaración. **QUINTO:** Por las consideraciones expuestas y al no existir nada que aclarar se niega la solicitud presentada por el Dr. Gerardo Vladimir Aguirre Vallejo, y la Ab. Mónica Pricila Vásconez Orellana en sus calidades de procuradores judiciales de la compañía TEVECABLE S.A. **Notifíquese, devuélvase.**-----
f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

cioso, [sic] mas no sustenta que [sic] parte del fallo es obscuro o qué punto controvertido no se resolvió para que opere la aclaración solicitada”. **CUARTO:** Para resolver el recurso horizontal, esta Sala Especializada realiza las siguientes consideraciones: **i)** La pretensión del recurrente se enfoca en señalar que la aseveración realizada por este Tribunal en el punto 4.4.4 de la sentencia es obscura en la medida que el hecho considerado como cierto y probado en la sentencia de instancia es que la derogatoria de la Ordenanza 022 operó desde el siguiente período económico. **ii)** La pretensión casacional plasmada en el recurso de casación es que existe una presunta aplicación indebida del artículo 11 del Código Orgánico Tributario al amparo del caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos. **iii)** A lo largo de la sentencia hoy recurrida horizontalmente, esta Sala Especializada ha realizado un estudio de cómo, de acuerdo a la técnica casacional, se configura el vicio de aplicación indebida de normas de derecho, haciendo énfasis en que, cuando se denuncia el vicio de aplicación indebida de una norma se deben observar los hechos considerados como ciertos y probados en la sentencias que se pretenda su casación, de tal modo que esta Sala Especializada se encuentra impedida de cambiar los hechos considerados ciertos y probados durante el proceso por el Tribunal de instancia. **iv)** Lo que el recurrente pretende introducir al proceso, a través del recurso de ampliación planteado, es que esta Sala Especializada se pronuncie sobre el hecho de si la Ordenanza fue o no derogada, cambiando los hechos considerados probados y ciertos por el Tribunal de instancia, lo cual a este Tribunal se le encuentra prohibido en virtud de la esencia del recurso de casación. **v)** Este Tribunal considera que las explicaciones realizadas a lo largo del punto 4.4.4 de la sentencia recurrida, son claras y de fácil comprensión, y no es necesario realizar ningún tipo de aclaración. **QUINTO:** Por las consideraciones expuestas y al no existir nada que aclarar se niega la solicitud presentada por el Dr. Gerardo Vladimir Aguirre Vallejo, y la Ab. Mónica Pricila Vásconez Orellana en sus calidades de procuradores judiciales de la compañía TEVECABLE S.A. **Notifíquese, devuélvase.**-----
f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ PRESIDENTE; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

IV

Resolución N°: 506-2017
Juicio N°: 09502-2014-0082
Recurso N°: 17751-2017-0057
Fecha: 30 de junio de 2017, las 16H57.

TEMA: Impugnación de resolución que establece diferencia a pagar por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2009.-

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

César Augusto Baquerizo Arosemena, representante legal de la Compañía CONBAQUERIZO CIA. LTDA. comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, e impugna la Resolución N° 109012014RRECO53040 emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, que acepta parcialmente el reclamo administrativo presentado por la Compañía actora y determina una diferencia a pagar de \$ 310.945,07 por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2009. El demandado sostiene que la Administración, al emitir la Resolución impugnada, actuó con apego a la ley, que la notificó dentro del plazo legal y que cumple con los requisitos de forma y contenido de los actos establecidos en el Código Tributario y en la Constitución de la República, por lo que solicita se reconozca en sentencia la validez del acto administrativo en mención.- El Tribunal de instancia luego del análisis pertinente, acoge de modo parcial los informes presentados por los peritos designados en esta causa, deja sin efecto las glosas que han sido justificadas y desvirtuadas por la Compañía actora, y procede a ratificar y confirmar las otras glosas, por no haberse aportado las pruebas de descargo; en tal virtud, declara parcialmente con lugar la demanda y dispone "... que la Administración Tributaria demandada proceda a realizar una nueva conciliación tributaria considerando lo resuelto en el presente fallo ...".

SÍNTESIS CASACIÓN

Juan Miguel Avilés Murillo, Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que condujo a la equivocada aplicación del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación propuesto por César Augusto Baquerizo Arosemena, representante legal de la Compañía CONBAQUERIZO CIA. LTDA. en contra de la Resolución N° 109012014RRECO53040 emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia sostiene que el recurrente no fundamenta la alegación relativa al artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno como consecuencia del error en la valoración de la prueba, pues dicha norma se refiere de modo general a las deducciones en la determinación del impuesto a la renta del sujeto pasivo, que no tiene relación con el argumento del casacionista de que la Sala de instancia ha obviado las normas técnicas contables; que no es suficiente que en la sentencia se configure el vicio directo de la violación probatoria sino que debe producirse necesariamente la violación de la norma de derecho material; y, que la confusión en que incurre el recurrente en el planteamiento del recurso interpuesto, en los fundamentos y en las normas sustantivas



invocadas, provoca que no se cumpla la proposición jurídica completa, ya que no ha demostrado cómo la violación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil ha determinado la equivocada aplicación de la norma sustantiva, circunstancia que por el carácter extraordinario, formal y excepcional del recurso de casación, no puede ser subsanado por la Sala de Casación, en cuya virtud, no casa la sentencia impugnada.

Demanda de impugnación propuesta por César Augusto Baquerizo Arosemena, representante legal de la Compañía CONBAQUERIZO CIA. LTDA. en contra de la Resolución N° 109012014RREC053040, de 30 de junio de 2014, emitida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, que acepta parcialmente el reclamo administrativo presentado por la Compañía en mención, mediante el cual solicita se dé de baja el Acta de Determinación N° 0920130100219 por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2009.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17751-2017-0057

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

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

Quito, viernes 30 de junio del 2017, las 16h57.-

ASUNTO:

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Econ. Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 2016, las 11h07, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio de impugnación No. 095012 201-0082, deducido por el señor César Augusto Baquerizo Arosemena, en calidad de representante legal de la compañía CONBAQUERIZO CIA. LTDA., en contra de la Resolución No. 109012014RREC053040 de 30 de junio de 2014, expedida por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas, que resuelve aceptar parcialmente el reclamo administrativo interpuesto por la referida compañía, en que ésta solicita se dé de baja el Acta de Determinación No. 0920130100219, por concepto de impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2009.

1. ANTECEDENTES

1.1. El Econ. Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, fundamentó el recurso de casación en las **causales tercera y quinta** del art. 3 de la Ley de Casación. Estimó que en la sentencia recurrida se infringieron las siguientes normas de derecho: **1.** “CON RELACIÓN A LA GLOSA VENTAS NETAS LOCALES GRAVADAS CON TARI-

FA 12% Y 14% CASILLERO 601 Y VENTAS NETAS GRAVADAS CON TARIFA 0% CASILLERO 602 INGRESOS DIFERIDOS DEVENGADOS Y NO DECLARADOS: A) INGRESO RECONOCIDO EN UN PERÍODO ANTERIOR (FACTURAS EMITIDAS EN EL AÑO 2007) Y, EL SALDO DEL PASIVO DIFERIDO CONTINUÓ EN EL AÑO 2008 Y SE DIO DE BAJA EN EL AÑO 2009 (INGRESO NO RECONOCIDO), VALOR DE LA GLOSA US\$266.608,60”, **falta de aplicación** del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en los arts. 115, 116 y 117 del Código de Procedimiento Civil; y, 258 y 270 del Código Tributario (La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica); que conllevaron a la equivocada aplicación del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; **2.** “CON RELACIÓN A LA GLOSA VENTAS NETAS LOCALES GRAVADAS CON TARIFA 12% Y 14% CASILLERO 601 Y VENTAS NETAS GRAVADAS CON TARIFA 0% CASILLERO 602 INGRESOS DIFERIDOS DEVENGADOS Y NO DECLARADOS: B) ASIENTO DE MOVIMIENTO CONTABLE. INGRESO NO/RECONOCIDO VALOR DE LA GLOSA US\$143.143,69”; por cuanto a criterio del recurrente la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la Ley; **3.** “CON RELACIÓN A LA GLOSA GASTOS DE DEPRECIACIÓN DE ACTIVOS FIJOS CASILLERO 784. VALOR DADO DE BAJA: US\$6.481,43”, **falta de aplicación** de los preceptos de valoración de la prueba

contenidos en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil (sana crítica) que conllevaron a la equivocada aplicación del art. 10 numeral 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Sin embargo, el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declara la admisibilidad parcial del recurso de casación, al amparo de la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación (numeral 1 de este apartado), por el vicio de falta de aplicación del art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que condujo a la equivocada aplicación del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

1.1.1 En lo que se refiere a la causal y vicio alegado, el casacionista lo fundamenta de la siguiente manera: “CON RELACIÓN A LA GLOSA VENTAS NETAS LOCALES GRAVADAS CON TARIFA 12% Y 14% CASILLERO 601 Y VENTAS NETAS GRAVADAS CON TARIFA 0% CASILLERO 602 INGRESOS DIFERIDOS DEVENGADOS Y NO DECLARADOS: A) INGRESO RECONOCIDO EN UN PERÍODO ANTERIOR (FACTURAS EMITIDAS EN EL AÑO 2007) Y, EL SALDO EL PASIVO DIFERIDO CONTINUÓ EN EL AÑO 2008 Y SE DIO DE BAJA EN EL AÑO 2009 (INGRESO NO RECONOCIDO). VALOR DE LA GLOSA US\$266.608,60”; **Precepto de valoración de la prueba no aplicado en el fallo recurrido.**- Acusa la omisión del juzgador de valorar la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, precepto contenido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil; **Medio de prueba respecto del cual se acusa la falta de aplicación de los preceptos de valoración de la prueba contenidos en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.**- Dice que consisten en los informes periciales presentados por los peritos insinuados por las partes. **Explicación del yerro en la valoración de la prueba a razón de la omisión en valorar la prueba en su conjunto y acorde a las reglas de la sana crítica.**- Sostiene que al momento de resolver la Sala de instancia en el considerando QUINTO numeral 5.3 del fallo recurrido, acoge en su totalidad los dichos del perito insinuado por la parte actora, citando las conclusiones en su informe, para así sustentar su decisión; que si se lee con detenimiento los extractos del informe transcritos en el fallo, se evidencian ciertas inconsistencias, puesto que el perito en su informe, si bien establece que ha revisado facturas, asientos de diario y mayores, se verifica que se tratan de facturas de 2007 (año en el que se realizó la venta), y asientos de diario de

2009; donde se verifica que esos valores se registraron como pasivo diferido y se arrastraron hasta el ejercicio fiscal 2009; que la documentación es concordante con lo revisado en etapa administrativa y por la perito insinuada por la parte demandada; que se verifica que el perito emite una conclusión respecto de un supuesto error contable (dichos del contador), lo cual es aceptado completamente por la Sala; que en específico se verifica que existe omisión en valorar la prueba en su conjunto, puesto que el juez rescata extractos del informe sin armonizar su contenido para permitirse un razonamiento lógico de todos los dichos del perito en el informe; que también otorga poca credibilidad y profesionalismo al trabajo de la perito insinuada por la parte demandada, transcribiendo una aseveración que aunque se encuentra provista de contenido técnico es desechada por la Sala de instancia sin mayor análisis; que la omisión en la valoración de la prueba en su conjunto ocurre al momento en que se verifica que el propio informe del perito de la parte actora establece que únicamente pudo revisar facturas emitidas durante el ejercicio fiscal 2007, no obstante los asientos de diario que detalla uno a uno en su informe corresponden al año 2009, es en estos asientos de diario que se encuentran los valores registrados como pasivo diferido por dos años consecutivos, no obstante sin razón alguna el perito establece que se trata de un error contable, y sin evidencia que respalde su aseveración (sin asientos contables del año 2007) enfatiza que el ingreso ya fue reconocido en el año 2007 y no corresponde al ejercicio fiscal 2009; que en el informe del perito de la parte demandada, se aprecia información concordante con la revisada por el perito del actor, no obstante las conclusiones difieren sustancialmente, si bien también se presentaron comprobantes de venta emitidos en el año 2007, no presenta asiento de diario que permita corroborar el registro de la liquidación de la obra terminada, ni el reconocimiento de los valores facturados en un año distinto que no sea el 2009; que si el juez hubiera valorado la prueba en su conjunto, habría verificado que el contribuyente jamás presentó asientos de diario para demostrar el registro y reconocimiento como ingreso en el año 2007 de los valores glosados; que como consecuencia de su omisión respecto de valorar la prueba en su conjunto, el juez emite conclusiones alejadas del principio de la sana crítica, puesto que no valora de forma lógica los hechos puestos a su consideración; que el juez no repara en que al dar de baja la glosa en cuestión y establecer que se trata de ingresos reconocidos en el año 2007, está ratificando que



dichos ingresos formaron parte de la base imponible del impuesto a la renta declarado en el mentado ejercicio fiscal, lo que es una aseveración que carece de lógica y fundamento puesto que no obra del proceso evidencia alguna que ratifique lo manifestado por la Sala, ya que ningún de los peritos logró verificar los asientos de diario de año 2007 en los cuales se pueda evidenciar el supuesto “error contable” mediante el cual se establezca que ese ingreso ya fue reconocido en el año 2007, y existió alguna especie de duplicidad de registros al momento que se incrementó la cuenta de pasivo diferido y se arrastraron dichos valores hasta el año 2009; que si se verifica el informe pericial de la parte demandada; se evidencia en los asientos de diario del año 2009 una disminución de la cuenta del pasivo debido a una aparente reclasificación de cuentas, no obstante; en ningún momento se logra evidenciar a causa de aquella disminución y si fue o no reconocida como un ingreso; que el juez posee diferentes herramientas al momento de valorar la prueba para de esta forma cumplir con el requisito de razonabilidad que se encuentra inmerso en la sana crítica empleada en la valoración de los hechos puestos a consideración del juzgador; a razón de ello, el juez podría haber consultado los preceptos contenidos en el artículo 20 de la LORTI y 36 del Reglamento para la Aplicación de la LORTI, así como las Normas Ecuatorianas de Contabilidad en referencia al principio de devengo, el registro de los pasivos diferidos, el principio de realización; así por ejemplo la NEC 27; que un ingreso para ser registrados debe encontrarse devengado, y por consiguiente, los valores recibidos en forma de anticipos no deben registrarse si no en el período que se devengan, es por ello que corresponde a un ingreso diferido que se registra en una cuenta de pasivo; por consiguiente para disminuir este pasivo deberá existir un reconocimiento de dicho ingreso lo cual se refleja como un aumento del activo; situación que no fue posible verificar en el presente caso ya que la reclasificación de cuentas no muestra que existió como contrapartida de la disminución del pasivo un reconocimiento del ingreso mediante el aumento en el activo; por consiguiente se glosó dicha disminución en las cuentas de pasivo sin que el contribuyente tanto en la etapa administrativa como judicial haya podido demostrar que el ingreso en cuestión no correspondió jamás a un activo diferido y que por el contrario fue devengado, registrado y por tanto declarado durante el ejercicio fiscal 2007; que se verifica con claridad meridiana el yerro en la valoración de la prueba del que se acusa a la Sala juzgadora, ya que si en el fallo recu-

rido el juez hubiera valorado la prueba en su conjunto, habría verificado que la documentación puesta a conocimiento del perito del actor fue exactamente aquella revisada por la perito de la parte demandada, siendo así las conclusiones no debían diferir en sobremanera; no obstante, al no valorar la prueba en su conjunto el juez no se percató de que la conclusión del perito del actor es simplemente la aceptación de la versión del contador de la compañía con respecto a la ocurrencia de un error contable que reflejó un pasivo diferido por dos años consecutivos, sin que ahonde en explicaciones del porqué de la disminución de esa cuenta sin que exista documentación contable que certifique el reconocimiento del ingreso. **Forma en la que la falta de aplicación de los preceptos de valoración de la prueba contenidos en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, conllevó a la equivocada aplicación del artículo (...) 10 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen (sic).**- Manifiesta que la cuenta de pasivo que se muestra disminuida para el año 2009, no tiene como contrapartida una cuenta de activo en la que se reconozca dicho ingreso, así tampoco existen asientos de diario del año 2007 que corroboren lo aseverado por el contador de la empresa que fue recogido por el perito y aprobado por la Sala juzgadora, respecto del supuesto error contable y el registro de dichos valores en el ejercicio fiscal en el que las facturas fueron emitidas; que lo mencionado demuestra que la sala de instancia ha obviado las normas técnicas contables, sumado a la experiencia que debía tener el juez así como la más elemental lógica para llegar a esa conclusión; el recurrente cita el art. 10 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, y continua manifestando que, una vez verificado el error en la valoración de la prueba, resulta evidente la violación indirecta al art. 10 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, puesto que el juez equivoca su decisión al momento que establece que los valores constantes en las facturas detalladas en el considerando Quinto del fallo recurrido corresponden a ingresos que ya fueron reconocidos como tales en el año 2007, aduciendo aquello a un supuesto error contable, por consiguiente el efecto indirecto de la falta de aplicación de preceptos de valoración de la prueba, consiste en que no se reconozca como ingresos los valores facturados en el 2007, y que fueron registrados como pasivo diferido hasta el ejercicio fiscal 2009 repercutiendo aquello directamente en los valores glosados por dichos conceptos por corresponder a ingresos gravados, ya que al no existir

como contrapartida de la disminución del pasivo diferido alguna cuenta de activo mediante la cual se verifique el reconocimiento del ingreso, ni asiento contable del ejercicio fiscal 2007, en el que se verifique el devengo del mismo se estaría equivocando la aplicación del art. 10 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen, impidiendo que la administración proceda a la recaudación de tributos realmente debidos respecto a ingresos que no fueron registrados y por tanto declarados por el contribuyente ya sea en el ejercicio fiscal 2007 como en el 2009.

1.2. Como se señaló *ut supra*, el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 28 de marzo de 2017, las 12h59, respecto del recurso interpuesto por el Econ. Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, declara la admisibilidad parcial del recurso de casación, respecto “(...)A LA GLOSA VENTAS NETAS LOCALES GRAVADAS CON TARIFA 12% Y 14% CASILLERO 601 Y VENTAS NETAS GRAVADAS CON TARIFA 0% CASILLERO 602 INGRESOS DIFERIDOS DEVENGADOS Y NO DECLARADOS: A) INGRESO RECONOCIDO EN UN PERÍODO ANTERIOR (FACTURAS EMITIDAS EN EL AÑO 2007) Y, EL SALDO DEL PASIVO DIFERIDO CONTINUÓ EN EL AÑO 2008 Y SE DIO DE BAJA EN EL AÑO 2009 (INGRESOS NO RECONOCIDO), VALOR DE LA GLOSA US\$266.608,60”, al amparo de la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, por el vicio de falta de aplicación del art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que condujo a la equivocada aplicación del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; ordenando correr traslado a las partes para que den contestación al mismo dentro el término previsto en el art. 13 de la Ley de casación.

1.3 La compañía COMBAQUERIZO CIA. LTDA., no presenta contestación al recurso de casación interpuesto por la administración tributaria.

1.4 El Tribunal *a quo*, en la sentencia recurrida: “...declara parcialmente con lugar la demanda de impugnación deducida por el señor CESAR AUGUSTO BAQUERIZO AROSEMENA, en su calidad de Representante Legal de la compañía CONBAQUERIZO CIA. LTDA., disponiendo que la Administración Tributaria demandada proceda a realizar una nueva conciliación tributaria, considerando lo resuelto en el presente fallo...”.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver los presentes 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 del 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 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.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

4.1 El recurrente, según el auto de admisibilidad del recurso de casación, al amparo de la causal tercera, formula el siguiente cargo en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 2017, las 11h07, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil.

Cargo único: “CON RELACIÓN A LA GLOSA VENTAS NETAS LOCALES GRAVADAS CON TARIFA 12% Y 14% CASILLERO 601 Y VENTAS NETAS GRAVADAS CON TARIFA 0% CASILLERO 602 INGRESOS DIFERIDOS DEVENGADOS Y NO DECLARADOS: A) INGRESO RECONOCIDO EN UN PERIODO ANTERIOR (FACTURAS EMITIDAS EN EL AÑO 2007) Y, EL SALDO DEL PASIVO DIFERIDO CONTINUO EN EL AÑO 2008 Y SE DIO DE BAJA EN EL AÑO 2009 (INGRESO NO RECONOCIDO). VALOR DE LA GLOSA US\$266.608,60”.- **Falta de aplicación** del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenida en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil (*La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica*); que conllevaron a la **equivocada aplicación** del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIONES DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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 a través 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 las cosas, la crítica del recurrente a la sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, han de tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la *ratio decidendi* del fallo.

5.2 La administración tributaria, ha fundamentado su recurso en la **causal tercera** del art. 3 de la Ley de Casación, la misma que textualmente señala: “3ra. *Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto*”. La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación “...recoge la llamada en la doctrina violación indirecta, que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al sistema de casación puro...” (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade Ubidia, Santiago, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-2005, p. 150); es decir, no se trata de la posibilidad de denunciar un error de hecho en la valoración de la prueba, sino de invocar con absoluta precisión cómo fue que el juez no aplicó, aplicó indebidamente o interpretó erróneamente los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. A criterio de esta Sala Especializada, los tribunales o jueces de instancia tienen autonomía para apreciar las pruebas que obren dentro del proceso, sin embargo esta soberanía y autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación probatoria no puede ser ilimitada; tiene límites en la defensa de los derechos o garantías fundamentales; de tal manera que, el Tribunal de Casación sí puede revisar la apreciación de los jueces de instancia hayan hecho de la prueba. En definitiva y siguiendo línea jurisprudencial de la

Sala, para la demostración del error de derecho al amparo de la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, la proposición jurídica debe contener, como mínimo, los siguientes pasos: **1.** La identificación en forma precisa del medio de prueba que a su juicio ha sido erróneamente valorado en la sentencia; **2.** La determinación con precisión de la norma procesal sobre la valoración de prueba que ha sido violada; **3.** La demostración lógica y jurídica de la forma cómo ha sido violada la norma sobre valoración del medio de prueba respectivo; y, **4.** La identificación de la norma sustantiva o material que ha sido aplicada erróneamente o que no ha sido aplicada a consecuencia del yerro en la valoración probatoria.

5.3 El Servicio de Rentas Internas manifiesta en su recurso que se han violentado las normas de derecho que constan en el numeral 4.1, cargo único, de este fallo, cuyos textos son los siguientes:

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”.

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

“Art. 10.- Deducciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones:...”.

5.4 La **falta de aplicación**, alegada por el recurrente, implica el desconocimiento o negación de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba frente al caso concreto, al aplicar una norma que no existe o dejar de aplicar una que existe. A su vez, dicha “falta de aplicación” a criterio del casacionista ha provocado la **equivocada aplicación** de la norma. Para Luis Cueva Carrión, “Nótese que aquí se exige la existencia de dos tipos de violación: a) de las normas que rigen la valoración de la prueba (derecho adjetivo); y, b) de las normas de derecho material (derecho sustantivo). Además la violación debe haberse producido en el mismo orden de sucesión: primero: la violación de las normas que rigen la valoración de la prueba; y, segundo la violación de las norma de derecho material, de tal manera que, la primera, es la causa de la segunda violación. Por lo tanto, si solamente existe la primera violación y no la segunda, no procede la causal de casación; o si solamente la violación es del derecho material no se

puede fundar el recurso de casación en esta causal sino en la primera” (Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia civil*). Segunda edición ampliada y actualizada. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2011, pp. 306-307). Así las cosas, cuando un sentenciador incurre en un error de derecho en la valoración de la prueba, es exigencia necesaria e imprescindible que el casacionista demuestre tales errores para que prospere el recurso de casación por la causal tercera y por los vicios alegados.

5.4.1 El recurrente considera que la Sala de instancia en el considerando QUINTO numeral 5.3 del fallo recurrido, al momento de resolver acoge en su totalidad los dichos del perito insinuado por la parte actora citando las conclusiones contenidas en su informe para de esta forma sustentar su decisión; que no obstante, si se lee con detenimiento los extractos del informe transcritos por el propio juez en el fallo, se evidencian ciertas inconsistencias puesto que el perito en su informe si bien establece que ha revisado facturas, asientos de diario y mayores, si se revisa con detenimiento el contexto del informe, se verifica que se tratan de facturas del año 2007, y asientos de diario del año 2009; donde se verifica que esos valores se registraron como pasivo diferido y se arrastraron hasta el ejercicio fiscal 2009; que en específico se verifica que existe omisión en valorar la prueba en su conjunto puesto que el juez rescata extractos del informe **sin armonizar su contenido para permitirse un razonamiento lógico de todos los dichos del perito en el informe;** que así también otorga poca credibilidad y profesionalismo al trabajo de la perito insinuada por la parte demandada; que por consiguiente, si el juez hubiera valorado la prueba en su conjunto habría verificado que el contribuyente jamás presentó asientos de diario para demostrar el registro y reconocimiento como ingreso en el año 2007 de los valores glosados por la administración tributaria; y, que **como consecuencia de su omisión respecto de valorar la prueba en su conjunto, el juez emite conclusiones alejadas del principio de la sana crítica, puesto que no valora de forma lógica los hechos puestos a su consideración;** que verificando el error en la valoración de la prueba, resulta evidente la violación indirecta al artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

5.4.2 Al respecto, en el considerado QUINTO, numeral 5.3 del fallo recurrido, el Tribunal a quo expone (fs. 537 a 538) que: “5.3.- (...) En referencia a la pregunta (sic) unificadas 5 y 6 del mencionado pliego de preguntas, que hace relación a las facturas exhibidas No. 00083 del cliente Arnaldo Peña Muentes; No. 00084 de Joaquín Martínez Amador;

No. 00085 del cliente Patricio Crespo Venga y No. 00093 del cliente María Leticia Guzmán Haz, así como de los Libros Mayores de las cuentas contables de las referidas personas, debiendo determinar si corresponden a liquidaciones de anticipos recibidos por dichos clientes. El perito de la parte actora después de desarrollar una explicación de cada una de las cuentas contables concluye señalando (foja 469) que del análisis efectuado e información proporcionada, se establece que los valores registrados en las cuentas contables No. 23-02-00700-044 de ARNALDO PEÑA MUENTES; No. 23-02-00700-085 DE JOAQUIN MARTINEZ AMADOR; No. 23-02-00700-089 de PATRICIO CRESPO VEGA; No. 23-02-00700-005 DE LETICIA GUZMAN HAZ, no se dieron de baja al momento de registrarse la venta (ingresos) durante el período 2007 sino que por error contable, permanecieron en dichas cuentas hasta el 1 de junio del 2009, fecha en que mediante Asiento de Diario 58754, se regularizan, dándose de baja y devolviendo valores a la cuenta contable 216-01 “PROBAQUERIZO S.A.”, en tal virtud, los valores analizados, no corresponden a ingresos del período 2009, así como a liquidaciones de anticipos a clientes. Otro argumento del referido perito para sustentar que los valores registrados en la mencionadas cuentas no constituyen ingresos del 2009, es el hecho de haber confirmado que la Venta (sic) fueron facturadas, realizadas, y registradas en el período 2007; en virtud a que las facturas 83, 84, 85 y 93, forman parte del valor total Ventas tarifa 0% (por \$ 4.185.981.00), declarado y posteado en el casillero 602, de la declaración de Impuesto a la Renta del año 2007. La perito de la parte demandada respecto a esta misma pregunta unificadas, sin hacer un análisis técnico contable a la documentación exhibida por la parte actora, se ha limitado a señalar que (foja 496 vuelta) “tal como se observa, las facturas fueron emitidas en el año 2007, no obstante los saldos de los pasivos diferidos que fueron analizados hacen referencia a los años 2008 y 2009. Es decir los comprobantes fueron emitidos un año anterior, por lo que no justifica el reconocimiento el ingreso por la variación del saldo del pasivo diferido en el año 2009”. La actora dentro del respectivo término de prueba ha adjuntado las facturas, asiento de diario y libro mayor (fojas 150 a 176) como prueba de que el ingreso si se reconoció en el año 2007. Por lo expuesto, la Sala en base al informe del perito de la parte actora y de las pruebas aportadas, considera que los valores constantes en las facturas no constituyen ingresos de CONBAQUERIZO CIA. LTDA del ejercicio 2009, por tanto se deja sin efecto la glosa por US\$266.608.60”.



5.4.3 Corresponde entonces analizar si en la especie, existe o no la alegada falta de aplicación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el art. 115 del Código de Procedimiento Civil (*La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica*). Al respecto, esta Sala Especializada advierte que formalmente si se cumplen con las condiciones o requisitos que exige tanto la doctrina como la jurisprudencia para que se configure la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación. Sin embargo, el recurrente al identificar la norma de derecho sustantiva o material que a su criterio ha sido aplicada de manera equivocada, cita el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, (fs. 548 vta. y 552 de los autos), pero al fundamentar el recurso cita el **art. 10 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno**; y, concluye expresando posteriormente que *“Una vez verificado el error en la valoración de la prueba, resulta evidente la violación indirecta al artículo 2 numeral 1, artículo 8 numerales 1 y 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y artículo 10 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, puesto que el juez equivoca su decisión al momento que establece que los valores constantes en las facturas detalladas en el Considerando Quinto del fallo recurrido corresponden a ingresos que ya fueron reconocidos como tales en el año 2007 aduciendo aquellos a un supuesto error contable, por consiguiente el efecto indirecto de la falta de aplicación de preceptos de valoración de la prueba consiste en que no se reconozca como ingresos los valores facturados en el 2007 (...) ya que al no existir como contrapartida de las disminuciones del pasivo diferido alguna cuenta de activo mediante la cual se verifique el reconocimiento del ingreso, ni asiento contable del ejercicio fiscal 2007 en el que se verifique el devengo del mismo se estaría equivocando la aplicación de los artículos 2 numeral 1, artículo 8 numerales 1 y 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y artículo 10 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen (sic) impidiendo que la Administración proceda a la recaudación de tributos...”* (El subrayado es de esta Sala). Del texto transcrito, y en relación a la infracción indirecta de la norma sustantiva, se infiere que el casacionista, en primer lugar, señala como norma infringida, el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; en segundo lugar, hace referencia a los numerales 1 y 10 del art. 8 de la Ley de Régimen Tributario Interno (norma que no fue admitida en el recurso de casación); y,

en tercer lugar, transcribe el art. 10 del reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. Bajo estos supuestos, se evidencia que el recurrente no fundamenta la alegada equivocada aplicación del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, como consecuencia del yerro en la valoración de la prueba, pues dicho artículo se refiere de manera general a las deducciones en la determinación del Impuesto a la renta del sujeto pasivo, que no tiene ninguna relación con el argumento del casacionista de que la sala de instancia ha obviado las normas técnicas contables (fs. 552). En definitiva, como se señaló *ut supra*, no basta que en la sentencia se configure el vicio directo en la valoración probatoria, sino que cuando esto ocurra, debe producirse necesariamente la violación de la norma de derecho material, por lo tanto, el recurrente al confundir en el planteamiento de su recurso de casación, los fundamentos y normas sustantivas invocadas, provoca que no se cumpla la proposición jurídica completa, pues no ha demostrado cómo la violación de la norma de valoración probatoria, ha provocado la equivocada aplicación de la norma sustantiva, circunstancia que por el carácter extraordinario, formal y excepcional del recurso de casación, no puede ser subsanado por este Tribunal Especializado.

6. DECISIÓN

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

7. SENTENCIA

7.1 NO CASAR la sentencia de 13 de diciembre de 2016, las 11h07, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil.

7.2 Actúa la Dra. Carmen Dávila Yépez como Secretaria Relatora por encargo realizado mediante Oficio del Dr. José Luis Terán Suárez Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, No. 019-PSCT-CNJ-17 de 19 de junio de 2017.

7.3 Sin costas.

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; y Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

V

Resolución N°: 541-2017
Juicio N°: 17510-2016-00329
Recurso N°: 17510-2016-00329
Fecha: 13 de julio de 2017, las 15H30

TEMA: Impugnación de resolución que acepta parcialmente el reclamo administrativo y modifica la liquidación de pago por diferencias en la declaración de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2012.-

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Yaira Yaribel Alcívar García comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y presenta acción de impugnación en contra del Director General y del Director Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, los dos del Servicio de Rentas Internas, respecto de la Resolución N° 123012016RREC005828 que acoge parcialmente el reclamo administrativo presentado y modifica la Liquidación de Pago N° 23201606500209373 por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012.- La administración tributaria no ha presentado excepciones previas y expresamente así se ha pronunciado en su contestación a la demanda.- El Tribunal de instancia resuelve aceptar parcialmente la acción y pretensiones de la actora de la causa y, habiéndose aceptado en un 32,8% del total de gastos considerados no deducibles (glosados), se dispone que del afianzamiento de \$ 7.498,00 se devuelva a la accionante la suma de \$ 2.459,34 y la diferencia de \$ 5.038,66 se impute como abono a la obligación tributaria en aplicación de lo dispuesto en el artículo 324 del COGEP y, conforme lo previsto en el artículo 314 ibídem, la liquidación estará a cargo de la administración tributaria.

SÍNTESIS CASACIÓN

La Procuradora Fiscal del Servicio de Rentas Internas, al amparo del caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el cargo de falta de motivación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia estima que la discusión radica en que para la administración tributaria las transacciones deben entenderse como una unidad sujeta a bancarización y que para la Sala juzgadora la expresión "por cada caso entendido" ha de considerarse bajo su sentido usual en el contexto del artículo 17 del Código Tributario, esto es, "por cada operación mercantil que realice"; que el problema no surge por la falta de motivación de la sentencia, sino por la interpretación que el Juez a quo realiza del texto del artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno sobre las operaciones de más de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, esto es, la obligatoriedad de utilizar a cualquier institución del sistema financiero para realizar el pago en operaciones superiores a este monto. Advierte que no existe falta de motivación de la sentencia y considera que el recurso interpuesto debió fundamentarse en uno o más de los vicios previstos en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos que por la deficiencia en la interposición del recurso no han sido admitidos a trámite por el Conjuez de la Sala, y que no se configura el vicio de falta



de motivación alegado por la casacionista al amparo del caso segundo del artículo 268 del Código ibidem; por cuyos motivos, no casa la sentencia materia de impugnación. Acción de impugnación propuesta por Yaira Yirabel Alcívar García en contra del Director General y del Director Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, del Servicio de Rentas Internas, respecto de la Resolución 123012016RREC005828 que acepta parcialmente el reclamo administrativo presentado por la accionante y modifica la Liquidación de Pago N° 232021606500209373 por Diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2016-00329

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

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

Quito, jueves 13 de julio del 2017, las 15h30.

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por la Dra. Alexandra Naranjo, Procuradora Fiscal del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 15h59, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2016-00329, propuesto por la señora Yaira Yirabel Alcívar García, por sus propios y personales derechos, en contra de la Resolución No. 123012016RREC005828 de 24 de agosto de 2016, emitida por el Director Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas del Servicio de Rentas Internas, que aceptó parcialmente el reclamo administrativo presentado por el sujeto pasivo y modificó la Liquidación de Pago No. 23201606500209373 por diferencias en la Declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2012.

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- La Dra. Alexandra Naranjo, Procuradora Fiscal del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 15h59, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en la que se resuelve: "ACEPTAR PARCIALMENTE la acción y pretensiones de la demanda de la parte actora Sra. YAIRA YIRABEL ALCÍVAR GARCÍA, en ejercicio del control de lega-

lidad y en los términos que fueron oralmente puesto en conocimiento de las partes procesales y público presente, y que ahora se lo traduce a escrito en apego lo previsto en los artículos 90, 93 y 95 del COGEP. El afianzamiento que obra de fojas 309 y 312 asciende a \$7.498,00 dólares, y siendo que la demanda se acepta en un 32.8% del total de gastos considerados no deducibles (glosados) se dispone devolver a la actora la suma de \$ 2. 459, 34 dólares y, la diferencia que asciende a \$ 5.038,66 dólares, se imputará como abono a la obligación tributaria, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 324 del COGEP. Con sustento en lo previsto en el artículo 314 ibidem, la liquidación estará a cargo de la administración tributaria..."

En los considerandos 6.3.1 y 6.3.6 de la sentencia recurrida (fs. 411 vta. - 412 y 414 - 414 vta. de los autos), respecto de los GASTOS QUE NO TIENEN RESPALDO FÍSICO (\$ 34.979,77 - CUADRO No. 4) y de los COMPROBANTES NO ACEPTADOS POR NO CUMPLIR EL REQUISITO DE BANCARIZACIÓN (\$ 63.155,65 - CUADRO No. 18), el Tribunal a quo manifiesta: "...La expresión "por cada caso entendido" ha de entenderse para este tribunal bajo su sentido usual en el contexto de la misma norma esto es "por cada operación mercantil que realice" conforme guarda relación al contenido inicial y del contenido íntegro del texto del mismo artículo 103 cuando en concordancia se refiere a "**Sobre operaciones** de más de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América USD \$ 5.000,00, gravadas con los impuestos a los que se refiere esta Ley se establece la obligatoriedad de utilizar a cualquier institución del sistema financiero para realizar el pago...", momento en el cual debe emitirse el correspondiente comprobante de venta, por lo que resulta inapropiado que a la luz del artículo 17 del Código Tributario, la administración tributaria

pretenda interpretar aquello que la ley no distingue, más aun cuando el inciso segundo del artículo 13 del Código Tributario señala que: “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”, siendo que el legislador no ha facultado a la administración tributaria la posibilidad de definir que ha de entenderse por “cada caso entendido”, por lo que no es procedente que a la luz del precitado artículo 17 se procure dar un alcance y significado no previsto en la ley, por tanto respecto de los comprobantes que han sido presentado físicamente (ffs. 99 a 102) que no han sido objetados por la administración tributaria en sede contenciosa, **SE ACEPTA** la demanda y pretensión de que sean considerados deducibles...”.

1.2 De la sustanciación del recurso de casación.-

A la presente sentencia de casación, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

1.2.1 Auto dictado por el doctor Juan G. Montero Chávez, Conjuce de esta Sala, en el que declara la admisibilidad parcial del recurso de casación interpuesto por la señora Yaira Yirabel Alcívar García, por sus propios y personales derechos, al amparo del **caso segundo** del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el cargo de **falta de motivación de la sentencia**.

1.2.2 Sorteo de la causa número 17510-2016-00329, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por el doctor José Luis Terán Suárez, Juez Nacional Ponente; y, las doctoras Maritza Tatiana Pérez Valencia y Ana María Crespo Santos, Jueces Nacionales.

1.2.3 Auto de 8 de junio de 2017, las 09h57, dictado por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la que se convoca a las partes a audiencia para el día martes 4 de julio de 2017, a las, 10h00 en la sala de audiencias del primer piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia.

1.2.4 Audiencia oral en la que fueron escuchados: Por el recurrente Director Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas del Servicio de Rentas Internas, la abogada María Alexandra Naranjo Naranjo, con Mat. Profesional No. 17- 2003-183 del Foro de Abogados, CC. 171375932-0; y, por la contraparte señora Yaira Yirabel Alcívar García, la abogada Thais Batute Mujín, con Mat. Profesional No. 23.2015-50 del Foro de, CC. XXXX.

1.2.4.1 De los argumentos y alegaciones de la parte recurrente.-

La abogada María Alexandra Naranjo Naranjo, en defensa del Director Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas del Servicio de Rentas Internas, manifiesta: “INTERPONE EL RECURSO DE CASACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL A QUO, ALEGANDO FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA YA QUE CAMBIÓ LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DIVERSOS A LOS QUE REALMENTE FUERON DISCUTIDOS EN EL PROCESO JUDICIAL. LA ADMINISTRACIÓN MANIFIESTA QUE SE DEBÍA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA BANCARIZACIÓN PORQUE LAS TRANSACCIONES EFECTUADAS POR LA PARTE ACTORA DEBEN SER ENTENDIDAS COMO UNA UNIDAD DE ACUERDO A LO QUE DISPONE EL ART. 17 DEL COT, EN CONCORDANCIA CON EL ART. 103 DE LA LORTI, QUE EXIGE EL CUMPLIMIENTO DE QUE SE HAGAN TODAS LAS TRANSACCIONES SUPERIORES A LOS USD 5.000,00 A TRAVÉS DEL SISTEMA FINANCIERO. EL TRIBUNAL HA ENTENDIDO QUE CADA OPERACIÓN MERCANTIL ES DIFERENTE; ES DECIR, HA INTERPRETADO EL ART. 103. EL JUEZ AL MOMENTO DE ACLARAR LA SENTENCIA NO SE PRONUNCIÓ SOBRE EL ART. 17 DEL COT, SINO QUE LA RESOLUCIÓN SE BASÓ EN LA VERDAD PROCESAL”.

1.2.4.2 De los argumentos y alegaciones de la contraparte.-

La abogada Thais Batute Mujín, en defensa de la señora Yaira Yirabel Alcívar García, expone: “DESDE LA DEMANDA Y DURANTE EL PROCESO JUDICIAL SE MANIFESTÓ CLARAMENTE EN SU PÁG. 8 LOS HECHOS; Y SIEMPRE SE SOSTUVO QUE AL SER TRANSACCIONES DIFERENTES NO DEBIÓ HABERSE UTILIZADO EL SISTEMA DE LA BANCARIZACIÓN Y QUE POR LO TANTO EL TRIBUNAL EN APLICACIÓN DEL ART. 13 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO Y EN APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ART. 103 DE LA LORTI, CLARAMENTE ESTABLECIÓ QUE LAS TRANSACCIONES NO DEBÍAN SER CONSIDERADAS COMO UNA UNIDAD Y EN TODO CASO NUNCA HUBO LA INTENCIÓN DE FRACCIONAR LOS VALORES Y QUE POR ESO ES QUE EL JUZGADOR CONSIDERÓ QUE ESTAS TRANSACCIONES NO REQUERÍAN DE BANCARIZACIÓN”.



1.2.4.3 De la réplica de la parte recurrente.- La administración tributaria aduanera, a través de la defensa técnica dice: “LA INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA TÉCNICA DE LA CONTRAPARTE NO SE REFIERE AL CASO DE CASACIÓN Y QUE FUE EN LA DEMANDA DONDE DIJO QUE LAS TRANSACCIONES NO SUPERABAN LOS USD 5.000,00 Y QUE LOS PROVEEDORES EXIGÍAN EL PAGO EN EFECTIVO Y QUE EN ESTE CASO LO QUE SE HA DISCUTIDO ES QUE ESTAS TRANSACCIONES NO TENGAN QUE VER CON EL HECHO ECONÓMICO”.

1.2.4.4 De la réplica de la contraparte.- La señora Yaira Yirabel Alcívar García, a través de la defensa técnica replica: “ALEGA QUE EN QUE EL TEMA AGRÍCOLA EL PROVEEDOR PIDE EL PAGO EN EFECTIVO ASÍ CONSTA EN LA PÁGINA 8 DE LA DEMANDA, ERAN VENTAS DIFERENTES, YA QUE ERAN HECHOS GENERADORES Y CIRCUNSTANCIAS DIFERENTES CON PRECIOS DISTINTOS, Y QUE POR LO TANTO NO EXISTE CONTRADICCIÓN EN LO EXPUESTO EN ESTA AUDIENCIA”.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

2.1 De la jurisdicción y competencia.- 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 269 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.2 De la validez procesal.- 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.

2.3 De la naturaleza, finalidad y límites del recurso de casación.- El recurso de casación es extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del

ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante a través 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 las cosas, la finalidad del recurso de casación es el control de la legalidad y de la correcta aplicación e interpretación del Derecho, sin que le sea permitido a la Sala de casación rebasar los límites fijados por el recurrente en el recurso.

2.4 Del planteamiento del problema jurídico a resolver.- La administración tributaria, en la audiencia convocada para conocer y resolver el recurso de casación, sustentó el mismo en el caso 2 del art. 268 del COGEP, por cuanto a criterio de la recurrente la sentencia dictada por el Tribunal de instancia es inmotivada y se ha inobservado por parte del órgano jurisdiccional los arts. 76, literal l) de la Constitución de la República; 89 del Código Orgánico General de Procesos y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación se fundamenta en el caso 2 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, que establece:

“Art. 268. - Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan con el requisito de motivación”.

Este caso se refiere a la transgresión de normas relacionadas con la estructura, contenido y forma de la sentencia o auto, la que de acuerdo a la norma transcrita se configuraría de tres formas: Por defectos en la estructura del fallo que se dan por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto; por incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adoptan resoluciones contradictorias o incompatibles; y, por la falta de motivación de sentencias y autos.

De conformidad con la Constitución de la República publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, aplicable al momento de emitir el fallo, se determina en su parte pertinente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”. (El subrayado es de la Sala).

Por su parte el art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone que:

“Artículo 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- 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...”. (El subrayado es de la Sala).

En ese mismo sentido, el art. 89 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, establece:

“Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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 sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación”. (El subrayado es de la Sala).

Para la autora Gladis E. de Midón, en su obra “La Casación Control del Juicio de Hecho”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2001, página 20, respecto a la motivación manifiesta lo siguiente:

“Para alcanzar sus fines garantistas es inevitable que la motivación sea autosuficiente, en el sentido

de abastecerse, expresando no sólo las conclusiones decisivas sino, fundamentalmente, las razones en que tales conclusiones se basan. No basta pues, como bien dice Carrió, que la sentencia tenga fundamentos, porque es preciso que éstos estén a su vez fundados. Sin esa básica motivación no es posible hablar en lenguaje constitucional de sentencia, pues huérfana de razonados fundamentos no hay nada, añadirá Morello, que un acto de voluntad inepto de por sí para constituirse en fuente jurígena de derechos. Sin la mínima virtualidad para, en el espejo del debido proceso, aprobar el examen de validez”.

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, en su obra “La Casación Civil en el Ecuador”, Quito – Ecuador 2005, página 138, refiriéndose a lo resuelto por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en la sentencia No. 253 de 13 de junio de 2000, con respecto a la motivación manifiesta que:

“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 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. Por la motivación, además, se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación”.

Es por demás claro que la motivación es uno de los requisitos esenciales que deben cumplir las decisiones de las funciones públicas, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Motivar, a la luz del desarrollo jurisprudencial establecido por esta Sala, es explicar la manera en que las normas jurídicas son aplicables a los hechos controvertidos y definidos en la litis del proceso, luego de que éstos han sido verificados en base a las pruebas debida y legalmente actuadas. La motivación de la sentencia es uno de los elementos fundamentales en el control de legalidad, por consiguiente actúa como un elemento de prevención y control frente a la arbitrariedad.

En este caso, el recurrente manifiesta que se debía cumplir con el requisito de bancarización conforme lo establece el artículo 103 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, y que para ello se debía aplicar el artículo 17 del Código Tributario.



De ahí que el cuestionamiento principal del Servicio de Rentas Internas es que la sentencia de instancia carece de motivación porque el presupuesto fáctico alegado por el tribunal no se corresponde con el actuado por la Administración Tributaria al momento de emitir el acto administrativo; que el juez debía valorar en los puntos 6.3.1, literal b) y 6.3.6, si la actuación de la Administración Tributaria, con sustento en el artículo 17 del Código Tributario, probaba con suficiencia la unidad de acto económico para la no deducibilidad de los gastos reportados por el contribuyente; es decir “una adecuación de hechos a la norma”, pues éste era el hecho en que se trabó la litis, y sobre el cual el Servicio de Rentas Internas esgrimió argumentaciones y practicó pruebas dentro del proceso; que sin embargo, el órgano jurisdiccional obsta el análisis argumentativo de esta práctica; y en su lugar, entra a calificar el proceder de la Administración Tributaria como “un acto de interpretación legal”, situación que no fue parte de la discusión judicial y más bien correspondió a la valoración subjetiva que el juzgador realizó del acto administrativo impugnado. Añade que la calificación del hecho fáctico por el juzgador en su sentencia, en una situación distinta a la realizada por la Administración Tributaria, incide de forma directa en la motivación de aquella cuando el tribunal construye su resolución tomando esta premisa de interpretación jurídica como un punto focal de su argumentación al momento de resolver la causa. En definitiva, lo que alega la recurrente es que el juzgador de instancia no está facultado para calificar en la sentencia los hechos y darles un sentido diverso al que fue materia de la actuación de la Administración Tributaria y objeto de discusión judicial entre las partes procesales. En otras palabras lo que sostiene la casacionista es que el Tribunal *a quo* ha modificado los hechos y no el sustento jurídico que provocó la discusión judicial; luego sostiene que no se trata de establecer que el juez no puede realizar valoraciones subjetivas de hechos, lo que se reprocha es que esa valoración excede los límites del objeto de la litis y sobre la misma se construya una nueva teoría argumentativa sobre la cual no se discutió en el proceso. Por su parte, la defensa técnica de la señora Yaira Yirabel Alcívar García sostiene que desde la demanda y durante todo el proceso judicial se sostuvo que al ser transacciones diferentes las de compra de cacao no podía haberse utilizado el sistema de la bancarización y que por lo tanto la sentencia se encuentra debidamente motivada ya

que el Tribunal de instancia en aplicación del art. 13 del Código Tributario, y en base a una correcta interpretación del art. 103 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, claramente estableció que las transacciones no podían ser consideradas como una unidad y que nunca hubo la intención de fraccionar los valores.

3.2 De la resolución del problema jurídico planteado.- Para resolver el problema jurídico planteado este Tribunal de Casación realiza las siguientes consideraciones: **i)** En el ámbito de aplicación del Código Orgánico General de Procesos, el artículo 89 dispone que no habrá motivación de la sentencia 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 sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho; **ii)** En este caso, la acusación de falta de motivación de la sentencia que realiza la recurrente se reduce a dos puntos del fallo y no a su integridad. Así lo que se objeta es el literal B) del numeral 6.3.1 sobre la *BANCARIZACIÓN*, y el numeral 6.3.6 respecto de los *COMPROBANTES NO ACEPTADOS POR NO CUMPLIR EL REQUISITO DE BANCARIZACIÓN*; **iii)** Con relación a estos puntos, la casacionista sostiene que la sentencia de instancia carece de motivación porque el presupuesto fáctico alegado por el Tribunal no se corresponde con el actuado por la Administración Tributaria al momento de emitir el acto administrativo; **iv)** Al respecto, este Sala Especializada observa que en los dos casos los hechos tienen relación con los comprobantes de venta que deben emitirse al momento de realizar un pago, y que según el contenido del artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, “...sobre operaciones de más de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América USD \$ 5.000,00, se establece la obligatoriedad de utilizar a cualquier institución del sistema financiero para realizar el pago”. La controversia surge porque la administración tributaria ha calificado todas las transacciones efectuadas por la señora Yaira Yirabel Alcívar García con sus productores y productores de cacao como una UNIDAD sujeta a bancarización, en aplicación de los artículos 17 del Código Tributario, 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno y 27 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno; mientras que la contribuyente a más de alegar que

cada transacción es inferior a \$ 5.000,00 dólares y que cada venta de cacao corresponde a un lote (una compra diferente), alega la rusticidad de la actividad económica, y que es imposible el uso del sistema financiero porque los productores y proveedores de cacao solo aceptan el pago en efectivo. Sobre estos hechos mencionados en la sentencia, el Tribunal *a quo* expuso lo siguiente: “...La expresión “por cada caso entendido” ha de entenderse para este tribunal bajo su sentido usual en el contexto de la misma norma esto es “por cada operación mercantil que realice” conforme guarda relación al contenido inicial y del contenido íntegro del texto del mismo artículo 103 cuando en concordancia se refiere a “Sobre operaciones de más de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América USD \$ 5.000,00, gravadas con los impuestos a los que se refiere esta Ley se establece la obligatoriedad de utilizar a cualquier institución del sistema financiero para realizar el pago...”, momento en el cual debe emitirse el correspondiente comprobante de venta, por lo que resulta inapropiado que a la luz del artículo 17 del Código Tributario, la administración tributaria pretenda interpretar aquello que la ley no distingue, más aun cuando el inciso segundo del artículo 13 del Código Tributario señala que: “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...”, siendo que el legislador no ha facultado a la administración tributaria la posibilidad de definir que ha de entenderse por “cada caso entendido”: por lo que no es procedente que a la luz del precitado artículo 17 se procure dar un alcance y significado no previsto en la ley...”. Es decir, el juzgador de instancia frente a los argumentos de la administración tributaria y de la parte actora sobre la utilización del sistema financiero para realizar los pagos a efectos de su deducibilidad, considera que en aplicación del artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la expresión “por cada caso entendido”, ha de entenderse bajo su sentido usual en el contexto de la misma norma, esto es “por cada operación mercantil que realice”, concluyendo que resulta inapropiado que a la luz del artículo 17 del Código Tributario, la administración tributaria pretenda interpretar aquello que la ley no distingue, razón por la cual acepta la demanda y la pretensión de la accionante de que sean considerados como deducibles los gastos contenidos en los comprobantes números: 00-001-22, 001-00-68, 001-00-69, 001-00-70, 001-00-72 de: LAJE COBEÑA GUILLERMINA FANNY, así como el gasto determinado en el com-

probante número 68 de CONFORME MORALES LUIS FELIPE; y, los comprobantes que tienen relación con las operaciones mantenidas por la actora con el señor ANGULO VELEZ EDISON IVÁN (fjs. 45 CUADRO 18).

Por lo expuesto, siendo que la discusión se centra en que para la administración tributaria las transacciones deben entenderse como una unidad sujeta a bancarización, y que para la Sala juzgadora la expresión “por cada caso entendido” ha de entenderse bajo su sentido usual en el contexto de la misma norma esto es “por cada operación mercantil que realice”, el problema no surge por la supuesta falta de motivación de la sentencia, sino por la interpretación que el Tribunal *a quo* realiza del texto del artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno sobre las operaciones de más de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.

Así las cosas, advirtiéndose que no existe falta de motivación de la sentencia porque en el fallo y específicamente en los puntos controvertidos, el juzgador de instancia si expresa los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho, en función de las normas jurídicas aplicables y la correspondiente valoración de la pruebas admitidas y producidas en la audiencia de juicio, y de que en consecuencia no porque el razonamiento jurídico del Tribunal sea contrario a los intereses de la recurrente significa que exista falta de motivación en la sentencia, este Tribunal Especializado considera que el recurso de casación debió fundamentarse en uno o más de los vicios que contempla el caso quinto del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, que por la deficiencia en la interposición del recurso no han sido admitidos a trámite por el Conjuer de esta Sala. En consecuencia, por las razones expuestas, este Tribunal de Casación considera que no se configura el vicio de falta de motivación de la sentencia alegado por el Servicio de Rentas Internas, al amparo del caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

4. DECISIÓN

4.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, 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:

5. SENTENCIA

5.1 NO CASAR la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 15h59, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.

5.2 Actúa la Ab. María Augusta Gallardo Ampudia como Secretaria Relatora por encargo realizado mediante Oficio del Dr. José Luis Terán Suárez Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, No. 022-PSCT-CNJ-17 de 07 de julio de 2017.

5.3 Sin costas.

5.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.



VI

Resolución N°: 547-2017
Juicio N°: 09501-2014-0121
Recurso N°: 17751-2016-0653
Fecha: 13 de julio de 2017, las 16H54

TEMA: Clasificación Técnica de Partidas Arancelarias mediante peritaje técnico concluyente.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Ángel Alberto Ledesma Ginatta, Presidente Ejecutivo de la Compañía ECOLEGSA C.A., representante legal de la Compañía COTZUL S.A. que, a su vez, absorbió a la Compañía BANLOW S.A. comparece ante la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil e impugna la Resolución SENAE-DNJ-2014-0416-RE, de 3 de octubre de 2014, dictada por la Directora Nacional Jurídico Aduanero del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en el reclamo administrativo que declara sin lugar las pretensiones del actor de la causa y ratifica la validez de la rectificación de tributos expedida por el Director de Intervención I de la Dirección Nacional de Intervención del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.- La Directora antes mencionada niega los fundamentos de hecho y derecho del actor de la causa y ratifica los esgrimidos por el Director General del SENAE quien niega, también, tales fundamentos; alega la legalidad de los actos administrativos, e improcedencia de la acción propuesta.- El Tribunal de instancia declara parcialmente con lugar la demanda en cuanto revoca parcialmente la Resolución impugnada; modifica, en consecuencia, la Rectificación de Tributos DNJ-DRJ1-RECT-2014-0042; y, declara que los proyectores Optoma modelos DS550, PK301, TS526, TW675UTI-3D, TX536 y TX762, se clasifican en la partida arancelaria N° 8528.81.00, con un Advalorem del 20%. Habiéndose modificado la base de liquidación de la Rectificación de Tributos, se dispone que la SENAE practique una nueva liquidación de acuerdo con las consideraciones y modificación señaladas en esta sentencia.

SÍNTESIS CASACIÓN

El Director General y la Directora Nacional Jurídica del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, SENAE, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de la Regla 6 de las Reglas Generales para la interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común, contenidas en el Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN, deducen recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación propuesto por Ángel Alberto Ledesma Ginatta, Presidente Ejecutivo de la Compañía ECOLEGSA C.A., representante legal de la Compañía COTZUL S.A. que, a su vez, absorbió a la Compañía BANLOW S.A.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia expresa, en lo principal, que "es evidente que el Tribunal de instancia no aplicó la normativa invocada por el recurrente, más sin embargo, consta como hecho probado en la sentencia la



consideración del informe pericial, mediante el cual los jueces juzgadores determinaron que la correcta clasificación arancelaria para los proyectores Optoma modelos DS550, DS551, PK301, TS526, TW675UT1-3D, TX 536 y TX762 es la 8528.61.00' De los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71' y que el proyector Optoma modelo HD 20 es el púnico modelo que debió ser objeto de rectificación de tributos, al clasificarse bajo la subpartida arancelaria No. 8528.69.00; en otras palabras, el supuesto vicio en el que habría incurrido la Sala de instancia no es determinante ni afecta a la parte dispositiva de la sentencia, a causa de lo establecido en el informe pericial. De tal suerte, que al encontrarse un hecho probado en sentencia (el Juez A quo acogió el informe pericial en donde se manifestó sobre la clasificación arancelaria para la determinación de la correspondiente subpartida) y éste se encuentra sustentado en un medio de prueba, esta Sala Especializada en relación de la causal primera alegada por el recurrente, se ve impedida de poder modificar y cumplir con lo solicitado por el casacionista, además de que dicha norma no es determinante para la resolución de la causa.". Por tales antecedentes, este Tribunal de Casación considera que no se ha configurado el vicio alegado por la parte recurrente y resuelve no casar la sentencia impugnada. Demanda de impugnación presentada por Alberto Ledesma Ginatta, Presidente Ejecutivo de la Compañía ECOLEGSA C.A., representante legal de la Compañía COTZUL S.A. que, a su vez, absorbió a la Compañía BANLOW S.A, en contra de la Resolución N° SENAE-DNJ-2014-0416-RE dictada por la Directora Nacional Jurídico Aduanero del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en el reclamo administrativo que declara sin lugar las pretensiones del actor y ratifica la validez de la rectificación de tributos expedida por el Director de Intervención I de la Dirección Nacional de Intervención del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2014-0121

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, jueves 13 de julio del 2017, las 16h54.-

ASUNTO:

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Econ. Pedro Xavier Cárdenas Moncayo, en calidad de Director General y Abg. Bella Dennise Rendón Vergara, en calidad de Directora Nacional Jurídica del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), en contra de la sentencia dictada el 21 de septiembre del 2016, a las 14h39, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2, con sede en Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2014-0121, deducido por el Ing. Com. Ángel Alberto Ledesma Ginatta, en calidad de Presidente Ejecutivo de la compañía ECOLEGSA C.A.,

empresa que ostentaba la representación legal de la compañía COTZUL S.A., que a su vez absorbió a la compañía BANLOW S.A., en contra de la Resolución No. SENAE-DNJ-2014-0416-RE de 03 de octubre de 2014.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 13 de octubre de 2016, el casacionista se fundamentó en la causal primera de la Ley de Casación, arguyó la falta de aplicación de la Regla 6 de las "Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común", contenidas en el "Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías", recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN, primer inciso del Art. 271 del Código Orgánico Tributario, 273 y 274 del Código de Procedimiento

Civil; **causal tercera** de la Ley de la materia, expresó la falta de aplicación de los Arts. 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil; finalmente, argumentó sobre la causal quinta de la norma jurídica ibídem, indicó que la sentencia atacada no contiene los *requisitos exigidos por la Ley*, toda vez que infringe las siguientes normas: Art. 76 número 7) letra l) de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial. Se indica que la Dra. Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, por la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de la materia, únicamente por la falta de aplicación de la Regla 6 de las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común”, contenidas en el “Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN.

1.1.1.- Con relación a la **causal primera, al alegar “falta de aplicación de la Regla 6 de las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común”, contenidas en el “Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN”**, cuando fundamenta el vicio señala lo siguiente: “(...) En virtud de lo expuesto, y al ser la Litis de la presente controversia la correcta clasificación en la subpartida arancelaria de las mercancías importadas por la compañía ECOLEGSA C.A., empresa que ostenta la representación legal de la compañía COTZUL S.A., que a su vez absorbió a la compañía BANLOW S.A., el Tribunal de instancia para resolver la presente causa, debió aplicar las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común”, contenidas en el “Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías” del Sistema Armonizado, recogidas además por la Nomenclatura Común NANDINA de la CAN, y finalmente consideradas en la Resolución No. 59 del Pleno del COMEX de fecha 17 de mayo de 2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 859 del 28 de diciembre de 2012; toda vez que ellas constituyen parte consustancial del Sistema Armonizado y son la clave definitiva que auxilia a quienes interpretan el Arancel para

encontrar la correcta clasificación de los bienes; regla que no se observan en la motivación de la sentencia. (...) Una vez aclarada el punto (sic) de la controversia, y toda vez que lo que se discute es en cual subpartida de la partida 85.28 del Arancel debieron clasificarse los proyectores objeto de la controversia, una vez que la Sala haya conocido sobre las características esenciales de los bienes importados, en aplicación de las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común” (Regla 6) contenidas en el “Convenio Internacional sobre el sistema armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, recogidas por la Nomenclatura Común NANDINA de la CAN, consideradas en la Resolución No 59 del Pleno del COMEX de fecha 17 de mayo de 2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 859 del 28 de diciembre de 2012; el Tribunal debió resolver a favor de la subpartida que realmente correspondía clasificar los referidos proyectores. (...) Las razones de su aplicación en la presente controversia, se basa en que el uso de las nomenclaturas que forman parte del Arancel Nacional para declarar un bien importado, se encuentra regulado mediante las Reglas Generales de Interpretación que determina la correcta clasificación de las mercancías, mismas que son vinculantes para el Ecuador por ser miembro de la Comunidad Andina de Naciones. Siendo en este punto controversial esencial la aplicación de la Regla 6 toda vez que la misma nos indica que: “La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas (...)”; es decir, **dicha Regla 6 determina la forma de concretar la subpartida aplicable a los proyectores cuya partida 85.28 ha sido previamente establecida por aplicación de la Primera Regla.** (...) Fácilmente se lee del texto de la subpartida 85.28. 61.00, que solo se declararán en dicha subpartida los proyectores que puedan ser utilizados exclusiva o principalmente con computadoras. Entendiéndose que la “EXCLUSIVIDAD” estaría dada cuando únicamente los proyectores tengan entradas para conectarse con una computadora, o “PRINCIPALMENTE” cuando los proyectores tengan en su mayoría entradas para conectarse con una computadora que con cualquier otro dispositivo. Sin embargo, el SENAE verificó que dichos proyectores no cumplían con la exclusividad o principalidad de uso con una computadora, puesto que tenían



en IGUAL PROPORCIÓN varias entradas para poder ser conectados tanto a computadoras, como a DVD's, video juegos y otros dispositivos diferentes de la partida 84.71; debiéndose por tal motivo, de conformidad con la Regla 6 de las "Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común", declararse dichos proyectores en la subpartida **85.28.69 "Los demás"**. (...) Como consecuencia trascendental del vicio en la decisión tomada por el Tribunal Contencioso Tributario No 2, se procedió a declarar una indebida clasificación arancelaria de las mercancías importadas por la compañía ECOLEGSA C.A., empresa que ostenta la representación legal de la compañía COTZUL S.A., que a su vez absorbió a la compañía BANLOW S.A., trayendo consigo la revocatoria parcial de la resolución (sic) **SENAE-DNJ-2014-0416-RE**, expedida por la Directora Nacional Jurídico Aduanero del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, así como la modificación de la rectificación de tributos (sic) No **DNI-DRI1-RECT-2014-0042**, ocasionándole un perjuicio a los intereses del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, como entidad recaudadora y controladora de los tributos al comercio exterior, y consecuentemente los del Estado y los de todos los ecuatorianos, toda vez que se está dejando de percibir el valor de USD\$ 29.2017.36 por concepto de tributos al comercio exterior (advalorem 20%) y recargo del 20% por los montos de tributos rectificadas que ascienden en total la rectificación de tributos.(...)"

1.2. En consideración al auto de fecha 24 de noviembre de 2016, a las 15H54, la Dra. Magaly Soledispa Toro, Conjuera de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, por la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de la materia, únicamente por la falta de aplicación de la Regla 65 de las "Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común", contenidas en el "Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías", recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN. En relación a lo anterior, se 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 Ing. Ángel Alberto Ledesma Ginatta en calidad de Presidente Ejecutivo y como tal Re-

presentante Legal de la compañía "ECOLEGSA S.A. ECOLEGSA C.A., empresa que ostentaba la representación legal de la compañía COTZUL S.A., dentro del tiempo (fs.41 a 44 del cuadernillo de casación) presentó la contestación al recurso, indicando lo siguiente: "(...) Claramente el tribunal (sic) A-quo en la sentencia, cumpliendo con lo dispuesto en la Regla 6, realizó un análisis del texto de las subpartidas para poder llegar a la conclusión que dentro de los textos de la subpartida 8528.61.00.00 y sus notas explicativas, no condicionaban la clasificación arancelaria de los proyectores basados en los conectores de entrada con los cuales fueron fabricados. Además, dicho Tribunal de Instancia para motivar su decisión recurrió a la prueba pericial debidamente pedida ordenada y practicada, por tener un contenido técnico y claro respecto a las razones por las cuotas 7 de los 8 modelos de proyectores debían clasificarse bajo la subpartida 8528.61.00 00. Este informe pericial obra de Fs. (sic) 761 a 789, donde claramente aparece que se aplicaran (sic) las Reglas Generales para la interpretación de la nomenclatura arancelaria común, sistema armonizado de designación y codificación de mercaderías, notas explicativas del sistema armonizado, no solo para determinar la correcta clasificación arancelaria de los bienes en litigio, sino que para determinar las razones por las cuales era improcedente clasificar los proyectores en la subpartida 8528.69.00 bajo la premisa de los puertos de entrada o conexión con los que fueron fabricados estos proyectores. (...) Además, a través de los hechos probados en la sentencia el tribunal (sic) resolvió en la fracción final del considerando 6.2) como se podía determinar la exclusividad y lo principalidad de una mercadería para ser utilizada en cierta actividad, teniendo como elementos de prueba las fichas técnicas de cada modelo de proyector, que obran de fs. 139 a 153, de 154 a 157 y de 158 a 165, los cuales fueron mencionados en los apartados 5.3 y 5.4 de la sentencia. Sin embargo, el casacionista confunde sus argumentos que son posiblemente viables analizar a través de la causal cuarta, ya que insiste sobre este punto y sigue hablando de los argumentos de la demanda y contestación de la demanda respecto a la principalidad y exclusividad a través de los conectores, esgrimiendo sus argumentos y pruebas para haber realizado el cambio de clasificación arancelaria, cuando aquello ya fue resuelto en la sentencia por encontrarse debidamente probado,

lo cual vuelve improcedente el cargo formulado a través de la causal primera. (...) Situación que ocurre en la especie, puesto que la administración aduanera (sic) a través de la causal primera, acusa falta de aplicación de la Regla 6 para la interpretación de la nomenclatura arancelaria fundamentándose en hechos que obligan al Tribunal realice la valoración de la prueba, lo cual hace que se desnaturalice la esencia formalista del recurso de casación, debiendo desechar el recurso interpuesto por improcedente. (...) Por lo tanto, este argumento a más de ser falso, carente de asidero jurídico, no tiene relevancia alguna para fundamentar la causal alegada, ni peor aún sirve para demostrar la falta de aplicación de la norma acusada. Más aún, si procede de derecho que los actos administrativos de la autoridad demandada sean sometidos bajo el control de legalidad del Tribunal contencioso Tributario (sic) tal como lo permite el art. (sic) 173 de la Constitución de la República (sic), de ninguna manera aquello agrede la facultad verificadora, determinadora y re-clasificadora del SENAE. (...)"

1.4.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: "(...) **SEXTO.-** Con las constancias procesales señaladas precedentemente, la sala concluye lo siguiente: **6.1)** Sobre la alegación de incompetencia de la Administración Aduanera para reliquidar el IVA en la rectificación de tributo No. DNI-DRI1-RECT-20 14-0042, esta Sala considera que en el presente caso, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en ejercicio de su facultad Determinadora conforme al Art. 145 del COPCI y 114 de su Reglamento, realizó la reliquidación del 0% de Advalorem declarado, al 20% del Advalorem producto del cambio de clasificación arancelaria, lo cual llevó consigo que se reliquide el proporcional del IVA, es decir, el IVA se reliquidó automáticamente producto de la reliquidación principal del Advalorem (foja 217). Situación distinta hubiera sido que, si en la rectificación de tributos antes mencionada, el único tributo que se hubiese reliquidado era el IVA, en este caso hipotético, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador si hubiera sido incompetente para reliquidarlo, tal como lo dilucidó en su momento la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia y actualmente la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en los casos No. 62-2003 RO 437 7-X-

2004, No. 86-2003 RO 312 13-IV-2004, No. 170-2003 RO 406 28-XI-2006, No. 1 77-2003 RO 427 23-IX-2004; No. 36-2007 RO 422 10-IX-2008; No. 19-2008 RO EE 89 23-IX-2010; Recursos No. 93-2011 dictado el 8-11-2013; 547-2011 dictado el 28-II-2014; 395-2012 dictado el 4-VI-2014, por lo tanto se desestima este cargo realizado por el actor. **6.2)** El Arancel Nacional del Ecuador y las Notas Explicativas del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías aplicables a la controversia, establecen la Subpartida arancelaria No. 8528.61.00 cuando los proyectores son de los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71, es decir con computadoras de estación, portátiles, Tablet o cualquier otro dispositivo que sirva para tratamiento o procesamiento de datos. Por su parte, en la subpartida 8528.69.00, se clasifican los demás proyectores, es decir los proyectores que no son de los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71. La administración aduanera fundamenta la aplicación de la subpartida 8528.69.00, al manifestar que solo los proyectores con entradas VGA (D-SUB), DVI, USB son los únicos que se usan computadoras se puede clasificar en la 8528.61.00, sin embargo, dicha condición de clasificar este producto con base a los conectores de entrada con los cuales ha sido fabricado, carece de motivación, ya que no la encontramos en el texto de la subpartida arancelaria 8528.61.00, ni en sus correspondientes notas explicativas del sistema armonizado. La exclusividad y lo principalidad de una mercancía para ser utilizada en cierta actividad, se la puede determinar a través de las fichas técnicas emitidas por el fabricante, pues es quien, al momento de elaborar el producto de acuerdo a su naturaleza le incorpora ciertas características y aplicaciones, para cumplir con una o varias actividades. **6.3)** Por lo tanto, siendo el caso que nos ocupa, una controversia de clasificación arancelaria, eminentemente técnica, este tribunal recurre a la prueba pericial que consta de autos relacionada con la clasificación arancelaria de las mercancías en conflicto, acogiéndolo en todas sus partes, al estar plenamente convencidos de su contenido y juicio, al tenor de lo prescrito en el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, ya que establece de manera clara y técnica,



las razones por las cuales, 7 de los 8 modelos de proyectores materia de la pericia por su principalidad de uso, se clasifican bajo la subpartida arancelaria No. 8528.61.00. **6.4)** Al tener claramente establecido que únicamente el proyector Optoma modelo HD 20, le correspondía ser objeto de reliquidación de tributos, esta sala observa que de las 8 declaraciones aduaneras, únicamente en 2 identificadas con refrendos 028-2012-1 0-049460 y 028-2011-10-0163 81, se importaron entre otros, proyectores modelo HD 20, verificándose además que la Aduana al realizar la reliquidación en la rectificación de tributos No. DNI-DRI 1-RECT-2014-0042, no singularizó el valor que le correspondía pagar por cada modelo de proyector, sino que lo realizó la reliquidación de tributos con base al valor total CIF de estas mercancías, por lo que se debe determinar el valor exacto de los tributos al comercio exterior que debe pagar estas unidades del modelo de proyector ND 20, para ejercer debidamente su facultad determinadora y recaudadora en el presente caso. **SEPTIMO.-** En virtud del principio de la Verdad Procesal, contemplado en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces estamos obligados a resolver los asuntos a nosotros sometidos, atendiendo únicamente a los elementos aportados por las partes. «Entiéndese por verdad procesal –afirma Devis Echandía en su Teoría General del Proceso, pág. 59-, la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos (...). De ahí que pueda afirmarse que en el proceso, lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso...». En tal virtud, la Sala considera que no cabe análisis para establecer que la correcta clasificación arancelaria para los proyectores Optoma modelos DS550, DS551, PK301, TS526, TW675UTI-3D, TX536 Y TX762, es la 852 8. 61.00 “De los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84. 71” y que el proyector Optoma modelo HD 20, es el único modelo que debió ser objeto de rectificación de tributos, al clasificarse bajo la subpartida arancelaria No. 8528.69.00. (...).”

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 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 fs. 20 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 la materia, por la falta de aplicación de la Regla 6 de las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común”, contenidas en el “Convenio

Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN, como a continuación se manifiesta: CAUSAL PRIMERA (ART. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Falta de aplicación de la Regla 6 de las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común”, contenidas en el “Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN.

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 causal primera del Art. 3 de la Ley por la falta de aplicación de norma de derecho, conforme se señaló en el número 4.1., cargo único, cuyo texto es el siguiente:

- **“REGLAS GENERALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NOMENCLATURA ARANCELARIA COMÚN”, CONTENIDAS EN EL “CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE EL SISTEMA ARMONIZADO DE DESIGNACIÓN Y CODIFICACIÓN DE MERCANCÍAS”, RECOGIDAS POR LA NOMENCLATURA COMÚN NANDINA DE LA CAN, CONSIDERADAS EN LA RESOLUCIÓN No. 59 DEL PLENO DEL COMEX DE FECHA 17 DE MAYO DE 2012, PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 859 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2012:**

Regla 6.- *La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas y de las notas de subpartidas así como, mutatis mutando, por las reglas anteriores, bien entendido que solo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efecto de esta regla, también se aplican las notas de sección y de capítulo, salvo disposición en contrario.*

NOTA EXPLICATIVA:

I) *La Reglas 1 a 5 precedentes rigen, mutatis mutandi, la clasificación a nivel de subpartidas dentro de una misma partida.*

II) *Para la aplicación de la Regla 6, se entenderá:*

a) Por subpartidas del mismo nivel, bien las subpartidas de un guion (nivel 1), bien las subpartidas con dos guiones (nivel 2). En consecuencia, si en el marco de una misma partida, pueden tomarse en consideración, de acuerdo con la Regla 3 a), dos o más subpartidas con un guion, debe apreciarse la especificidad de cada una de estas subpartidas con un guion en relación con un artículo determinado en función exclusivamente de su propio texto. Cuando ya se ha hecho la elección de la subpartida con un guion más específica y está subdividida, entonces, y sólo entonces, interviene el considerar el texto de las

subpartidas a dos guiones para determinar cuál de ellas debe mantenerse finalmente. b) Por disposición en contrario, las Notas o los textos de las subpartidas que serían incompatibles con tal o cual Nota de Sección o de Capítulo. Ocurre así, por ejemplo, con la Nota de supartida 2 del Capítulo 71 que da al término platino un alcance diferente del contemplado por la Nota 4 B) del mismo Capítulo y que es la única aplicable para la interpretación de las subpartidas 7110.11 y 7110.19.

III) El alcance de una subpartida con dos guiones no debe extenderse más allá del ámbito abarcado por la subpartida con un guion a la que pertenece y ninguna subpartida con un guion podrá ser interpretada con un alcance más amplio del campo abarcado por la partida a que pertenece.

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: “1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes 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 iudicando por lo que debe demostrar la violación directa de normas sustantivas. Esta demostración, para que se haga efectiva, 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 el recurrente sobre la “falta de aplicación” de la Regla



6 de las “Reglas Generales para la Interpretación de la Nomenclatura Arancelaria Común”, contenidas en el “Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías”, recogidas por la Nomenclatura Común Andina de la CAN. Esta Sala Especializada ha procedido al examen de la sentencia atacada, en donde se ha encontrado que el juzgador ha señalado lo siguiente: “ (...) **SEXTO.**- Con las constancias procesales señaladas precedentemente, la sala concluye lo siguiente: **6.1)** Sobre la alegación de incompetencia de la Administración Aduanera para reliquidar el IVA en la rectificación tributo No. DNI-DR11-RECT-2014-0042, esta Sala considera que en el presente caso, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en ejercicio de su facultad Determinadora conforme al Art. 145 del COPCI y 114 de su Reglamento, realizó la reliquidación del 0% de Advalorem declarado, al 20% del Advalorem producto del cambio de clasificación arancelaria, lo cual llevó consigo que se reliquide el proporcional del IVA, es decir, el IVA se reliquidó automáticamente producto de la reliquidación principal del Advalorem (foja 217). Situación distinta hubiera sido que, si en la rectificación de tributos antes mencionada, el único tributo que se hubiese reliquidado era el IVA, en este caso hipotético, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador si hubiera sido incompetente para reliquidarlo, tal como lo dilucidó en su momento la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia y actualmente la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en los casos No. 62-2003 RO 437 7-X-2004, No. 86-2003 RO 312 13-IV-2004, No. 170-2003 RO 406 28-XI-2006, No. 177-2003 RO 427 23-IX-2004; No. 36-2007 RO 422 10-IX-2008; No. 19-2008 RO EE 89 23-IX-2010; Recursos No. 93-2011 dictado el 8-II-2013; 547-2011 dictado el 28-II-2014; 395-2012 dictado el 4-VI-2014, por lo tanto se desestima este cargo realizado por el actor. **6.2)** El Arancel Nacional del Ecuador y las Notas Explicativas del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías aplicables a la controversia, establecen la Subpartida arancelaria No. 8528.61.0 0 cuando los proyectores son de los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71, es decir con computadoras de estación, portátiles, Tablet o cualquier otro dispositivo que sirva para tratamiento o procesamiento de datos. Por su parte, en la subpartida 8528.69.00, se clasifican los demás proyectores, es

decir los proyectores que no son de los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71. La administración aduanera fundamenta la aplicación de la subpartida 8528.69.00, al manifestar que solo los proyectores con entradas VGA (D-SUB), DVI, USB son los únicos que se usan computadoras se puede clasificar en la 8528.61.00, sin embargo, dicha condición de clasificar este producto con base a los conectores de entrada con los cuales ha sido fabricado, carece de motivación, ya que no la encontramos en el texto de la subpartida arancelaria 8528.61.00, ni en sus correspondientes notas explicativas del sistema armonizado. La exclusividad y lo principalidad de una mercancía para ser utilizada en cierta actividad, se la puede determinar a través de las fichas técnicas emitidas por el fabricante, pues es quien, al momento de elaborar el producto de acuerdo a su naturaleza le incorpora ciertas características y aplicaciones, para cumplir con una o varias actividades. **6.3)** Por lo tanto, siendo el caso que nos ocupa, una controversia de clasificación arancelaria, eminentemente técnica, este tribunal recurre a la prueba pericial que consta de autos relacionada con la clasificación arancelaria de las mercancías en conflicto, acogiéndolo en todas sus partes, al estar plenamente convencidos de su contenido y juicio, al tenor de lo prescrito en el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, ya que establece de manera clara y técnica, las razones por las cuales, 7 de los 8 modelos de proyectores materia de la pericia por su principalidad de uso, se clasifican bajo la subpartida arancelaria No. 8528.61.00. **6.4)** Al tener claramente establecido que únicamente el proyector Optoma modelo HD 20, le correspondía ser objeto de reliquidación de tributos, esta sala observa que de las 8 declaraciones aduaneras, únicamente en 2 identificadas con refrendos 028-2012-10-049460 y 028-2011-10-016381, se importaron entre otros, proyectores modelo HD 20, verificándose además que la Aduana al realizar la reliquidación en la rectificación de tributos No. DNI-DR11-RECT-2014-0042, no singularizó el valor que le correspondía pagar por cada modelo de proyector, sino que lo realizó la reliquidación de tributos con base al valor total CIF de estas mercancías, por lo que se debe determinar el valor exacto de los tributos al comercio exterior que deben pagar estas unidades del modelo de proyector HD 20, para ejercer debidamente su facultad determinadora y recaudadora en el presente caso. **SEPTIMO.**- En virtud del principio de la

Verdad Procesal, contemplado en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces estamos obligados a resolver los asuntos a nosotros sometidos, atendiendo únicamente a los elementos aportados por las partes. «Entiéndese por verdad procesal –afirma Devis Echandía en su Teoría General del Proceso, pág. 59-, la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos (...). De ahí que pueda afirmarse que en el proceso, lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso...». En tal virtud, la Sala considera que no cabe análisis para establecer que la correcta clasificación arancelaria para los proyectores Optoma modelos DS550, DS551, PK301, TS526, TW675UTI-30, TX536 Y TX762, es la 8528.61.00 “De los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71” y que el proyector Optoma modelo HD 20, es el único modelo que debió ser objeto de rectificación de tributos, al clasificarse bajo la subpartida arancelaria No. 8528.69.00. (...). Antes de proceder con el respectivo análisis, es pertinente establecer los hechos probados en sentencia, que se encuentran expresados en el Considerando Quinto de la sentencia atacada, así: **1)** Que, los informes técnicos emitidos por el SENAE, los cuales sirvieron para fundamentar los actos impugnados con la finalidad de ratificar el cambio de clasificación arancelaria, no consideraron las certificaciones del fabricante, de gran relevancia probatoria en vista de que es el fabricante quien al crear un producto, de acuerdo a su naturaleza le da características técnicas y fija los respectivos parámetros de uso y funciones; sino que realizaron un análisis de cada puerto de entrada que contienen las marcas y modelos de proyectores objeto de rectificación tributaria; **2)** Que, el Abg. Luis Romero Pérez, presentó su informe dentro de la presente causa siendo un medio de prueba válido; **3)** Que, en este informe pericial se realiza un análisis de clasificación arancelaria de cada uno de cada uno de los proyectores materia de la Litis, en donde concluye en el punto 4: “Por lo tanto, se determina que la subpartida arancelaria correcta para los modelos de proyectores DS550, DS551, PK301, TS526, TW675UTI-3D, TX536 Y TX762 es la 8528.61.00 “De los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesa-

miento de datos de la partida 84.71 “ Respecto al proyector Optoma modelo HD20 concluye: “Por lo tanto, se determina que la subpartida arancelaria correcta para el modelo de proyector HD 20 es la 8528.69.00 “Los demás”. En función de los hechos probados en sentencia y descritos en este folio, así como tomando en consideración que el motivo de la controversia radica en establecer la correcta clasificación arancelaria de las mercancías, consistentes en proyectores, se indica que el Tribunal A quo concluyó lo siguiente: “(...) **SEPTIMO.-** En virtud del principio de la Verdad Procesal, contemplado en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, las juezas y jueces estamos obligados a resolver los asuntos a nosotros sometidos, atendiendo únicamente a los elementos aportados por las partes. “Entiéndese por verdad procesal –afirma Devis Echandía en su Teoría General del Proceso, pág. 59-, la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos (...). De ahí que pueda afirmarse que en el proceso, lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso (...). En torno a todo lo expuesto, es evidente que el Tribunal de instancia no aplicó la normativa indicada por el recurrente, mas sin embargo, consta como hecho probado en la sentencia la consideración del informe pericial, mediante el cual los jueces juzgadores determinaron que la correcta clasificación arancelaria para los proyectores Optoma modelos DS550, DS55 1, PK301, TS526, TW675UTI-3D, TX536 Y TX762, es la 8528.61.00 “De los tipos utilizados exclusiva o principalmente en un sistema automático para tratamiento o procesamiento de datos de la partida 84.71” y que el proyector Optoma modelo HD 20, es el único modelo que debió ser objeto de rectificación de tributos, al clasificarse bajo la subpartida arancelaria No. 8528.69.00; en otras palabras, el supuesto vicio en el que habría incurrido la Sala de instancia no es determinante ni afecta a la parte dispositiva de la sentencia, a causa de lo establecido en el informe pericial. De tal suerte, que al encontrarse un hecho probado en sentencia (el Juez A quo acogió el informe pericial en donde se manifestó sobre la clasificación arancelaria para la determinación de la correspondiente subpartida) y éste se encuentra sustentado en un medio de prueba, esta Sala Especializada en relación de la causal primera



alegada por el recurrente, se ve impedida de poder modificar y cumplir con lo solicitado por el casacionista, además de que dicha norma no es determinante para la resolución de la causa. Por lo expuesto, no se ha configurado el vicio de falta de aplicación de la norma de derecho invocada.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera que no se ha configurado el vicio alegado por el casacionista.

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.- **NO CASAR** la sentencia dictada el 21 de septiembre del 2016, a las 14h39, por la Sala Única 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.- Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora a la Ab. María Augusta Gallardo Ampudia, de conformidad con el Oficio No. 22-PSCT-CNJ- 17.

7.3.- Sin costas.

7.4.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) **José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, JUEZA NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.**





Gaceta Judicial
año 2017

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

I

Caso No. 14241-2014-0023

Resolución No. 0151-2017

Fecha: martes 24 de enero del 2017, las 16h15.-

TEMA: Delito de estafa. La venta de un bien con reserva de dominio configura la estafa. Se desprende que los elementos clásicos de delito de estafa son: 1) El engaño, 2) El error, 3) la Disposición patrimonial; y, 4) El perjuicio. El elemento principal de este delito es el engaño o medio fraudulento que emplea el sujeto activo de la infracción, para hacer caer en error a la víctima, quien al representarse falsamente la realidad, se desprende del todo o de una parte de su patrimonio en beneficio del primero.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La presente causa tiene como antecedente "(...)La denuncia presentada por Manuel Francisco Jaramillo Vaca dice: Es el caso señor Fiscal que el 15 de febrero del año dos mil once, me vende un bus el señor Román Antonio Trelles Trelles en la cantidad de sesenta mil dólares, pagaderos treinta mil dólares de entrada y con treinta mil dólares a plazos a pagar dos mil dólares cada mes, esto lo convenimos en mi casa que la tengo en la comunidad Cambanaca perteneciente a la parroquia San Luis de Acho del cantón Méndez, que el mismo día venimos mi persona y el vendedor del bus a la oficina del Dr. Vizúete, que queda en la ciudad de Sucúa, ya una vez en la oficina como parte de pago di una camioneta valorada en trece mil dólares y cinco mil dólares en efectivo y firmé una letra de cambio por la cantidad de doce mil dólares en la oficina del abogado Vizúete en la ciudad de Sucúa, de ahí tenía que seguirle pagando las letras mensualmente, es decir dos mil dólares cada mes, pagando una letra de dos mil dólares, más sucede que el veinte y tres de abril del año dos mil once el señor Román Trelles se fue llevando el bus de la terminal de Sucúa. Por lo que he realizado averiguaciones me llevo a enterar que el bus que compré ha estado con prohibición de enajenar, por lo que logré recuperar la camioneta que había entregado, mas no el resto de dinero que es la cantidad de diecinueve mil dólares" (sic). El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, al considerar que se ha comprobado con certeza, más allá de toda duda razonable tanto la existencia del delito como la responsabilidad del procesado, dictó sentencia en contra del referido ciudadano, en calidad de autor responsable del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 563 del anterior Código Penal, hoy 186 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole por el principio de favorabilidad la pena de dos años de privación de la libertad, más por existir las atenuantes del artículo 29.5.6.7 del Código Penal y ninguna agravante, se modificó la pena a un año de privación de libertad, el pago de una multa de cien dólares y la reparación integral de los daños causados a la víctima, cuantificándose la indemnización de daños y perjuicios y costas procesales, en veinticinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los intereses que se devenguen hasta que se verifique el pago total de la obligación, de esta sentencia, al no estar conformes tanto el acusado Román Antonio Trelles Trelles, cuanto el acusador particular Manuel Francisco Jaramillo Vaca, interpusieron recursos de apelación.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, en aplicación de las reglas de la sana crítica, realizó un análisis pormenorizado del caso, tomando en consideración los hechos, las diferentes pruebas practicadas en el proceso, la doctrina referente al tema y un estudio de los elementos constitutivos del delito de estafa, encaminado todo esto a determinar si se ha comprobado tanto la existencia de la infracción, cuanto la responsabilidad penal del procesado, dando como resultado la certeza que ha alcanzado dicho juzgador respecto a los hechos materia del juzgamiento, rechazando los recursos interpuestos, confirmó en todas sus parte la sentencia impugnada. El sentenciado inconforme con el fallo del ad-quem interpuso recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

SÍNTESIS CASACIÓN

Dentro de la fundamentación del recurso de casación interpuesta por el procesado Ramón Antonio Trelles Trelles, expresó en lo principal, que la sentencia recurrida adolece de indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal, en relación al artículo 186 inciso primero del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal de cierre con respecto a este cargo supone el uso por parte del juzgador, de una norma que no corresponde con los hechos juzgados y probados en juicio, más por el contrario, el Tribunal de Apelación ha realizado un análisis exhaustivo del antecedente fáctico y de todo el acervo probatorio constante en el proceso, que le ha llevado a la conclusión adecuada de que se ha configurado la existencia del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal, pues de lo manifestado se desprende que, al existir impedimentos legales para que se pueda vender el vehículo, los cuales no se encontraban saneados y que además fueron ocultados al comprador, el bien(vehículo) se encontraba fuera del comercio, y a pesar de ello, se ha hecho el negocio, evidenciando el dolo del sujeto activo atribuible al vendedor y acusado en la presente causa. Se suma el hecho que se transfirió junto con el automotor los derechos derivados de la calidad de socio de la Cooperativa de Transporte “ Ciudad de Suqúa”, que fueron cedidos a una tercera persona, tal como se hizo constar en el contrato respectivo, dentro de la cláusula tercera. Consecuentemente, al haberse subsumido los hechos en el tipo penal de estafa, previsto en el artículo 563 del Código Penal, el juez, al contrario de lo planteado por el casacionista, ha aplicado la norma que correspondía al caso, cumpliendo con los estándares constitucionales motivación esto es, se ha aplicado la normativa que corresponde al caso, siendo pertinente su aplicación a los antecedentes de hecho, pues se observa que la misma es razonable, lógica y comprensible, y es congruente entre sus partes expositiva, considerativa y resolutive, siendo por tanto improcedente la causal de indebida aplicación de la ley propuesta por el señor Román Antonio Trelles Trelles.



RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 042-2016-SSI

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**
Quito, martes 24 de enero de 2017, las 16h15.-
VISTOS:

Una vez que se ha agotado el trámite legal correspondiente al recurso de casación, en especial la realización de la audiencia oral, pública y de contradictorio, y por ser el estado de la causa corresponde motivar la resolución por escrito.

1. ANTECEDENTES**1.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS:**

Conforme consta en la sentencia recurrida, dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago con fecha 21 de diciembre de 2015, los hechos materia del juzgamiento, son los siguientes:

“ANTECEDENTES.- La denuncia presentada por Manuel Francisco Jaramillo Vaca dice: Es el caso señor Fiscal que el 15 de febrero del año dos mil once, me vende un bus el señor Román Antonio Trelles Trelles en la cantidad de sesenta mil dólares, pagaderos treinta mil dólares de entrada y con treinta mil dólares a plazos a pagar dos mil dólares cada mes, esto lo convenimos en mi casa que la tengo en la comunidad Cambanaca perteneciente a la parroquia San Luis de Acho del cantón Méndez, que el mismo día venimos mi persona y el vendedor del bus a la oficina del Dr. Vizúete, que queda en la ciudad de Sucúa, ya una vez en la oficina como parte de pago di una camioneta valorada en trece mil dólares y cinco mil dólares en efectivo y firmé una letra de cambio por la cantidad de doce mil dólares en la oficina del abogado Vizúete en la ciudad de Sucúa, de ahí tenía que seguirle pagando las letras mensualmente, es decir dos mil dólares cada mes, pagando una letra de dos mil dólares, más sucede que el veinte y tres de abril del año dos mil once el señor Román Trelles se fue llevando el bus de la terminal de Sucúa. Por lo que he realizado averiguaciones me llevo a enterar que el bus que compré ha estado con prohibición de enajenar, por lo que logré recu-

perar la camioneta que había entregado, mas no el resto de dinero que es la cantidad de diecinueve mil dólares” (sic).

1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.2.1. El Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, el día jueves 05 de noviembre de 2015, las 14h08, al considerar que se ha comprobado con certeza, más allá de toda duda razonable tanto la existencia del delito como la responsabilidad del procesado, dicta sentencia en contra de Román Antonio Trelles Trelles, declarándole autor responsable del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 563 del anterior Código Penal, hoy 186 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole por el principio de favorabilidad la pena de dos años de privación de la libertad, más por existir las atenuantes del artículo 29.5.6.7 del Código Penal y ninguna agravante, se modifica la pena a un año de privación de libertad, el pago de una multa de cien dólares y la reparación integral de los daños causados a la víctima, cuantificándose la indemnización de daños y perjuicios y costas procesales, en veinticinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los intereses que se devenguen hasta que se verifique el pago total de la obligación.

1.2.2. De esta sentencia, al no estar conformes tanto el acusado Román Antonio Trelles Trelles, cuanto el acusador particular Manuel Francisco Jaramillo Vaca, interponen sendos recursos de apelación, pasando en tal virtud el proceso a la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, que con fecha lunes 21 de diciembre de 2015, las 15h51, dicta la sentencia respectiva, en la que señala que de la prueba actuada tiene la certeza de la existencia del delito de estafa y la responsabilidad del procesado Román Trelles, y por tanto rechaza los recursos de apelación planteados y confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado.

1.2.3. De esta sentencia, dentro del término de ley, el acusado Román Trelles Trelles recurre vía casación, habiéndose llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio.

1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN¹

1.3.1. ROMÁN ANTONIO TRELLES TRELLES.- El doctor Iván Cárdenas Torres, defensor técnico del procesado, fundamenta el recurso de casación, en los siguientes términos:

- La sentencia que impugna es la dictada el 21 de diciembre de 2015, a las 15h51 por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, que confirmando lo resuelto por el tribunal a-quo, declara a ROMÁN ANTONIO TRELLES TRELLES, como autor del delito de estafa tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal, hoy artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.
- Las normas infringidas son los artículos 563 y 42 del Código Penal; del Código Orgánico Integral Penal los artículos 3 que se refiere a la mínima intervención penal y 186 inciso primero que tipifica el delito de estafa; artículos 86 y 304-A del Código de Procedimiento Penal; artículos 1732, 1766, 1489, 1495 y 1510 del Código Civil; artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; artículo 160 inciso segundo del Reglamento de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; artículos 76.3 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador.
- La causal que invoca es indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal en relación con el artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.
- Hay indebida aplicación cuando hay falsa aplicación, cuando se aplica una norma que no se ajusta a la conducta; se aplica el artículo 563 del tipo penal de estafa, cuando el procesado no incurrió en el delito señalado en la norma, sino que celebró con las partes un negocio civil, en virtud del cual excluye el ámbito penal.
- La Sala señala que condena a Román Trelles por dos elementos: primero porque se estableció la existencia de dos reservas de dominio inscritas en la matrícula del vehículo materia de compra venta y que las mismas disminuían la calidad de vendedor y que por lo tanto implicaba una actuación dolosa y fraudulenta; y, el segundo car-

go es que el señor Román Trelles, no fue socio de la Cooperativa de Transportes de la ciudad de Sucúa al momento de la compra venta o de la constancia de la compra venta privada celebrada el 15 de febrero de 2012. Frente a eso señalan que hay una falsa calidad de propietario y de socio por parte del acusado y que asumiendo esas falsas calidades se demuestra la actuación fraudulenta, el engaño producido por Román Antonio Trelles para inducir a error al acusador particular y que realizar esta disposición patrimonial; existe error en la apreciación de la Sala, ya que jamás hubo falsa calidad de socio, esto en base a que la Sala señala que no tiene esa calidad en virtud de una Resolución emitida por la Agencia Nacional de Tránsito el 7 de junio de 2011, donde indican que en esa fecha el señor Román Trelles cedió la calidad de socio, lo cual es equivocado ya que consta del proceso en el Tribunal Penal, la Resolución N° 025-CSB-14-2013-ANT, expedida el 09 de abril de 2013, donde recién en esa fecha se hace la calidad de cambio de socio, es decir a la fecha de la constancia de la compraventa su representado sí era socio de la cooperativa.

- Ni los hechos falsos ni las falsas calidades constan establecidas en el proceso, ya que conforme obra de autos su patrocinado sí era socio de la Cooperativa Sucúa por lo antes señalado; y, cuando establece la Única Sala la falsa calidad de propietario, por inobservancia por omisión viola la norma de los artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial que señala que la matrícula acredita la propiedad del vehículo, y el artículo 160 inciso segundo del Reglamento General que dice que la matrícula acredita el título de propiedad del automotor. La matrícula que consta del proceso justifica que Román Trelles era el propietario; en esa matrícula se observa la existencia de dos reservas de dominio que conocía la otra parte, aunque en la sentencia dicen que solo conocían de la una; pero lo que no aprecia correctamente la Sala es que el negocio se dio entre las partes y se encuentra expresado en una constancia privada de compra venta que tiene varias cláusulas; en la cláusula quinta habla de

¹ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, Acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 21 a 23.

una cláusula condicional que dice que el señor Román Trelles realizará el traspaso de dominio del vehículo y de la calidad de socio, cuando se hayan pagado todas las cuotas pactadas.

- Esta inobservancia de la Sala llevó a la violación por omisión, del artículo 1732 del Código Civil que regula sobre la compra venta; así también el artículo 1766 ibídem referente a la entrega de la cosa; en el contrato hay una época en la que se debe celebrar el traspaso de dominio de la calidad de propietario y de la calidad de socio.
- La Sala inobserva el artículo 1458 del Código Civil, por cuanto esta norma habla de las obligaciones condicionales, y tiene relación con el artículo 1495 ibídem, que dice que hay obligaciones suspensivas, esto es, suspende el cumplimiento de la obligación principal hasta que se cumpla lo pactado, y en el contrato hay una cláusula condicional en donde determina con claridad cuándo hay que celebrarlo; y, el artículo 1510 de la norma antes referida se considera violado por parte de la Sala al inobservarlo, señala que el plazo para el cumplimiento del contrato es de acuerdo a lo pactado por las partes.
- De acuerdo a la ley y la Jurisprudencia, el hecho no se adecua al tipo penal estafa y en este caso es necesaria la aplicación del artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere a la mínima intervención penal, esto es que de acuerdo con nuestra norma, el Estado está limitado en su poder punitivo, solamente en los casos trascendentales, en los casos de grave alarma social y en aquello en donde no haya otros mecanismos eficaces; en este caso sí hay otro mecanismo eficaz que es la vía civil; su defendido no actuó con fraude; el hecho de que no avise que existía una reserva de dominio no significa fraude, porque cuando celebraron el contrato, no hacían ni celebraban el contrato definitivo de compra venta del vehículo ni de la calidad de socio.
- Solicita se acepte el recurso interpuesto, revoque la sentencia impugnada y ratifique el estado de inocencia del procesado. (sic)

1.3.2. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.-

El doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado, en uso de su derecho de contradicción, respecto a la fundamentación del recurso de casación expresa:

- La causal invocada por el recurrente es indebida aplicación de la ley; esta causal es conocida cuando el juzgador de instancia ha aplicado una norma distinta al caso.

- Se ha hecho alusión a varias normas legales y principios constitucionales, si bien se han enunciado algunos de ellos, no es procedente enunciar únicamente principios constitucionales y normas legales, sino que se tiene que indicar en qué parte de la sentencia, de qué forma, el modo como el Juzgador de Instancia ha violado la Ley, respecto a errores de derecho.
- Fiscalía estima que no procede revalorización de la prueba como se ha pretendido por parte del recurrente, ya que se encuentra prohibido expresamente en el inciso último del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- Respecto al artículo 563 del Código Penal, que se ha aplicado por el juzgador de instancia, y tiene relación con el artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, se ha realizado una relación de hechos falsos, se indica, y falsa calidad.
- En relación al artículo 102 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y el artículo 160 del Reglamento a la referida Ley, Fiscalía estima que no cabe hacer un nuevo análisis del que ya se hizo por el Juzgador de Instancia.
- En cuanto a que se trata de un negocio civil, el Juzgador de Instancia ha considerado que en estos actos que ha cometido el señor Román Trelles, ha hecho existiendo dos reservas de dominio en un contrato que ha sido notariado.
- En relación a las normas civiles que ha hecho alusión el recurrente, que son supletorias, se debe considerar que los actos cometidos en este delito de estafa, en que se ha procedido a enajenar un vehículo que estaba con doble reserva de dominio, sin que se llegue a cancelar la totalidad que costó este automotor, de la compraventa que era de 60.000 dólares; se pagó 30.000 dólares, la mitad, y faltó 30.000 dólares por pagarse; sin embargo de que no se cumplió este pago se procedió a enajenar.
- Solicita que el recurso se deseche por improcedente. (sic)

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA:

El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N° 008-2015, de 22 de enero de 2015, aprobó la integración de la actual Corte Nacional de Justicia. Por su parte 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 183 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal,

Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante sorteo realizado el día lunes 18 de enero de 2016, las 14h42, designó el tribunal de casación competente, quedando integrado el mismo por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, como Jueza Nacional Ponente de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, quien avoca conocimiento por licencia concedida a la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, conforme oficio N° 1353-SG-CNJ-MBZ, de fecha 27 de septiembre de 2016, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.2. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, son aplicables las leyes vigentes a su tiempo, esto es, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes, en atención a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal².

2.3. VALIDEZ PROCESAL:

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto, Libro IV, del Código de Procedimiento Penal; por lo que, al no existir vicios in procedendo, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

2.4. CONSIDERACIONES JUÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN:

2.4.1. Del derecho a recurrir.- La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m), al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa, establece:

“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”.

El derecho a 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:

“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”.

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo considera en su artículo 14.5 que prevé:

“(...) 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 lo prescrito por la ley”.

Respecto a este derecho a recurrir, la Corte Constitucional ha emitido varias resoluciones; así tenemos las siguientes:

“En todos los procesos sometidos a juicio, entre los que están los de materia penal, en los cuales existe una confrontación de intereses, la parte que se siente perjudicada siempre tendrá el derecho de buscar y activar los medios que le permitan oponerse a que la resolución o sentencia dictada por el juez adquiera la calidad de cosa juzgada y de esta manera evitar el efecto de inmutabilidad de las sentencias. Esta oposición se materializa a través de los denominados recursos (en sus distintas clasificaciones), que tienen por objeto modificar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento del principio de legalidad, el

² *“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”.*

cual exige resoluciones acordes a la Constitución y la ley”³.

“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”⁴.

2.4.2. De la naturaleza jurídica del Recurso de Casación.-

La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones a la ley, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la misma, o por haberla interpretado erróneamente, conforme dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal⁵, aplicable al presente caso por así preverlo el Código Orgánico Integral Penal, en su Primera Disposición Transitoria (ver nota 2).

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 nuestro país 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 los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, señalados anteriormente.

La Corte Constitucional, respecto a la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación, ha señalado que:

“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.

Por su parte, 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 obligatoriamente se debe establecer una **norma jurídica específica** que el casacionista crea que ha sido vulnerada en la sentencia de la cual recurre; así también, en atención al principio de taxatividad, el recurrente está en la obligación de señalar una **causal específica** de las previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sobre la

³ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 008-13-SCN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 915, de 19 de marzo de 2009. Caso No. 624-12-CN y otros. p.15.

⁴ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 095-14-SEP-CC, dictada el 4 de junio de 2014. Caso N° 2230-11-EP.

⁵ “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 (...)”.

⁶ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 001-13-SEP-CC, dictada el 06 de febrero del 2013. Caso N° 1647-11-EP.

cual se deberá pronunciar el Tribunal de Casación, recordando que estas son la contravención expresa del texto de la ley, la indebida aplicación de la misma, o su errónea interpretación, y que no es factible plantear más de un cargo casacional por cada norma.

Finalmente, se requiere del recurrente, que en la fundamentación de su recurso, realice una correcta **argumentación jurídica** que dote de sustento a su pretensión, a cuyo respecto, la Sala ha manifestado:

“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”⁷.

Respecto a este recurso, Claus Roxín emite el siguiente criterio:

“La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal (...)”⁸.

Por su parte 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.

2.4.3. De los criterios jurídicos antes expuestos se concluye, 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, que para el presente caso es el Código de Procedimiento Penal y no otra ley, recordando que dichas causales o cargos casacionales son: contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la ley, o errónea interpretación de la misma. 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 realice dentro de los parámetros legales que rigen el recurso de casación, resulta improcedente, por no ser conducente a demostrar la violación de la ley en la sentencia objetada.

2.5. SITUACIONES JURÍDICAS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA:

2.5.1. Necesidad de motivación en la sentencia.-

El Tribunal de Casación puede conocer en sede de casación, las violaciones a las garantías constitucionalmente consagradas, entre ellas, la de la debida motivación. Por mandato expreso de la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.7.1) en concordancia con los artículos 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 304-A del Código de Procedimiento Penal, así como también por lo manifestado nacional e internacionalmente en sus fallos por las Cortes Constitucional y Nacional de Justicia del Ecuador, e Interamericana de Derechos Humanos, los juzgadores están en la obligación de motivar sus sentencias. Conforme se ha señalado en varios casos, una sentencia motivada debe ser lógica, razonable y comprensible, y es a estos elementos o estándares mínimos de la motivación que debe referirse el casacionista para formular el cargo de falta de motivación.

⁷ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia dictada dentro del caso N° 444-2014.

⁸ Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Temis, Colombia, 2008, p. 18

⁹ Fabio Calderón Botero, “Casación y Revisión en materia penal”, Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional, Impreso en Colombia, 1985, p. 2

2.5.2. Debida fundamentación de la causal alegada.-

Cada una de las causales exige al casacionista, ciertos requisitos a ser observados por el recurrente en su alegación ante el Tribunal, a fin de que éste llegue a comprender debidamente la pretensión de quien fundamenta el recurso; para ello, en cada cargo casacional se debe realizar una proposición jurídica que cumpla con dichos requisitos y abarque todos los puntos que le atañen.

Así, alegada la indebida aplicación, debe explicarse detallada y razonadamente las consideraciones que tiene el recurrente para afirmar que las normas aplicadas no corresponden al antecedente fáctico, y en su lugar cuál sería la norma que debió aplicarse; consecuentemente, de no fundamentar el recurso de casación respetando estos requerimientos, la proposición jurídica efectuada por el recurrente sería incompleta, al carecer de norma concreta versus incorrecta que evidencie el yerro en la escogencia y aplicación realizada por el tribunal.

2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:

2.6.1. En atención a todo lo que se ha analizado anteriormente, encontramos que las violaciones a la ley en la sentencia recurrida vía casación o errores in iudicando, pueden ser de tres clases: contravención expresa, indebida aplicación, o errónea interpretación. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en varios de sus fallos ha explicado a qué se refieren estas causales, señalando:

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 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.*¹⁰

2.6.2. Conforme a la facultad constante en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal y siendo este un tribunal de justicia de cierre, ha analizado la sentencia recurrida, a fin de determinar si la misma se encuentra o no debidamente motivada. Al respecto, los órganos jurisdiccionales se encuentran en la obligación de motivar sus sentencias, constituyéndose la misma en una garantía del debido proceso y parte del derecho a la defensa que tienen los sujetos procesales, a fin de conocer de manera suficiente y clara, las razones que el juzgador encontró para tomar su decisión al resolver el caso concreto, así como la oportuna respuesta de las pretensiones expuestas por las partes en el juicio, destacando los criterios jurídicos utilizados para sustentar la *ratio decidendi*. En consecuencia, es necesario argumentar con propiedad los criterios que permitieron al juzgador llegar a cada una de las conclusiones para solventar el problema puesto en su conocimiento; y, en caso de inobservarse este mandato, se produciría una posible nulidad constitucional del acto jurisdiccional tal como lo prevé el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, responsabilizándose al operador de justicia responsable de esta vulneración en virtud de lo previsto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señalan:

Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

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”.

¹⁰ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Juicios Penales Nos. 002-2015, 119-2015, 001-2016, 820-2016, etc.

Código Orgánico de la Función Judicial: “Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- 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; (...).”

El cumplimiento de esta obligación del juzgador, deberá ser plasmada en la sentencia, conforme lo dispone el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal que prevé:

“La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado;(...).”

El tema de la motivación ha sido ampliamente tratado por los distintos órganos competentes para analizar el respeto a las normas constitucionales y legales, tanto en el ámbito nacional cuanto en el internacional, cuyos pronunciamientos conforman los estándares de la motivación que deben ser observados por los juzgadores; así, la Corte Constitucional para el período de transición, ha emitido varios criterios sobre esta temática, entre los cuales encontramos los siguientes:

“(...) Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial

efectiva [21], y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente, en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto”¹¹.

“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 (...).”¹².

*“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión **razonable** es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión **lógica**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”¹³ (resaltado nos pertenece).*

Por su parte, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, sobre el tema de la motivación, ha expresado:

¹¹ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010. Caso N° 0290-09-EP.

¹² Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial 372, de 27 de enero de 2011. Caso N° 0005-10-EP.

¹³ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 227-12-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 777, de 29 de agosto de 2012. Caso N°

La motivación es “una obligación que racionaliza el proceso al ser requisito esencial y luego una causal de nulidad de los actos que no cumplen este derecho del procesado. Sin embargo, la motivación, no solamente se refiere a la vinculación de los hechos con normas jurídicas, sino que radica en la subordinación del poder judicial a la Constitución cuando justifica los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha alcanzado la resolución adoptada (...) debiéndose, por tanto, mantener coherencia lógica entre las alegaciones de las partes, la prueba y las conclusiones expresadas por el órgano jurisdiccional en su decisión”¹⁴. “La ausencia de motivación se refiere a la ‘[...] ausencia de una exposición de motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma de ese hecho, y que comprenda todas las cuestiones’. Es obligación de las juezas y jueces hacer constar en sus resoluciones una exposición de los motivos por los cuales adoptan la resolución que contenga la descripción de los hechos analizados (en el caso de las sentencias que contengan los hechos y actos probados en la audiencia de juicio), las normas jurídicas aplicables, la relación lógica entre los hechos analizados, las normas jurídicas y las conclusiones”¹⁵.

En el plano internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la motivación ha señalado:

“(...) la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado”¹⁶.

“El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”¹⁷.

La doctrina no puede ser ajena al tema de la motivación, debido a su trascendencia en el debido proceso; así Róger E. Zavaleta Rodríguez, manifiesta:

“La motivación de las resoluciones judiciales constituye el conjunto de razonamiento de hecho y derecho realizados por el juzgador, en los cuales apoya su decisión. Motivar, en el plano procesal, consiste en fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. No equivale a la mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino a su justificación razonada, es decir, a poner de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión”¹⁸.

Por su parte Beatriz Angélica Franciskovic Ingunza, expresa:

“La motivación, es algo más, implica algo más que fundamentar; es la explicación de la fundamentación, es decir, consiste en explicar la solución que se da al caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico (...)

¹⁴ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia dictada el 16 de septiembre de 2014, las 17h00. Caso N° 504-2014.

¹⁵ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia dictada el 29 de agosto de 2013, las 11h25, Caso N° 191-2011.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 118.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

¹⁸ José Luis Castillo Alva, etc., *Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*, Lima, 2ª edición, ARA Editores E.I.R.L., 2006. p. 369-370.

La sentencia debe mostrar, tanto el propio convencimiento del juez como la explicación de las razones dirigidas a las partes, ha de explicar el proceso de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es pues una prohibición de arbitrariedad¹⁹.

Analizada que ha sido la sentencia recurrida, dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, de 21 de diciembre de 2015, las 15h51, desde el punto de vista de la motivación conforme lo explicado ut supra, se observa que el tribunal ad-quem señala el antecedente fáctico por el cual llega el proceso a su conocimiento; radica la competencia por la materia, territorio y personas bajo la normativa aplicable al caso en referencia a los fundamentos del recurso de apelación.

En el contenido de la sentencia el tribunal señala: los antecedentes fácticos, y luego expone la fundamentación realizada por los recurrentes en la audiencia respectiva, recordando que el recurso ha sido planteado tanto por el acusado Román Antonio Trelles Trelles, cuanto por el acusador particular Manuel Francisco Jaramillo Vaca.

Los siguientes considerandos de la sentencia contienen el detalle del acervo probatorio, que consiste en: **1)** Copia certificada del contrato de compraventa del vehículo; **2)** Oficio suscrito por el Jefe de Títulos Habilitantes de la ANT de Macas-Morona Santiago; **3)** Copia certificada del proceso N° 29-2012, por reconocimiento de firma, propuesto en contra del acusado Román Trelles; **4)** Reportes de la ANT Agencia Macas-Morona Santiago sobre las restricciones de venta del bus marca Chevrolet, placas VAC-0135 desde el año 2005 hasta el año 2010; **5)** Copia simple de la cédula de ciudadanía del acusado; **6)** Ruc del procesado; **7)** Certificado de gravamen emitido por la ANT Agencia Macas-Morona Santiago respecto del vehículo; **8)** Copia notariada de la cédula de identidad de la víctima; **9)** Certificado de cambio de socio y deshabilitación del vehículo, emitido por al ANT Agen-

cia Macas-Morona Santiago. Como prueba testimonial constan las declaraciones del perito Cbop. Iván Zambrano Quintana, de la víctima Manuel Francisco Jaramillo Vaca, y de los señores Milton Rodríguez Sicha y Alfredo Vizúete Villagómez.

Como prueba de acusación particular consta: **1)** Certificado de matrícula del vehículo; **2)** Certificado de adquisición de un crédito en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo a favor de la víctima; **4)** Acta de entrega recepción del dinero suscrito entre Manuel Jaramillo Vaca y Manuel Ortega Guallpa, con reconocimiento de firma y rúbrica en la Notaría Primera del cantón Santiago; **5)** Certificación en línea actualizada al 25 de agosto de 2015 emitida por la ANT Agencia Macas-Morona Santiago. En esta parte se transcriben los testimonios antes mencionados, a los que se agregan los de la señora Luz Matilde Sicha Paguay y del señor Ángel Márquez Márquez, por parte de la acusación particular.

En cuanto a la prueba del procesado Román Antonio Trelles, consta la mención de la desestimación de la denuncia de Manuel Jaramillo Vaca, y los testimonios del procesado Trelles y de la señora Verónica Solís Basantes.

A continuación el tribunal ad-quem realiza un análisis pormenorizado del caso, tomando en consideración los hechos, las diferentes pruebas practicadas en el proceso, la doctrina referente al tema y un estudio de los elementos constitutivos del delito de estafa, encaminado todo esto a determinar si se ha comprobado tanto la existencia de la infracción, cuanto la responsabilidad penal del procesado, dando como resultado la certeza que ha alcanzado dicho juzgador respecto a los hechos materia de juzgamiento.

Del análisis de la sentencia del tribunal ad-quem, se desprende que la misma cumple con los estándares requeridos de la motivación, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y leyes aplicables, así como también los fijados por la Corte Constitucional, esta Corte Nacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que fueron analizados ut supra, pues se ha aplicado la normativa que corresponde al caso,

¹⁹ La Sentencia Arbitraria por Falta de Motivación en los Hechos y el Derecho, Beatriz Angélica Franciskovic Ingunza, disponible en https://works.bepress.com/beatriz_franciskovicingunza/7, consultado 05 de enero de 2017, (2017-01-05).

siendo pertinente su aplicación a los antecedentes de hecho conforme lo prevé el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador por lo que no corresponde declarar violación alguna de derechos constitucionales, en especial al de la debida motivación de la sentencia, pues se observa que la misma es razonable, lógica y comprensible, y es congruente entre sus partes expositiva, considerativa y resolutive.

2.6.3. Cargos de legalidad.- Revisada la fundamentación del recurso de casación, efectuada por el procesado recurrente Román Antonio Trelles Trelles a través de su defensa técnica, encontramos que la única que reúne uno de los requisitos fundamentales como es precisar la modalidad de error in iure, conforme el principio de taxatividad, de las previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, es la atinente a una indebida aplicación del artículo 563 del Código Penal, actual 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, señalando que el procesado no ha incurrido en el delito constante en la norma antes indicada correspondiente al delito de estafa, sino que lo único que se ha dado es un negocio civil que se excluye del ámbito penal.

La Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, en su sentencia de 21 de diciembre de 2015, las 15h51, en el considerando Octavo que contiene la argumentación jurídica y motivación que realiza ese tribunal sobre el caso in examine, hace referencia a las mismas argumentaciones efectuadas por el acusado para fundamentar el recurso de casación, como fundamento de su recurso de apelación, en el sentido de que se trata de un asunto de naturaleza civil y mercantil, y no un asunto penal de estafa.

La Sala Provincial analiza la prueba constante en el proceso, a fin de determinar los puntos principales del juicio penal que son, la existencia del delito de estafa y la responsabilidad del procesado, para a continuación realizar el estudio conceptual del delito de estafa, tomando en consideración las significaciones del delito y los criterios doctrinarios vertidos al respecto, a fin de determinar cada uno de sus elementos constitutivos; es así que el tribunal ad-quem señala:

“El Art. 563 del Código Penal nos determina los elementos clásicos de la estafa: 1.- El engaño; 2.- El error; 3.- La disposición patrimonial; y, 4.- El perjuicio, siendo éste último el elemento de antijuricidad principal, el engaño o medio fraudulento que emplea el agente activo de la infracción para

hacerle caer en error a la víctima, que representa falsamente la realidad, y como consecuencia de ello, se desprende de todo o de parte de su patrimonio en beneficio de aquel”.

A continuación el tribunal de apelación analiza el contenido del contrato de compraventa, en especial el correspondiente al pago, el cual se realizó conforme lo estipulado, con excepción de 15 letras de cambio de 2.000 dólares para ser pagadas en forma mensual, señalando que esta situación fue ratificada por las personas que se encontraron presentes en ese acto, al comparecer en la audiencia de juicio, *“situación que no ha sido alegada ni cuestionada por el procesado”*. Consta también que se efectuó la entrega del vehículo al acusador particular, lo que permitió que éste haya trabajado en el bus materia del contrato, por el lapso de dos meses sin problemas, *“hasta cuando han escuchado comentarios de compañeros de la Cooperativa que decían que Román Antonio Trelles, no se acercaba a la Agencia Nacional de Tránsito para formalizar el cambio de socio del vehículo en favor de Manuel Jaramillo”*. Cabe señalar que, según lo analizado por el tribunal ad-quem, consta en la cláusula tercera del convenio de compraventa, que el vendedor entrega el vehículo *“y su derecho de trabajo en la cooperativa de Transportes Ciudad de Sucúa”* (sic).

Se analiza igualmente, que el comprador ha decidido suspender el pago de las demás letras de cambio, hasta que el vendedor solucione el problema de cambio de socio en la Cooperativa de Transporte; más por el contrario, el señor Román Trelles, sin autorización judicial para ello, el día 23 de abril de 2012, *“ha procedido a llevarse el bus que se encontraba estacionado en el terminal terrestre de Macas”*. Además, por aquella época, marzo-abril de 2012, se ha acercado un señor de apellido Altamirano, a reclamar el vehículo, por cuanto el señor Trelles debía dinero por la venta del vehículo, por lo cual existía una reserva de dominio a su favor, y de la prueba que ha sido valorada en la audiencia, el juzgador de instancia señala:

“En cuanto a los gravámenes que pesaban sobre el vehículo marca Chévolet, tipo bus, con año de fabricación 2005, con placas VAC0135, con las certificaciones otorgadas por la ANT Agencia en Macas-Morona Santiago, se determinó que el automotor el 12 de marzo del 2010, había registrado una reserva de dominio a favor de Ximena Altamirano, y, en fecha 1 de julio de 2011 había registrado otra reserva de dominio a favor del señor Manuel Antonio Espinoza Tigre, es decir la

existencia de dos impedimentos legalmente constituidos y que al momento de la venta no han sido comunicados por el vendedor Ramón Trelles, a su comprador el señor Manuel Jaramillo Vaca, estas restricciones hacen que se advierta el dolo y mala fe del vendedor, al realizar un contrato de compraventa de un bien mueble que estaba reducida su capacidad de venta por la reserva de dominio; (...)” (Sic).

Igualmente, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, analiza el tema del cambio de socio, a lo cual, sobre la base del acervo probatorio que ha estado en su conocimiento, dice:

“de la certificación de cambio de socio emitida por la ANT Agencia-Morona Santiago, mediante Resolución de Cambio de Socio/Vehículo No. 000961-CSVP-14-2011-ANT de fecha 07 de junio de 2011, dictada por la Agencia Nacional de Tránsito, ha procedido a formalizar el cambio de socio de la Cooperativa de Transportes de Pasajeros Ciudad de Sucúa, en el que se registra el socio que sale, en la especie el procesado Román Antonio Trelles Trelles, que dejaba de ser socio y en su remplazo se legalizó el nombre de Víctor Manuel Paguay Ramírez, con lo que se determina que a sabiendas el señor Román Trelles vendió el vehículo con la línea o puesto de trabajo en dicha Cooperativa, cuando ya estaba deshabilitado por la Agencia Nacional de Tránsito, es decir ya no le pertenecía; y, lo hace a sabiendas hizo constar en la cláusula tercera del convenio de compraventa (...); con la certificación en línea No. CVP-2015-00018329 emitida por la Agencia Nacional de Tránsito de 25 de agosto del 2015, de las 15h30 se determinó que el procesado Román Trelles a esa fecha ya no tenía vehículos registrados a su nombre, desprendiéndose por lo tanto que el vehículo tipo bus, marca Chevrolet, placas VAC0135, fue enajenado a otra persona diferente a la víctima en años anteriores a la celebración del contrato”. (Sic)

Según lo manifestado por el tribunal ad-quem, consta en el proceso que el cambio de socio se realizó con anterioridad al contrato de compraventa del vehículo, es decir que ya no era dueño de la línea o puesto de trabajo en calidad de socio de la Cooperativa de Transportes “Ciudad de Sucúa”, sobre lo cual el casacionista, en su fundamentación hace referencia a una serie de pruebas que este Tribunal de Casación no puede revalorar, por prohibición expresa del artículo 349 del Código

de Procedimiento Penal, por lo que sus pedidos son improcedentes, pues únicamente tiene permitido estudiar y analizar la actuación del tribunal ad-quem en su función de evaluación de la prueba constante en la sentencia, que luego es objeto del recurso de casación.

La Sala Provincial ha llegado a la certeza de que se ha demostrado la existencia del delito de estafa y sus elementos constitutivos, así como la responsabilidad del procesado Román Antonio Trelles Trelles, en calidad de autor, señalando:

“esto es el engaño al que acudió el procesado Román Antonio Trelles, para inducir a error al comprador, se da en venta ocultando el vendedor dicho vicio y a consecuencia del cual, un comprador de buena fe como Manuel Jaramillo, sufre un perjuicio patrimonial; (...), haciéndose evidente que en el vehículo Marca Chevrolet, tipo bus, de año de fabricación 2005 y con placas VAC0135, pesaba restricciones de dominio, no solo de una, sino dos ‘reservas de dominio’, y al realizar el contrato de compraventa y enajenación perpetua a favor del señor Manuel Francisco Jaramillo Vaca, sin hacerle conocer sobre la segunda reserva de dominio que pesaba sobre el bien materia de la compraventa, como tampoco constó en el contrato las limitaciones y restricciones existentes, a sabiendas que desde el 7 de junio del 2011 había procedido a cambio de socio de la Cooperativa de Transportes de Pasajeros Ciudad de Sucúa, a favor de Víctor Manuel Paguay Ramírez, haciendo constar en el contrato de compraventa del vehículo suscrito el 15 de febrero del 2012, en la cláusula tercera que la venta lo hacía con ‘su derecho de trabajo en la Cooperativa de Transportes Ciudad de Sucúa’, y compartiendo con el razonamiento del Tribunal de Garantías Penales en su sentencia ‘infundiendo en el comprador una falsa expectativa y una idea quimérica de ser dueño y socio de la tantas veces citada Cooperativa de Transporte Ciudad de Sucúa, induciendo al error a dicho comprador puesto que de haber conocido de antemano que dicho vehículo tenía restricciones en su enajenación y que en esa fecha (15 de febrero de 2012) ya no poseía el puesto de trabajo en dicha Cooperativa, jamás hubiera comprado dicho automotor en el precio y condiciones pactadas en el contrato’ (...). De la prueba actuada tenemos la certeza sobre la existencia del delito de estafa y la responsabilidad del procesado Román Antonio Trelles Trelles, (...)”. (Sic)

Este Tribunal de Casación precisa que la causal de indebida aplicación conlleva la obligatoriedad de



especificar cuál sería la norma correcta que debía aplicarse al caso concreto, lo que forma parte de la argumentación jurídica que el casacionista debe exponer para sustentar el recurso planteado, caso contrario la proposición jurídica sería incompleta, conforme ocurre en el presente caso, en que la alegación realizada por el procesado, cuando invoca aplicación indebida del artículo 563 que contiene el tipo penal atribuido al ahora impugnante, pero sin determinar cuál era la norma que se debía aplicar en el caso, quedando la pretensión en el vacío, en ausencia de esta preposición que completa la alegación.

Conforme se ha señalado *ut supra*, la indebida aplicación supone el uso por parte del juzgador, de una norma que no corresponde con los hechos juzgados y probados en juicio, más por el contrario, el tribunal de apelación ha realizado un análisis exhaustivo del antecedente fáctico y de todo el acervo probatorio constante en el proceso, que le ha llevado a la conclusión adecuada de que se ha configurado la existencia del delito de estafa tipificado y sancionado en el artículo 563 del Código Penal, pues de lo manifestado se desprende que, al existir impedimentos legales para que se pueda vender el vehículo, los cuales no se encontraban saneados y que además fueron ocultaron al comprador, el bien (vehículo) se encontraba fuera del comercio, y a pesar de ello haber realizado el negocio, evidenciando el dolo del sujeto activo atribuible al vendedor y acusado en la presente causa, señor Román Trelles Trelles, a lo que se suma el hecho que se transfirió junto con el automotor los derechos derivados de la calidad de socio de la Cooperativa de Transporte “Ciudad de Suquí”, que fueron cedidos a una tercera persona, tal como se hizo constar en el contrato respectivo, dentro de la cláusula tercera, llamado Víctor Manuel Paguay Ramírez. Consecuentemente, al haberse subsumido los hechos en el tipo penal de estafa, previsto en el artículo 563 del Código Penal, el juez, al contrario de lo planteado por el casacionista, ha aplicado la norma que correspondía al caso, siendo por tanto improcedente la causal de indebida aplicación de la ley propuesta por el señor Román Antonio Trelles Trelles.

2.6.4 Finalmente, el recurrente ha hecho mención, aunque no enmarcándose en el tecnicismo del recurso de casación, a una serie de normas atinentes a la legislación de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial y a otras que son aplicables en el ámbito civil; así, ha referido los artículos 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y 169 inciso segundo del

Reglamento, que conforme manifiesta el mismo procesado, lo que registra o acredita la matrícula del vehículo, en lo principal, es la propiedad del vehículo, situación que no se encuentra en tela de duda, pues es evidente que al momento de la venta del vehículo, el señor Román Trelles Trelles era el propietario del automotor; pero, lo que pretende el acusado es que se determine que en la matrícula constaban los gravámenes, lo cual no ha sido confirmado por el juzgador, y por el contrario, su resolución está encaminada a señalar que las prohibiciones no estaban al alcance del conocimiento del comprador.

Así también, menciona el recurrente, una serie de normas del Código Civil, las cuales son atinentes a ese ámbito y al negocio civil, lo que, acorde a lo analizado por el tribunal de apelación y en la presente sentencia, de ninguna manera desvirtúa la actuación dolosa que se ha determinado, encasillando la misma en el ámbito penal, en el delito de estafa por el cual ha sido condenado el señor Román Trelles Trelles, aun cuando las normas civiles pueden resultar de un objeto ilícito por la existencia de gravámenes que ponen al automotor fuera de comercio.

En lo demás, revisada en su totalidad la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, el Tribunal de Casación determina que no existe motivo alguno para, que se case la sentencia de oficio.

3. DECISIÓN

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**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, 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 presentado por el procesado señor ROMÁN ANTONIO TRELLES TRELLES. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal que lo remitió a esta Corte, para los fines legales pertinentes.- Actúe el doctor Carlos Iván Rodríguez García, Secretario Relator de la Sala.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL PONENTE. Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL. Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.

II

Caso No. 425-2015
Resolución No. 202-2017
Fecha: 03 de febrero de 2017

TEMA: Delito Asesinato. La alevosía o el ensañamiento como circunstancias constitutivas del delito de asesinato. Para que se presente la alevosía debe existir una acción del agresor que le permita anular el riesgo para sí al momento de ejercer la violencia sobre la víctima. En una reunión social se ha producido una riña entre varias personas en similar número, no ha existido planificación, no hubo proyección por ninguna de las personas que intervinieron en la agresión, es decir no hubo alevosía, empero el ataque fue con armas contundentes y cortopunzantes, produciéndose heridas en la víctima que dejan entrever la magnitud de la violencia ejercida por el sujeto activo, lo que se adecua al ensañamiento.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

De la sentencia dictada por el tribunal a quo, se evidencia como hecho fáctico que: " ... el sábado 12 de abril del 2014, en horas de la noche, el señor Albert Leoncio Landázuri, en compañía de sus amigos Manuel Lita Vargas, José Montalvo Chacón, Carlos Antonio Lita, se encontraban en una fiesta en el sector de Quitubi, parroquia Imantag, Cantón Cotacachi, permaneciendo hasta las 04h30, en donde deciden retirarse a sus domicilios. Al caminar pocos metros del lugar de la fiesta son atacados brutalmente sin que mediara motivo alguno aprovechando el despoblado, la noche, por parte de José Manuel Cabezas Lita, alias " Mamut", Cristian Araque Ramos alias choqui, los adolescentes Silvio Quito Túquerres, y Javier Lita Campos, quienes ya fueron sentenciados al máximo de la pena, todos miembros de la pandilla denominados Los Cobras, atacando con palos, correas, objetos contundentes, y piedras. Estos objetos y elementos causaron la muerte de Albert Leoncio Landázuri, quien fue botado al piso sin posibilidad de defenderse y siguió siendo atacado salvajemente, sus amigos escaparon pero él fue tirado en la calzada cerca del campamento de la empresa constructora, con heridas descritas por el perito Dr. Alfonso Pasquel, de cráneo y cara producidas por objetos contundentes, produciéndosele una muerte violenta..." [sic.]. El jueves 15 de enero de 2015, el Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Ibarra, razonando que ha llegado a la certeza de que los acusados han infringido un ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por un tipo penal (tipicidad), y cuya acción puede serle atribuida como autor (culpabilidad), declaró a Cristian Geovanny Araque Ramos y José Manuel Cabezas Lita, culpables, del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450, con la circunstancia del numeral 1 (alevosía), del Código Penal, imponiéndoles la pena atenuada de doce años de reclusión mayor extraordinaria a José Manuel Cabezas Lita y la pena de seis años de reclusión mayor extraordinaria a Cristian Araque Ramos en base a los numerales 7, 8 del Art. 29, Art. 42, Art. 43, Art. 47 y Art. 72 del Código Penal; de ésta sentencia, apelaron los sentenciados.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El viernes 6 de marzo de 2015, las 14h28, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, desecha el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado José Manuel Cabezas Lita, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales



de Imbabura con sede en la ciudad de Ibarra. Su razonamiento fue que: " Por lo tanto, de todo el acervo probatorio aportado analizado precedentemente, encontramos que se han justificado los presupuestos exigidos por los Arts. 85, 250 y 252 del código adjetivo penal, esto es, la existencia de la infracción y la responsabilidad, prueba que comporta plena validez al haber observado el principio de legalidad probatorio señalado en el Art. 83 ibídem; además, se ha establecido el nexo causal entre la conducta y el responsable. Así, la conducta se subsume en el tipo penal del Art. 450. 1 del Código Penal." Respecto del sentenciado Cristian Geovanny Araque Ramos, aceptó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Tribunal A quo, ratificando su estado de inocencia y por ende las medidas cautelares personales y reales dictadas en su contra. El sentenciado José Manuel Cabezas Lita, 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.

SÍNTESIS CASACIÓN

Dentro de la fundamentación del recurso de casación interpuesta por el encartado José Manuel Cabezas Lita, se expresó: que se logró demostrar plenamente que se había producido una pelea entre dos grupos de jóvenes quienes no planificaron esa pelea sino que se produjo de manera espontánea y el resultado fue una muerte, por lo tanto, el delito a aplicarse o la infracción que pudo producirse es la que se conoce como muerte en riña, es así que el artículo 461 del Código Penal, a su criterio, la sentencia impugnada, no cumple con las formalidades que exigen los artículos 304 y 309 del Código de Procedimiento Penal, al no existir un elemento probatorio presentado por parte de Fiscalía que establezca que su patrocinado haya ocasionado la muerte del hoy occiso, por lo que, considera que la Sala de la Corte Provincial violentó la ley al no aplicar una norma o tipo apropiado frente a los hechos fácticos que son materia de la acción, sino que debía necesariamente haber aplicado la disposición contenida en el artículo 461 del Código Penal, es decir, muerte en riña pero no asesinato, solicita se acepte el recurso y se ratifique el estado de inocencia el recurrente. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resuelve, declarar " improcedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado José Manuel Cabezas Lita". El Tribunal de Casación, casa de oficio la sentencia impugnada, por haberse indebidamente aplicado la circunstancia 1, del artículo 450 del Código Penal, esto es la alevosía, que fuera declarada por el Tribunal juzgador, derivó de un razonamiento errado, debido a que, para que ésta se presente debe existir una acción del agresor que le permita anular el riesgo, para sí, al momento de ejercer la violencia sobre la víctima; y, de lo demostrado por el Tribunal de Apelación, se desprende que la riña que se produce entre el sujeto activo y pasivo, en el que resultó muerto éste último, es producto de los hechos que se dieron en un baile, es decir, no estuvo planificado o proyectado por ninguna de las personas que intervinieron en la agresión que en un principio fue entre varias personas en igual número, consecuentemente, no se ha demostrado la alevosía, siendo la correcta la circunstancia 4, del mismo tipo penal, ratificando la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 425-2015

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, viernes 3 de febrero del 2017, las 10h00.-
1. ANTECEDENTES.

1.1. Contenido de la sentencia impugnada vía casación.

El procesado José Manuel Cabezas Lita, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 6 de marzo de 2015, las 14h28, que confirma en todas sus partes el fallo emitido por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, el 15 de enero de 2015, las 14h03, en la que declaró su culpabilidad en calidad de autor de delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 450.1 del Código Penal, por lo que, le impuso la pena modificada de doce años de reclusión mayor extraordinaria; en tanto que, ratificó el estado de inocencia del ciudadano Cristian Geovanny Araque Ramos.

De la sentencia dictada por el tribunal *a quo*, se evidencia como hecho fáctico que:

“...el sábado 12 de abril del 2014, en horas de la noche, el señor Albert Leoncio Landázuri, en compañía de sus amigos Manuel Lita Vargas, José Montalvo Chacón, Carlos Antonio Lita, se encontraban en una fiesta en el sector de Quitubi, parroquia Imantag, Cantón Cotacachi, permaneciendo hasta las 04h30, en donde deciden retirarse a sus domicilios. Al caminar pocos metros del lugar de la fiesta son atacados brutalmente sin que mediara motivo alguno aprovechando el despoblado, la noche, por parte de José Manuel Cabezas Lita, alias “Mamut”, Cristian Araque Ramos alias choqui, los adolescentes Silvio Quito Túquerres, y Javier Lita Campos, quienes ya fueron sentenciados al máximo de la pena, todos miembros de la pandilla denominados Los Cobras, atacando con palos, correas, objetos contundentes, y piedras. Estos objetos y elementos causaron la muerte de Albert Leoncio Landázuri, quien fue botado al piso sin posibilidad de defenderse y siguió siendo atacado salvajemente, sus amigos escaparon pero él fue tirado en la calzada cerca del campamento de la empresa constructora, con heridas descritas por el perito Dr. Alfonso Pasquel, de cráneo y cara producidas por objetos contundentes, produciéndosele una muerte violenta...” [sic.]

1.2. Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

- Auto de 17 de marzo de 2015, las 10h05, dictado por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, por medio del cual concede el recurso de casación interpuesto por el sentenciado José Manuel Cabezas Lita.
- Sorteo de 7 de abril de 2015, realizado dentro de la causa penal No. 17721-2015-0425, por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual se radicó la competencia en este Tribunal de Casación.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de sustentación del recurso de casación, diligencia a la que comparecieron la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado; doctor Gustavo Marcelo Vásquez Reina, abogado defensor del procesado y recurrente José Manuel Cabezas Lita, y del acusado Cristian Geovanny Araque Ramos, no recurrente.

1.3. Cargos planteados por la defensa técnica del recurrente José Manuel Cabezas Lita:

- La Corte Provincial de Justicia de Ibarra al emitir su sentencia con fecha 6 de marzo de 2015, ha violado la ley ejerciendo una aplicación indebida de la misma, por haber utilizado una normativa impertinente a la relación fáctica que es materia de esta acción.
- El día 12 de abril de 2014, en una comunidad rural de la provincia de Imbabura se produce una fiesta que era el matrimonio de una pareja, a este lugar acudieron el occiso Leoncio Landázuri, Manuel Vargas, José Montalvo, Carlos Lita, José Manuel Cabezas Lita, Xavier Lita y un adolescente de nombres Silvio Quilca; los dos grupos de jóvenes acudieron a esa fiesta sin ser invitados, compartieron toda la tarde y noche, a la madrugada se produce una discusión entre el occiso de nombres Leoncio Landázuri y el adolescente Silvio Quilca; por esa discusión, se termina la fiesta y los novios exigen que



los invitados salgan del domicilio y se termina la reunión; pero, a continuación, en la vía pública continúa la pelea entre estos dos grupos de jóvenes quienes utilizando piedras, puñetes, puntapiés y correas de forma mutua y equiparada (tres personas de un lado y otro), da como resultado la muerte de una persona (Leoncio Landázuri), de origen colombiano y quien protagonizó la pelea; de esa muerte en el sector se enteraron al día siguiente por información de elementos de la Policía Nacional.

- En la audiencia tanto del Tribunal Penal como de la Corte Provincial de Justicia se esclarecieron los hechos y específicamente se logró demostrar plenamente que se había producido una pelea entre dos grupos de jóvenes quienes no planificaron esa pelea sino que se produjo de manera espontánea y el resultado fue una muerte, por lo tanto, el delito a aplicarse o la infracción que pudo producirse es lo que se conoce como muerte en riña, es así que el artículo 461 del Código Penal establece que cuando se produce una gresca o pelea resultado de lo cual se da la muerte, todos los implicados deberán responder por el delito de muerte en riña.
- La Corte Provincial al emitir la sentencia condenatoria imputó a su patrocinado como autor del delito de asesinato, pero para ello no existe medio probatorio alguno; pues, todos los agentes policiales que intervinieron en la investigación, las personas que acompañaron al occiso así como quienes participaron con él en la pelea, reconocieron y declararon que la pelea fue mutua, que estaban tres contra tres y que definitivamente no podían precisar qué persona pudo haber agredido al señor Landázuri y ocasionarle la muerte, porque fue una pelea confusa en la que no se sabía quién peleaba contra quién; los testigos utilizados por Fiscalía y los amigos del occiso señores Manuel Vargas, José Montalvo, Carlos Lita y Marco Chico informaron que pudieron identificar que el colombiano, con quien más peleó fue con el adolescente, por lo que se puede presumir que este último fue quien terminó con la vida de la víctima.
- Ha demostrado que el procesado Manuel Cabezas Lita, es una persona inimputable porque adolece de esquizofrenia por enojo,

lo que se desprende del reconocimiento médico legal incorporado al proceso.

- Impugna la sentencia por no cumplir las formalidades que exigen los artículos 304 y 309 del Código de Procedimiento Penal, al no existir un elemento probatorio presentado por parte de Fiscalía que establezca que su patrocinado haya ocasionado la muerte al señor Landázuri, por lo que, considera que la Sala de la Corte Provincial violentó la ley al no aplicar una norma o tipo apropiado frente a los hechos fácticos que son materia de la acción, sino que debía necesariamente haber aplicado la disposición contenida en el artículo 461 del Código Penal, es decir, muerte en riña pero no asesinato.

Solicita se acepte el recurso y se revoque la sentencia declarando la inocencia de su patrocinado por la inimputabilidad en la que se encuentra inmerso, o a su vez, revocar la referida sentencia modificándola por el delito de homicidio o muerte en riña.

1.4. Alegaciones por parte de la delegada del señor Fiscal General del Estado:

- En relación con el cargo de la inimputabilidad del recurrente Cabezas Lita José Manuel Sobre, a fojas 14 de la sentencia de segundo nivel, la Corte al hacer la evaluación sobre las categorías dogmáticas del delito y al hablar sobre la culpabilidad trata este tema y deja claro que el recurrente estaba en condiciones normales para poder saber y conocer qué actos realizaba ese día, tan es así que, todas las personas dan cuenta que no existió ninguna actuación fuera de lugar; al no haberse probado inimputabilidad, la capacidad legal del hoy recurrente lo ubica en condiciones de asumir su responsabilidad, existe el testimonio de una psicóloga que valoró al señor José Manuel Cabezas Lita y que determinó que tiene rasgos de esquizofrenia por enojo; pero, que es una persona consciente, sabe y conoce sobre su acción, por lo que está descartada la afirmación de su defensor.
- Respecto al tipo penal, se dice que hay una indebida aplicación del artículo 450.1 del Código Penal, por lo que se debe remitir al artículo 461 del Código Penal, que habla de la riña o agresión, en el cual el requisito *sine qua non* para que se produzca es primero que no se identifique a la persona que causó la muerte, pero una vez identificada,

la carga penal va en contra de quien es el autor del hecho, que en este caso es el hoy recurrente, por lo que no es aplicable esta norma para él.

- No existe incumplimiento ni falta de aplicación del artículo 304-A porque el juzgador luego de analizar todos los elementos que se pusieron en su conocimiento, hace una argumentación coherente y lógica y, sus premisas mayor, menor y conclusiones son relacionadas entre sí, concordantes y unívocas, lo que hacen prever y determinar quién cometió el hecho delictivo; que además la sentencia está debidamente motivada y el Tribunal llegó a la certeza de la participación del señor José Manuel Cabezas Lita; respecto a la alegación del incumplimiento del artículo 309 del Código de Procedimiento Penal, éste no es parte del recurso casacional sino del recurso de nulidad como lo señala el artículo 330.2 ibídem, por tanto, no tiene tampoco asidero jurídico y no permite modificar y levantar una sentencia de condena que además está sostenida en un doble conforme.

Solicita se deseche el recurso por no cumplir lo estipulado en el artículo 349 del Código Procesal Penal.

1.5. Intervención de la defensa técnica del procesado Cristian Geovanny Araque Ramos, no recurrente:

Al haber sido declarado inocente por el Tribunal de Apelación, solicita se confirme su inocencia.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN.

2.1. Competencia:

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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, 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 número 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 números 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.

2.2. Sobre el recurso de casación:

El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, con el que se ha sustanciado la presente causa, establece de manera expresa, las causales por las que procede el recurso de casación, así, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que 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; de ahí que la casación es un medio extraordinario de impugnación, por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva y adjetiva penal.

En este contexto, cabe puntualizar 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”¹, con lo cual concuerda Gilberto Martínez Rave, quien agrega que el recurso extraordinario de casación “es el que

¹ Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

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

Para analizar el recurso de casación, los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, han definido parámetros, estableciendo 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”³.

Es por ello que, el recurrente debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del casacionista.

2.3. Estudio jurídico de la impugnación esgrimida por el recurrente.

1) Indebida aplicación de la norma contenida en el artículo 450.1 del Código Penal, siendo la norma a considerarse la dispuesta en el artículo 461 *ibídem*.

La causal que se invoca, corresponde a que tras la valoración de la prueba, el hecho fáctico, no se ajusta a los elementos de la tipicidad que contiene la norma con la que se sancionó la conducta típica, antijurídica y culpable atribuible a determinado sujeto; de otro lado, el artículo que se alega se debió considerar señala lo siguiente:

Artículo 461 del Código Penal “Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare una muerte, sin que constare quien o quienes la causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se aplicará la pena de uno a cinco años de prisión y multa de treinta y un a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.”

La norma citada supra, contiene elementos del delito que describen conductas delictivas, que no individualiza a un solo sujeto activo; lo que implicaría que el hecho fáctico se habría producido en una riña, y como consecuencia resultó la muerte de un individuo; en ese contexto, según la argumentación propuesta, sustentada con base a que el día de los hechos se enfrentaron dos grupos en igual número de personas, quienes no planificaron la pelea, sino que se ha producido de manera espontánea, y que no se puede precisar la persona que dio muerte al ciudadano de nacionalidad colombiana Albert Leoncio Landázuri Cuabu, lo que generaría la no configuración del tipo penal de asesinato por el que ha sido sentenciado (artículo 450.1 CP).

Contrastado este argumento con la decisión a la que ha arribado el Tribunal de Apelación, luego de un estudio completo e individualizado del acervo probatorio y subsumido a un análisis dogmático del tipo penal acusado -asesinato- con apego a sus facultades como órgano jurisdiccional de alzada, donde se desprende que, efectivamente la conducta ejercida por el hoy recurrente se ajusta al contenido de lo que dispone el artículo con el que fue sancionado, con el grado de participación de autor, dada la valoración probatoria estructurada sobre los elementos aportados por los sujetos procesales, y sobre la lógica, razonabilidad y comprensibilidad que implica dar a entender las premisas que constituyen el sustento del fallo que hoy se ha recurrido; ya que, el resultado producido por el accionar del procesado, conforme el *ad quem* lo razona en el considerando “6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL” de la sentencia objetada, donde se determinó claramente que fue el hoy casacionista quien agredió a la víctima, producto de lo cual le ocasionó su deceso, lo que implica que el juzgador de segunda instancia subsumió correctamente el

² Martínez Rave Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 457.

³ Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 444-2014.

tipo penal al caso puesto a su conocimiento y resolución; en consecuencia no se acepta esta alegación.

2) Imputabilidad

La defensa técnica del recurrente sostiene que su defendido no es responsable de la acción delictiva cometida en contra del occiso Albert Leoncio Landázuri Cuabu, en razón de que su actuar no ha sido cometido con conciencia y voluntad, debido a que adolece de la enfermedad de esquizofrenia por enojo.

Conforme se observa de este fundamento, el recurrente no ha cumplido con la obligación de apegar su alegación a los parámetros de procedencia casacional, puesto que no ha señalado norma jurídica vulnerada, causal de casación y parte específica de la sentencia objetada donde se encuentra el error de derecho.

Sin embargo, el suscrito Tribunal aplicando el principio *iura novit curia*, previsto en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, entiende que la causa de imputabilidad a la que se refiere el impugnante recae en la prevista en el artículo 34 del Código Pernal, que trata sobre la perturbación mental absoluta, circunstancia que, de demostrarse, conllevaría a que el acto cometido por el procesado no fue con voluntad y conciencia, lo que implicaría a su vez que el acto típico no es imputable a quien ejecutó la acción, debido a la ausencia del elemento subjetivo -dolo-.

El artículo 32 del Código Penal, determina que “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”, en efecto, para que la conducta típica y antijurídica pueda ser atribuida al autor es necesario la concurrencia del presupuesto de la imputabilidad, es decir, que se establezca que el sujeto activo tenía la capacidad de comprender y entender la ilicitud del comportamiento.

La doctrina, respecto al fundamento de la imputabilidad, sostiene que “radica en la libertad moral, en el libre albedrío. Será imputable la persona que es moralmente libre y capaz de decidir entre el cumplimiento de la ley y su violación. Para ello deberá tener inteligencia y voluntad, suficiente para

conocer y decidir, o si se quiere, capacidad para comprender el medio circundante y su propia realidad en relación con ese medio, y para decidirse en conformidad con esa comprensión. En definitiva debe ser una persona con madurez y normalidad psicológica”⁴, y para que sea considerada una persona imputable del acto delictual, debe existir una vinculación subjetiva concreta, que de acuerdo al presente caso, es el dolo, definida por nuestro ordenamiento penal⁵, como el designio de causar daño. Ahora bien, para la comprobación del dolo, debe existir dos elementos: i) conocimiento: y, ii) voluntad; el primero, se refiere a que el sujeto activo debe tener conciencia de la acción u omisión que ejecuta y que el resultado de ello, es la vulneración a un bien jurídico protegido; mientras que el segundo presupuesto, radica en que el agente haya dirigido voluntariamente su acto delictivo para obtener el resultado deseado.

En el presente caso, ha quedado sentado que, en efecto, las acciones ejercidas por el hoy recurrente fueron con plena conciencia y voluntad, dirigida a la afectación del bien jurídico protegido, que para el tipo penal de asesinato es la vida, puesto que, la “esquizofrenia por enojo” que ha sido diagnosticado, no limitó la capacidad de entendimiento y actuación delictual, conforme así lo ha determinado el Tribunal de Apelación al razonar que:

“La Imputabilidad, como condición de que la persona procesada se encuentre con plenas facultades mentales y biológicas, al momento del hecho. JOSÉ MANUEL CABEZAS LITA, de nacionalidad ecuatoriana, documento de identificación No.1002507594, de 21 años de edad, estado civil soltero, ocupación albañil y domiciliado en la ciudad de Quito, estaba en condiciones normales de saber lo que hacía en la madrugada del 13 de abril del 2014, da razones de haber estado en la fiesta el 12 y 13 de abril del 2014, en Imantag, recuerda que se produjo una pelea entre dos grupos, de tener una correa, empero, elude el acto por cual se le ha juzgado, se descarta entonces, haberse encontrado anuladas sus condiciones mentales y físicas, y que tampoco sea menor de edad, tornase por

⁴ Albán Gómez, Ernesto. MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO PARTE GENERAL. Quito-Ecuador. Ediciones Legales S.A. Primera Edición. p. 186.

⁵ Código Pernal. “Art. 14. La infracción es dolosa o culposa. La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño (...)”

tanto, en persona plenamente capaz de ser juzgada y sancionada con una pena. (...) No se ha probado tampoco que el sentenciado de la referencia reúna ninguna de estas condiciones, ni aquellas, para que pueda ser considerado inimputable, por tanto, su capacidad legal le ubica en condiciones de asumir su responsabilidad penal, es decir, es Imputable. El testimonio de la Psicóloga Margarita Troya quien realizó la valoración psicológica de José Manuel Cabezas Lita, determinó que tiene rasgos de esquizofrenia por enojo, que su actitud sobrepasa los rasgos de lo tolerable a la ira, por lo que procedió mal, reconoce lo que es el bien y el mal, que psicológicamente es estable, consciente, por lo que está descartado lo aseverado por su defensor al solicitar que se aplique lo determinado en el artículo 34 del Código Penal, al ser una persona inimputable.” [Sic.]

En definitiva, se ha demostrado que el procesado ha actuado con plena conciencia y voluntad en la comisión del acto típico, descartándose con ello, la imputabilidad argüida por el recurrente.

3) Transgresión a los artículos 304 A y 309 del Código de Procedimiento Penal.

El impugnante incurre nuevamente en apartarse de la tecnicidad que demanda el recurso extraordinario de casación, debido a que, si bien ha señalado dos disposiciones legales presuntamente vulneradas, no las ha subsumido bajo alguna de las tres causales expresamente determinadas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, contrariándose con ello el principio de taxatividad. Pese a ello, las normas legales invocadas en su orden manifiestan:

“Art. 304-A (304.1).- [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.”

“Art. 309.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia reducida a escrito, deberá contener:

1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para identificarlo;
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 las juezas y jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;
4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas;
5. La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular;
6. La existencia o no de una indebida actuación por parte del fiscal o defensor. En tal caso se notificará con la sentencia al Consejo de la Judicatura para el trámite correspondiente; y,
7. La firma de los jueces.

La primera norma legal se refiere a la motivación que debe proporcionar el juzgador sea para declarar la responsabilidad del procesado o a su vez para ratificar su estado de inocencia; en el caso en análisis, ha quedado establecido que el Tribunal *ad quem*, con absoluta certeza ha llegado a la convicción de la demostración del tipo penal de asesinato, y la responsabilidad del acusado José Manuel Cabezas Lita, en calidad de autor, conforme nos hemos referido en apartados precedentes, lo que torna que la decisión de culpabilidad sea el resultado de un análisis completo, técnico y jurídico, basado en un estudio dogmático del tipo penal acusado.

En cuanto a la segunda disposición legal, que se refiere a los requisitos que debe contener una sentencia, y revisado el fallo recurrido vía casación, el juzgador de apelación ha cumplido con esta norma legal, lo que desemboca que este cargo también sea rechazado *ipso facto*.

2.4. Casación de oficio

El artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, contempla la posibilidad de corregir los errores que contenga la sentencia de apelación *ex officio*, para lo cual, este Tribunal luego de examinar la sentencia recurrida observa que la Sala de Apelación, ha violado la ley por indebida aplicación del numeral 1 del artículo 450 del Código Penal.

En el caso *sub judice*, ha quedado identificado por parte de los jueces de instancia, al sujeto activo del delito José Manuel Cabezas Lita; del mismo modo, existe un sujeto pasivo-víctima, que se trata del occiso Albert Leoncio Landáruzi Cuabu, hecho acaecido el 13 de abril del 2014, en la comunidad Quitubi, de la parroquia Imantag, del cantón Cotacachi, provincia de Imbabura.

Lo que corresponde a este Tribunal es, analizar si la conclusión a la que arribó el Tribunal de Alzada, en la declaratoria de culpabilidad del acusado, hoy

recurrente, en el delito de asesinato por la demostración de la **circunstancia de alevosía**, fue del resultado de la apreciación de la prueba, por ende, este Tribunal de Casación, desde su rol de órgano encargado del control de la legalidad de los fallos emitidos por los tribunales de segunda instancia, y de subsanar los yerros jurídicos contenidos en la sentencia impugnada, procede a indicar, sin hacer un reexamen probatorio, sino que toma a la prueba como ha sido consignada en la sentencia objetada; destacándose, que el juzgador ha razonado lo siguiente:

“Los elementos valorativos o normativos del tipo, son complementos de los tipos penales simples, y que, en general la ley les ha previsto, porque sirven como factores de agravación o de atenuación de la pena, entre los mínimos y los máximos. El antedicho artículo 450 del Código Penal prevé que es asesinato el homicidio se comete en las circunstancias, que se las conoce como agravantes constitutivas o modificatorias del tipo, es decir, la misma norma jurídica ya prevé la gravedad del acto al calificarlo de “asesinato” al homicidio agravado; esas circunstancias saltan a la vista o se infieren de la misma prueba actuada en el juicio, y tenemos que el tribunal a quo ha establecido la existencia de la circunstancia prevista en el numeral 1 del artículo 450 del Código Penal, esto es la “alevosía”.

La alevosía es una circunstancia agravante de la responsabilidad penal del agente, generalmente contemplada en los delitos contra las personas y contra la vida; su origen se remonta al ordenamiento jurídico español, italiano (omicidio con agguato) y francés (guet-apens). En España e Italia, a la alevosía se la ha entendido como la comisión de un delito “a traición y sobre seguro”, es decir, “el empleo de medios, modos o formas en la ejecución del hecho que tienden a asegurar el delito, sin riesgo para el autor de acciones que procedan de la defensa que pudiera hacer el sujeto pasivo o un tercero” (Soler, 2009). La utilización, según indica el perito doctor Alfonso Nicanor Pasquel Beltrán, **de objetos contundentes (piedras), cortes que correspondían a armas corto punzantes, pudiendo haber sido por hebillas de correas, refiriendo a las heridas halladas al momento de practicar la experticia de necropsia del cadáver de Landázuri Cuabu Albert Leoncio, el 14 de abril del 2014, son lesiones que se concretan en el cráneo y la cara, ocho heridas en la cara y cuero cabelludo, produciendo por los objetos contundentes hundimiento del cráneo y desprendimiento del cuero cabelludo, con exposición de la materia cerebral de los hemisferios cerebrales, es decir se había partido el cráneo.** Que el hoy occiso, tenía excoriaciones en el dorso de las manos, y muñecas, notándose que había luchado por su vida, que tenía ingesta de alcohol en el estómago, las heridas de defensa son llamativas con los brazos en estado de contracción, contra el cuerpo, de lo que se protege las

áreas que él considera las más importantes, lo que tiene sus escoriaciones en sus gestos de defensa (...)” [Sic.] (lo resaltado nos corresponde

La circunstancia de alevosía que ha sido declarada por el juzgador, derivó de un razonamiento errado, debido a que, para que ésta se presente debe existir una acción del agresor que le permita anular el riesgo, para sí, al momento de ejercer la violencia sobre la víctima; y, de lo demostrado por el Tribunal de Apelación, se desprende que la riña que se produce entre el sujeto activo –José Manuel Cabezas Lita- y víctima –Albert Leoncio Landázuri Cuabu-, en la que resultó muerto éste último, es producto de hechos que se dieron en un baile, es decir, no estuvo planificado o proyectado por ninguna de las personas que intervinieron en la agresión que en un principio fue entre varias personas en igual número, consecuentemente no se ha demostrado la alevosía.

Empero, el ataque que sufrió el hoy occiso fue con armas contundentes y corto punzantes –piedras, hebillas de correas-, lo que le provocó heridas graves a nivel de cráneo y cara, provocándole “hundimiento del cráneo y desprendimiento del cuero cabelludo, con exposición de la materia cerebral de los hemisferios cerebrales, es decir se había partido el cráneo.”, lo que deja entrever la magnitud de la violencia que ejerció el sujeto activo en la comisión del acto delictual, lo que implica que su actuación se adecuaba a la circunstancia de ensañamiento, puesto que, aumentó deliberadamente el sufrimiento de la víctima, ocasionándola mayor sufrimiento con actos de crueldad, lo que se evidencia de la pericia médico legal que determinó “el hoy occiso, tenía excoriaciones en el dorso de las manos, y muñecas, notándose que había luchado por su vida, que tenía ingesta de alcohol en el estómago, las heridas de defensa son llamativas con los brazos en estado de contracción, contra el cuerpo, de lo que se protege las áreas que él considera las más importantes, lo que tiene sus escoriaciones en sus gestos de defensa”; por lo que, es evidente la forma cómo la víctima mientras recibía la brutal agresión, trataba, a toda costa, de defenderse, lo que implica que estuvo consiente al momento que recibía el ataque; acontecimientos que el tribunal *ad quem*, no ha razonado, lo que conlleva que haya aplicado indebidamente la circunstancia 1, del artículo 450 del Código Penal, siendo la correcta la circunstancia 4 de la indicada norma sustantiva penal.

3. DECISIÓN.

Por las consideraciones que anteceden, 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, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, resuelve, por unanimidad:

- i) Declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado José Manuel Cabezas Lita.
- ii) De oficio, casar la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, de 6 de marzo de 2015, las

14h28, por haberse indebidamente aplicado la circunstancia 1, del artículo 450 del Código Penal, siendo la correcta la circunstancia 4, del mismo tipo penal, ratificando la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, impuesta al referido sentenciado.

- iii) Ejecutoriada la sentencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para su ejecución.

Notifíquese y cúmplase.-

f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL.



III

Caso No. 17721-2015-0571
Resolución No. 0267-2017
Fecha: 22 de febrero de 2017

TEMA: Delito: Secuestro extorsivo. La conducta sancionada como plagio en el Código Penal, no se ha despenalizado, pues coincide con los elementos del tipo calificado como secuestro extorsivo en el COIP. La norma aplicable para el juzgamiento y sanción de la infracción es la que se encontraba vigente al momento del cometimiento del delito, es así que si la fecha de los sucesos fue el día 14 de mayo de 2014, es aplicable el Código Penal, con su figura el Plagio; pero, con relación a la pena, se debe imponer la que sanciona el COIP por secuestro extorsivo, puesto que le resulta más favorable al reo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La presente causa tiene como antecedente los siguientes hechos: Joffre Aníbal Sánchez Aguilar salió el 13 de mayo del 2014, desde Santo Domingo de los Tsáchilas hasta esta ciudad de Nueva Loja, específicamente a una finca ubicada en la Parroquia 10 de Agosto, llegando a esta ciudad la mañana del 14 de mayo del 2014, dedicando todo el día a sus labores agrícolas cotidianas, pero a las primeras horas de la noche la señora Lucy Marín Delgado, con engaños lo saca a Joffre Aníbal Sánchez Aguilar y en el Km. 6, de ese sector de la 10 de Agosto, por una carretera de tercer orden, proceden junto a otras personas a plagiarlo por el mismo sector rural, donde dejan abandonada la camioneta Mazda de placas JBD-109, en la que se trasladaba antes del plagio Joffre Aníbal Sánchez Aguilar, luego de lo cual los familiares del señor (...) reciben llamadas telefónicas pidiendo que les de ochocientos mil dólares a cambio de devolver al plagiado, hecho delictivo que es puesto en conocimiento de las autoridades policiales, quienes en forma diligente logran interceptar las llamadas telefónicas y detener en delito flagrante a los plagiadores, entre ellos Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel, Rommel Darío Delgado Chapues, Juan David Acosta Gaviria, José Ubencio Bolaños Peña, Lucy Vanesa Marín Delgado y Magaly Estefanía Pinta Ibarra, plagio del cual a la víctima (...) hasta ahora no se lo ha puesto en libertad" (sic). Establecidos los fundamentos jurídicos, en base a los razonamientos y acorde a las reglas de la sana crítica, con toda certeza se establece la materialidad de la infracción de secuestro extorsivo contra varios ciudadanos procesados, en los grados ya establecidos, a más de ello, el hecho investigado tiene incidencia social y ha producido alarma social, dictó sentencia, mediante la cual declaró a los ciudadanos procesados, culpables en el grado de autores, del delito tipificado y sancionado en el artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, norma que se aplica en virtud del principio de favorabilidad, imponiéndoles a cada uno de los procesados la pena privativa de libertad de trece años y multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general. Respecto a los procesados Magaly Estefanía Pinta Ibarra y José Ubencio Bolaños Peña, en calidad de cómplices del delito antes referido, a quienes se les impone la pena privativa de libertad de seis años y multa de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, a cada uno; disponiendo además el pago de doce mil dólares, en favor del acusador particular, que deberá ser cancelado por todos los procesados en forma solidaria; inconformes con la sentencia, el acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco, los procesados José Ubencio Bolaños Peña, Rommel Darío Delgado Chapues y Magaly Estefanía Pinta Ibarra; y, el doctor Carlos O. Jiménez T., Fiscal de Sucumbíos, interponen recurso de apelación. El procesado Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel plantea recursos de nulidad y apelación de la sentencia dictada por el tribunal a-quo.



SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos. El Tribunal, en aplicación de las reglas de la sana crítica, aprecia que la prueba de cargo, es concordante y determina que” El Objeto de la Prueba.- Se debe establecer que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y que deben responder a los principios generales de disposición, concentración e inmediación, (...). El objeto material y jurídico de la prueba que se debe actuar se encuentra determinado por el tipo penal que se acusa por parte de la Fiscalía, que en la especie es el delito tipificado y sancionado en el Art. 189 numeral 7 del Código Penal, esto es, ‘delito de plagio’.- El bien jurídico protegido en el plagio determina el objeto jurídico de la prueba que en la especie es la LIBERTAD; apoderarse de una persona contra su voluntad para obtener algo a cambio; condicional la libertad de la persona retenida a que haga aquello que el plagio le exige, de esta forma se configura el delito de plagio del que habla el art. 188 del Código Penal” (sic). Concluye señalando que niega los recursos de apelación interpuestos por los procesados, Fiscalía y acusación particular, y, confirma la sentencia dictada por el juzgador a-quo; al respecto, es necesario referirse a lo resuelto por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, en su sentencia de 07 de enero de 2015, por el principio de inescindibilidad y debido a que el tribunal ad-quem la ha confirmado” en su total contenido”, razonamiento que llegó en base a las pruebas testimoniales y documentales actuadas por la Fiscalía General del Estado, de esta sentencia, dentro del término de ley, interponen recurso de casación el Fiscal de Sucumbíos doctor Carlos Ovidio Jiménez Tillaguango, el acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco, y los acusados Rommel Darío Delgado Chapues y Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel.

SÍNTESIS CASACIÓN

Dentro de la fundamentación del recurso de casación interpuesta por el acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco y el procesado Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel, cuestionaron actuaciones del Tribunal de Apelación, pero bajo la modalidad de alegato de instancia; también se habría construido una agravante como es la alarma social. El razonamiento Casacional, es que, no sería dable dicho razonamiento, por cuanto los hechos se dieron con alevosía, lo que se desprende de la sentencia materia de análisis, los hechos probados encuadran a la perfección con los conceptos referidos, ya que se ha determinado que el acto delictual inició en horas de la noche, a pesar de no precisarse el momento exacto, pero sí que en el delito han participado varias personas, configurándose las circunstancias agravante de pandilla. Por su parte, la Fiscalía General del Estado, expresó que, existe 1) Indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal; y, 2) Contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República, en cuanto al derecho de la víctima a la reparación integral. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, declaró improcedente el recurso propuesto. Con respecto a la alegación de que se utiliza una norma distinta, la Corte de Casación señala que para que se pueda juzgar un acto, debe constar con anterioridad su tipificación en la ley penal, esto es ser parte del catálogo de delitos vigentes en el país. El principio de ultractividad de la ley penal, nos dice que a pesar de haber sido derogada dicha ley, continúa siendo aplicable al caso por ser la norma sustantiva que cobijaba al hecho. El análisis doctrinario y jurisprudencial desarrollado en este punto,

Llevó a la conclusión de que, los hechos delictivos ejecutados por los procesados, se han subsumido en el tipo penal de plagio, conforme los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, correspondiendo establecer si son aplicables o no los principios de benignidad y favorabilidad, aceptando el recurso de casación planteado por el señor Fiscal General del Estado, se casó la sentencia por indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, y declarar que las normas correctas, aplicables al presente caso son los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, que eran las que correspondían a los hechos al momento de su comisión; así como también, por contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, declarando por tanto, con lugar a la reparación integral de la o las víctimas.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 571-2015-SSI

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, miércoles 22 de febrero del 2017, las 15h07.-

VISTOS:

Una vez que se ha agotado el trámite legal correspondiente al recurso de casación, en especial la realización de la audiencia oral, pública y de contradictorio, y por ser el estado de la causa corresponde motivar la resolución por escrito.

1. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS:

La relación circunstanciada de los hechos que han dado lugar al presente enjuiciamiento penal, formulada por el Fiscal de la causa según se desprende de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del Sucumbíos, es como sigue:

“(...) Joffre Aníbal Sánchez Aguilar salió el 13 de mayo del 2014, desde Santo Domingo de los Tsáchilas hasta esta ciudad de Nueva Loja, específicamente a una finca ubicada en la Parroquia 10 de Agosto, llegando a esta ciudad la mañana del 14 de mayo del 2014, dedicando todo el día a sus labores agrícolas cotidianas, pero a las primeras horas de la noche la señora Lucy Marín Delgado, con engaños lo saca a Joffre Aníbal Sánchez Aguilar y en el Km. 6, de ese sector de la 10 de Agosto, por una carretera de tercer orden, proceden junto a otras personas a plagiarlo por el mismo sector rural, donde dejan abandonada la camioneta Mazda de placas JBD-109, en la que se trasladaba antes del plagio Joffre Anibal Sánchez Aguilar, luego de lo cual los familiares del señor (...) reciben lla-

madas telefónicas pidiendo que les de ochocientos mil dólares a cambio de devolver al plagiado, hecho delictivo que es puesto en conocimiento de las autoridades policiales, quienes en forma diligente logran interceptar las llamadas telefónicas y detener en delito flagrante a los plagiadores, entre ellos Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel, Rommel Darío Delgado Chapues, Juan David Acosta Gaviria, José Ubencio Bolaños Peña, Lucy Vanesa Marín Delgado y Magaly Estefanía Pinta Ibarra, plagio del cual a la víctima (...) hasta ahora no se lo ha puesto en libertad” (sic).

1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.2.1 El Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, dicta sentencia el día miércoles 07 de enero de 2015, a las 09h21, mediante la cual declara a VINICIO LEONARDO PINTA PEÑAFIEL, JUAN DAVID ACOSTA GAVIRIA, ROMMEL DARÍO DELGADO CHAPUES, y LUCY VANESA MARÍN DELGADO, culpables en el grado de autores, del delito tipificado y sancionado en el artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, norma que se aplica en virtud del principio de favorabilidad, imponiéndoles a cada uno de los procesados la pena privativa de libertad de trece años y multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general. Respecto a los procesados MAGALY ESTEFANÍA PINTA IBARRA y JOSÉ UBENCIO BOLAÑOS PEÑA, los declara culpables en el grado de cómplices del delito antes referido, a quienes se les impone la pena privativa de libertad de seis años y multa de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, a cada uno; disponiendo además el pago de doce

mil dólares, en favor del acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco, que deberá ser cancelado por todos los procesados en forma solidaria.

1.2.2. Inconformes con la sentencia, el acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco, los procesados José Ubencio Bolaños Peña, Rommel Darío Delgado Chapues y Magaly Estefanía Pinta Ibarra; y, el doctor Carlos O. Jiménez T., Fiscal de Sucumbíos, interponen recurso de apelación. El procesado Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel plantea recursos de nulidad y apelación de la sentencia dictada por el tribunal a-quo, correspondiendo el conocimiento del proceso a la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, la que con fecha 18 de marzo de 2015, a las 12h22, dicta sentencia negando los recursos interpuestos y confirmando la sentencia recurrida en su total contenido.

1.2.3. De esta sentencia, dentro del término de ley, interponen recurso de casación el Fiscal de Sucumbíos doctor Carlos Ovidio Jiménez Tillaguango, el acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco, y los acusados Rommel Darío Delgado Chapues y Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel, aclarando que con fecha 27 de julio de 2016, a las 12h17, se declaró el abandono del recurso de casación planteado por el procesado Rommel Darío Delgado Chapues, quien no compareció a la audiencia señalada para el día jueves 30 de julio de 2016, a las 14h45.

1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN¹

1.3.1. FISCAL GENERAL DEL ESTADO.- El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, fundamenta el recurso de casación planteado por la Fiscalía de Sucumbíos, en los siguientes términos:

- De la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el Fiscal de Sucumbíos doctor Carlos Ovidio Jiménez ha interpuesto recurso de casación, manifestado que ha habido una indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que debió aplicarse el artículo 188 y 189.7 del Código Penal que estuvo en vigencia al momento de la infracción.

- En concepto de la Fiscalía General del Estado, hay una indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica y sanciona el delito de secuestro extorsivo, pues se debió aplicar el artículo 188 y 189.7 del Código Penal, esto es por delito de plagio; el artículo 189.7 sanciona con una pena de 16 a 25 años de reclusión, mientras que el secuestro extorsivo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, se sanciona con penas de privación de libertad de 10 a 13 años.
- Existe una contravención expresa al artículo 78 de la Constitución de la República, toda vez que no se ha dispuesto la reparación integral de la víctima, pues dentro del nuevo esquema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el sistema penal tiene dos lados, los derechos del procesado, pero también los derechos de la víctima, y el artículo en referencia expresa que la reparación consiste en dos grandes rubros, la reparación material y la inmaterial, la primera, en el pago de daños y perjuicios, el lucro cesante y el daño emergente, que se ha fijado en 12.000 dólares, pero se ha omitido, hay contravención expresa al daño moral objetivo y subjetivo. (sic)
- Por lo tanto solicita se case la sentencia.

1.3.2. ÁNGEL AMADO SÁNCHEZ VELASCO.- El doctor Juan Marco Gonzaga Salazar, en representación del acusador particular, recurrente en la presente causa, procede a fundamentar el recurso de casación, señalando:

- El artículo 226 de la Constitución de la República, obliga a que los servidores públicos adecuen su accionar sobre la base de sus potestades que la Constitución y la ley le determinan; una de estas es la obligación constitucional de motivar sus resoluciones; en este caso, obligación de los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, quienes ratificaron la sentencia del Tribunal A-quo, y que en la fase de motivación, a más de enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, tiene que explicarse la pertinencia y la aplicación a los antecedentes fácticos.

¹ Expediente de la Corte Nacional de Justicia, Acta de la audiencia de fundamentación del recurso, f. 35 a 37.

- La audiencia de formulación de cargos se dio por el delito previsto en el artículo 189.7 del Código Penal, plagio con muerte, por cuanto hasta la presente fecha no aparece la víctima. La Corte Provincial, al momento de fundamentar su decisión ha esgrimido que ha aplicado el principio de favorabilidad, interpretación contraria a los derechos de la víctima, ha determinado que el delito por el cual se le sanciona es el previsto en el artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, al momento de imponer la pena, no ha considerado las agravantes, y con reflexión a los antecedentes fácticos, este Código Orgánico Integral Penal establece entre lo medular que 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; es decir, sí se violó la ley y no se hizo la debida fundamentación para imponer la pena sobre el tipo penal por el cual fueron llamados a juicio, al menos al momento de imponer la pena en función de la norma prevista en el Código Orgánico Integral Penal 162.1, debieron haber considerado que existen las agravantes previstas en el artículo 44.2.3.5.6.7.14 *ibidem*.
- Al momento de fundamentar la decisión los miembros de la Sala, excluyen a unos y categorizan en el grado de culpables y a otros en el grado de cómplices.
- Solicita se case la sentencia y se imponga el máximo de la pena incluidas las agravantes por no existir ninguna atenuante, y se declare la culpabilidad de Magaly Estefanía Pinta Ibarra y José Ubencio Bolaños Peña, en calidad de autores; y, conforme el artículo 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal y por ser un derecho de la víctima, se cuantifique el daño material e inmaterial que le corresponde, no únicamente respecto del acusador particular sino de toda una familia incluidas las hijas de su defendido Joffre Aníbal Sánchez Aguilar.

1.3.3. VINICIO LEONARDO PINTA PEÑA-FIEL.- El doctor Mauricio del Pozo Barrionuevo, defensor técnico del procesado, fundamenta su recurso y hace uso del derecho de contradicción, en los términos que siguen:

- El 14 de mayo de 2014, se presenta una denuncia por escrito en la que se da a conocer la desaparición del señor Joffre Aníbal Sánchez

Aguilar; el Agente Fiscal de Sucumbíos, dicta la resolución de inicio de la instrucción fiscal el 19, a los cinco días de denunciado el hecho; sin embargo, al Agente Fiscal se le ocurrió considerar que es delito flagrante y procede a la detención arbitraria, sin boleta constitucional de encarcelamiento de su cliente.

- En relación a lo manifestado por Fiscalía, de que la conducta de los procesados estaría inmersa en los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, y por el principio de favorabilidad el tribunal penal de Sucumbíos estableció una pena de trece años en aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, situación con la que no concuerda, pues hay el principio de favorabilidad establecido en la Constitución.
- La acusación particular sostiene la misma situación de que debía establecerse una pena mayor, para aquellos ciudadanos que fueron sentenciados como cómplices.
- El artículo 162 del Código Penal, establece el delito flagrante, esto es cuando el ciudadano sea aprehendido con las evidencias, con los instrumentos, con lo que utilizó para consumir el delito; en este caso no hay flagrancia. Además ha privado de la libertad sin boleta constitucional de encarcelamiento a Juan David Acosta Gaviña, Lucy Vanesa Marín Delgado, José Ubencio Bolaños Peña, a día seguido; cuando han transcurrido más de veinticuatro horas no se puede hablar de delito flagrante. Los agentes del orden público han manifestado que no tuvieron la boleta de encarcelamiento; no se hizo control de constitucionalidad como se planteó en las distintas instancias.
- El Fiscal y acusador particular reiteran el delito de plagio con muerte, en atención al artículo 189.7 del Código Penal. No existe el protocolo de autopsia para que haya presunción de que efectivamente está muerto el señor Joffre Aníbal Sánchez Aguilar, o en su defecto la partida de defunción; Fiscalía ha dicho que se presume que está muerto, porque no aparece ni vivo ni muerto; pero en esta instancia debe haber la materialidad, y si no la hay, no hay la infracción.
- El artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal, establece cuáles son delitos flagrantes, por lo tanto hubo arrogación de funciones del Agente Fiscal, hubo violación del artículo 82 de la Constitución de la República que establece el derecho a la seguridad jurídica, hubo violación



del artículo 76.3 y 172 de la Constitución de la República, porque el Fiscal no podía emprender una investigación de esa naturaleza, no puso los hechos recopilados de cargo y de descargo a un juez de garantías penales.

- Pide se case la sentencia por haber clara violación de derechos fundamentales de los procesados; además, solicita que se disponga el sumario administrativo en contra del Agente Fiscal de Sucumbíos, por haber cometido un error inexcusable, y se deje en libertad a los acusados por no tener responsabilidad.

1.3.4 No recurrentes.- Para el ejercicio del derecho a la defensa de los procesados no recurrentes, así como del acusado de quien se declaró el abandono, interviene la doctora Lolita Montoya, Defensora Pública, quien dice:

- Sí se ha afectado la situación jurídica de sus defendidos, en cuanto a la fundamentación de la acusación particular, ya que establece que la sentencia no se encuentra motivada y que debería cambiarse el grado de participación de cómplices a autores; al contrario, la sentencia está debidamente motivada y en el considerando QUINTO, se indica la participación de los acusados y la conclusión a la que llegó el tribunal y que fue ratificada por los jueces de la Sala Provincial.
- En cuanto a la fundamentación del procesado recurrente no tiene nada que decir, ya que no se han afectado los derechos de sus defendidos.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. COMPETENCIA

El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución N° 008-2015, de 22 de enero de 2015, aprobó la integración de la actual Corte Nacional de Justicia. Por su parte 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 183 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través del sorteo realizado el martes 05 de mayo de 2015, a las 08h53, desig-

nó el tribunal de casación competente, quedando integrado el mismo 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 Luis Enríquez Villacés, Juez Nacional, actuando la doctora Zulema Pachacama Nieto, Conjueza Nacional, por licencia concedida al Juez Nacional doctor Luis Enríquez Villacrés, conforme oficio N° 1057-SG-CNJ-MBZ, y el doctor Juan Montero Chávez, Conjuez Nacional, quien avoca conocimiento del proceso, por licencia concedida a la Jueza Nacional doctora Gladys Terán Sierra, conforme oficio N° 1162-SG-CNJ-MBZ.

2.2. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, le son aplicables las leyes vigentes a su tiempo, esto es, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, con sus reformas del 24 de marzo de 2009 y siguientes, en atención a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal².

2.3. VALIDEZ PROCESAL:

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y las reglas de impugnación dispuestas en los capítulos I y IV del Título Cuarto, Libro IV, del Código de Procedimiento Penal; por lo que, al no existir vicios in procedendo, ni omisión de solemnidades sustanciales, habiéndose observado las garantías del debido proceso, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

2.4. CONSIDERACIONES JUÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A RECURRIR Y AL RECURSO DE CASACIÓN:

2.4.1 Del derecho a recurrir.- La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76.7.m), al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa, establece:

² "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".

“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”.

El derecho a 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:

“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”.

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo considera en su artículo 14.5 que prevé:

“(...) 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 lo prescrito por la ley”.

2.4.2. Del Recurso de Casación.- La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario, no constituye una nueva instancia de análisis sobre los hechos presentados en el caso, sino que realiza únicamente un análisis *in iure* de la sentencia de segunda instancia para determinar posibles violaciones a la ley, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la misma, o por haberla interpretado erróneamente, conforme dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal³, aplicable al presente caso por así preverlo el Código Orgánico Integral Penal, en su Primera Disposición Transitoria (ver nota 2).

El recurso de casación forma parte de los medios de impugnación que nuestro sistema procesal pe-

nal 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 nuestro país 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 los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, señalados anteriormente. Al respecto, 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”⁴.

2.4.3. De lo expuesto se concluye, que el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo y excepcionalidad, en tanto, se dirige y limita, a

³ “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 (...)”.

⁴ Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 444-2014.

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, que para el presente caso es el Código de Procedimiento Penal y no otra ley, recordando que dichas causales o cargos casacionales son: contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la ley, o errónea interpretación de la misma. 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 a demostrar la violación de la ley en la sentencia objetada.

2.5. DISQUISICIONES JURÍDICAS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA:

2.5.1 El incumplimiento de requisitos que deben satisfacer los recurrentes al momento de fundamentar sus recursos, da como resultado que exista falta de fundamentación de los mismos y produzcan su improcedencia.

2.5.2. La indebida aplicación de la ley, implica que la norma legal que fue utilizada por el tribunal ad-quem, no se identifica o no corresponde a los hechos materia del juzgamiento, requiriéndose de una disposición que sí se corresponda con aquellos, que deberá aplicarse en lugar de la errónea.

2.5.3. La causal de contravención expresa de la ley, se produce cuando a la luz del proceso no se ha aplicado ésta a los hechos que se juzgan, cuando era obligatoria su observancia.

2.5.4. La norma aplicable para el juzgamiento y sanción de las infracciones, es la que se encuentra vigente al momento del cometimiento del delito; por tanto, los hechos se encuentran cobijados por el derecho penal sustantivo que estaba en vigencia en ese momento, de conformidad con el artículo 16.1 del Código Orgánico Integral Penal.

2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:

2.6.1. A manera de conclusión podemos decir que los cargos casacionales, sobre violaciones a la ley

producidas en la sentencia materia del recurso o errores in iudicando, pueden ser de tres clases: contravención expresa, indebida aplicación, o errónea interpretación. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en varios de sus fallos⁵ ha aplicado a qué se refieren estas causales, señalando:

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 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.

2.6.2. Ángel Amado Sánchez Velasco, acusador particular.- Conforme a lo analizado ut supra, dado el tecnicismo de este medio de impugnación, quien recurre vía casación está en la obligación de fundamentar respecto a la violación a la ley en la sentencia que estime se ha producido, especificando una de las tres causales por las cuales puede existir error in iudicando, en atención al principio de taxatividad, y que se encuentran previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que como se ha dicho a lo largo de esta sentencia, son la contravención expresa de la ley, la indebida aplicación de la misma, y la errónea interpretación; sin embargo, el casacionista Ángel Sánchez Velasco ha omitido en toda su exposición realizada en la audiencia de casación, referirse a alguna de dichas causales, con lo cual no se ha justificado ningún error de derecho que este Tribunal de Casación deba examinar y de ser procedente, declarar su existencia, y lo único que ha realizado el acusador particular es cuestionar algunas de las decisiones adoptadas por el tribunal ad-quem, pero bajo la

⁵ Juicios Penales Nos. 002-2015, 119-2015, 001-2016, 820-2016, etc.

modalidad de alegato de instancia, olvidándose por completo de los parámetros técnicos que debe observar quien recurre vía casación; consecuentemente, existe falta de fundamentación del recurso interpuesto por el señor Ángel Amado Sánchez Velasco, acusador particular, el que se lo declara improcedente.

2.6.3. Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel, acusado.- El recurso fundamentado por el procesado adolece de las mismas deficiencias analizadas en el numeral que antecede, esto es la omisión del cargo casacional por el cual se interpone la impugnación, de los previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en atención al principio de taxatividad, pues este Tribunal de Casación no ha escuchado de la defensa técnica del acusado, mencionar ninguna de las causales de error de derecho que pueda ser analizada en esta estación procesal. Por el contrario, la defensa técnica del procesado Pinta Peñafiel, en su intervención en la audiencia respectiva, se ha referido exclusivamente a que “*El 14 de mayo de 2014, se presenta una denuncia por escrito en la que se da a conocer la desaparición del señor Joffre Aníbal Sánchez Aguilar; el Agente Fiscal de Sucumbíos, dicta la resolución de inicio de la instrucción fiscal el 19, a los cinco días de denunciado el hecho; sin embargo, al Agente Fiscal se le ocurrió considerar que es delito flagrante y procede a la detención arbitraria, sin boleta constitucional de encarcelamiento de su cliente (...) El artículo 162 del Código Penal, establece el delito flagrante, esto es cuando el ciudadano sea aprehendido con las evidencias, con los instrumentos, con lo que utilizó para consumar el delito; en este caso no hay flagrancia. Además ha privado de la libertad sin boleta constitucional de encarcelamiento a Juan David Acosta Gaviria, Lucy Vanesa*

Marín Delgado, José Ubencio Bolaños Peña, a día seguido; cuando han transcurrido más de veinticuatro horas no se puede hablar de delito flagrante (...) El artículo 527 del Código Orgánico Integral Penal, establece cuáles son delitos flagrantes”; es decir, el casacionista ha encaminado su alegación a cuestionar supuestas violaciones de trámite, cuyo análisis no compete al Tribunal de Casación, pues son propias de otra clase de recursos, y corresponde conocer a los juzgadores de instancia que intervinieron en las distintas etapas del proceso penal y que, en su momento conocieron y subsanaron los problemas de trámite que se habrían producido en la causa. En cuanto a la obligación que tiene el recurrente, de especificar las normas que estima violadas, si bien ha manifestado, aunque no en forma técnica como se dijo en el primer inciso del presente numeral, que se habrían violado normas constitucionales tales como los artículos 82, 76.3 y 172 de la Ley Suprema⁶, no se ha explicado por parte del procesado en qué consistiría la violación a la ley, pues en ningún momento ha dado a conocer la forma en que se produce la vulneración, ni la modalidad de la misma como se señaló anteriormente, ni la trascendencia de dicha violación, es decir que la fundamentación realizada por la defensa técnica del acusado, carece totalmente de argumentación jurídica, la que nos permite la comprensión del error in iure que se reprocha; el Tribunal de Casación aspiraba a conocer la parte específica de la sentencia impugnada en que se encontraría el error in iudicando que se alega, que en su exposición la defensa técnica realice una comparación entre lo que el juez ad-quem ha resuelto y lo que a criterio del casacionista debería haber correspondido; y, exponer cuál habría sido la influencia

⁶ **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.

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.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.



de este error de derecho sobre la parte dispositiva de la sentencia materia del recurso, situación que en ningún momento el recurrente ha expuesto a este Tribunal, dando como resultado una fundamentación inexistente del recurso, que lo torna en improcedente.

2.6.4 Fiscal General del Estado.- El presente recurrente ha razonado su impugnación señalando la existencia de dos errores de derecho en la sentencia, **1)** Indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal; y, **2)** Contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República, en cuanto al derecho de la víctima a la reparación integral.

1). Señala el delegado del señor Fiscal General del Estado que existe indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, correspondiente al delito de secuestro extorsivo, que señala:

“Secuestro extorsivo.- Si la persona que ejecuta la conducta sancionada en el artículo 161 de este Código tiene como propósito cometer otra infracción u obtener de la o las víctimas o de terceras personas dinero, bienes, títulos, documentos, beneficios, acciones u omisiones que produzcan efectos jurídicos o que alteren de cualquier manera sus derechos a cambio de su libertad, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Se aplicará la pena máxima cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Si la privación de libertad de la víctima se prolonga por más de ocho días. (...).”

Considera el recurrente, que lo que debían aplicar los juzgadores de instancia son los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, atinentes al delito de plagio, las que textualmente expresan:

“Art. 188.- El delito del plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla a que haga u omita hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado”.

“Art. 189.- El plagio será reprimido con las penas que se indican en los números siguientes: (...)

7.- Con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, cuando la víctima no hubiere

recobrado su libertad hasta la fecha de la sentencia, debiendo imponerse el máximo de la pena si antes de la condena la víctima apareciere violada, muerta o falleciere como consecuencia del plagio”.

Al respecto, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, mediante sentencia dictada con fecha 18 de marzo de 2015, a las 12h22, sobre el delito que se juzga manifiesta:

“En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales. Para el caso, en el proceso debía justificarse fehacientemente la existencia de delito de plagio, puntualizado y sancionado en el Art. 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, infracción por la que fueron acusados y juzgados los procesados y para ello, en esta etapa que se tramitó ante el Tribunal Penal, la Fiscalía, representada por el fiscal que intervino en la audiencia de juicio, debía demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad de los acusados, conforme así se lo ha hecho en el presente caso. De la prueba actuada en juicio, se menciona que se cumplen los elementos que configuran el delito de plagio bajo la modalidad de obligar a pagar rescate a la víctima, como determina el Art. 162 del Código Orgánico Integral Penal, (...), se ha comprobado conforme a derecho su existencia, así como la responsabilidad penal de los recurrentes, y es gracias a lo anterior que se ha asegurado el derecho al debido proceso por el Tribunal Penal”.

Sin embargo, el tribunal ad-quem, en el considerando Séptimo de la sentencia dice:

“El Objeto de la Prueba.- Se debe establecer que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, no puede referirse sino a las pruebas actuadas en el juicio y que deben responder a los principios generales de disposición, concentración e intermediación, (...). El objeto material y jurídico de la prueba que se debe actuar se encuentra determinado por el tipo penal que se acusa por parte de la Fiscalía, que en la especie es el delito tipificado y sancionado en el Art. 189 numeral 7 del Código Penal, esto es, ‘delito de plagio’.- El bien jurídico protegido en el plagio determina el objeto jurídico de la prueba que en la especie es la LIBERTAD; apoderarse de una persona contra su voluntad para obtener algo a cambio; condicional la libertad de la persona retenida a que haga aquello que el plagio le exige, de esta forma se configura el delito de plagio del que habla el art. 188 del Código Penal” (sic).

Concluye la Sala Provincial señalando que niega los recursos de apelación interpuestos por los

procesados, Fiscalía y acusación particular, y confirma la sentencia dictada por el juzgador a-quo; al respecto, es necesario referirse a lo resuelto por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, en su sentencia de 07 de enero de 2015, por el principio de inescindibilidad y debido a que el tribunal ad-quem la ha confirmado “en su total contenido”, la misma que señala:

“(…) ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara a: Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel, (...); a: Juan David Acosta Gaviria, (...); a: Rommel Darío Delgado Chapues, (...); y, a: Lucy Vanesa Marín Delgado, (...); culpables en el grado de AUTORES, (...) del delito tipificado y sancionado en el Art. 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que se les impone la pena a cada uno de ellos de TRECE (13) AÑOS de pena privativa de la libertad y la multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general, (...) Sin atenuantes que considerar dado la alarma que causó en nuestra sociedad el secuestro de Joffre Aníbal Sánchez Aguilar. En tanto a los procesados: Magaly Estefanía Pinta Ibarra, (...); y, a: José Ubencio Bolaños Peña, (...); se los declara CULPABLES (...) en el grado de cómplices del delito tipificado y sancionado en el Art. 162.1 del Código Orgánico Integral Penal; por lo que se les impone la pena de seis años de pena privativa de libertad (...) y multa de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, (...)” (sic) (las negrillas nos pertenecen).

De lo transcrito en los párrafos anteriores, correspondiente a las sentencias de los tribunales a-quo y ad-quem, se observa a claras luces un error de derecho en el que incurre la Sala Provincial, pues a pesar de que identifica el hecho con la norma que correspondía aplicar, al momento de resolver, confirma la sentencia del a-quo quien utiliza una norma distinta a la que correspondía a los hechos al momento en que se presentaron.

Sobre este punto de derecho es preciso recordar lo que señalaba el artículo 2 del Código Penal, norma que preveía que para que se pueda juzgar un acto determinado, debe constar con anterioridad su tipificación en la ley penal, esto es ser parte del catálogo de delitos vigentes en el país, y que el mismo deja de ser punible si una ley posterior lo suprime del listado de infracciones; esto en concordancia con el artículo 16.1 del Código Orgánico Integral

Penal, que trata sobre la ley sustantiva aplicable al caso que se juzga y que concretamente señala que las infracciones son juzgadas y sancionadas conforme a las leyes que se encuentran en vigencia al momento en que se cometieron, y que doctrinariamente se conoce como el principio de ultractividad de la ley penal, pues a pesar de haber sido derogada dicha ley, continúa siendo aplicable al caso por ser la norma sustantiva que cobijaba al hecho.

Bajo esta normativa, trasladándonos a la fecha de los sucesos materia de juzgamiento, encontramos que los mismos se inician el día 14 de mayo de 2014, en horas de la noche, prolongándose a través del tiempo, fecha en la cual se encontraba en vigencia el Código Penal, que al respecto preveía en su artículo 188, el delito de plagio, con la finalidad de obligar a pagar rescate, en el que se subsumen los hechos, y en el artículo 189 ibídem, se encuentran varias modalidades del tipo penal juzgado, con sus respectivas penas, dentro de las cuales se encuentra la prevista en el numeral 7), que se refiere al caso en que la víctima no haya recobrado su libertad hasta la fecha de la sentencia, que es lo que ocurre en este juicio, con una pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, conducta que no ha sido despenalizada en la nueva ley penal (Código Orgánico Integral Penal).

Consecuentemente, la norma que debía ser aplicada por los jueces de instancia en el presente caso, es la constante en el Código Penal, artículos 188 y 189.7, por los cuales se llamó a juicio y se acusó por parte del titular de la acción penal, y que conforme quedó indicado ut supra, fue identificado por la Sala Provincial, y sin embargo al resolver no fue aplicada por los juzgadores, dando como resultado un error in iudicando, por aplicación indebida del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, siendo lo correcto la subsunción en las normas del Código Penal constantes en los artículos 188 y 189, siendo por tanto procedente el recurso planteado por el señor Fiscal General del Estado.

2) Como segunda violación a la ley en la sentencia, el delegado del Fiscal General del Estado ha señalado, que habría una contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, referente a la reparación integral a la víctima. Sobre lo alegado, la norma constitucional referida por el casacionista prevé:

“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. (...)”.

La institución jurídica en análisis nace en los organismos internacionales de derechos humanos de los que es signatario nuestro país, y ha sido recogida por la Constitución de la República del Ecuador; tal es el caso de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, también llamada Pacto de San José, en la que se ha dispuesto:

“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto, ha señalado que:

“las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”⁷(Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú).

De la norma constitucional citada anteriormente, se desprenden dos clases de reparación, por una parte el conocimiento de la verdad de los hechos, y por otra la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Para satisfacer el derecho a la verdad, justamente se realiza el proceso penal acorde a la normativa aplicable al mismo, tanto constitucional cuanto legal, mientras que en lo que respecta a la otra parte de la reparación, corresponde a los

jueces que llevarán a ejecución la sentencia que se llegare a dictar, establecerla, tomando en consideración, conforme señaló el recurrente, la reparación material e inmaterial, que a su vez comprende el pago de daños y perjuicios en relación al lucro cesante y daño emergente, y lo atinente al daño moral objetivo y subjetivo que se ha producido en la o las víctimas, tomando en consideración que esta situación no se limita a quien se ha presentado en calidad de acusador particular.

Analizada la sentencia del juzgador ad-quem, en su parte resolutive, que al ser confirmatoria de la dictada por el tribunal a-quo y en base al principio de inescindibilidad obligatoriamente nos remite a ella, encontramos que se ha dispuesto el pago de doce mil dólares por parte de los procesados en forma solidaria a favor del acusador particular Ángel Amado Sánchez Velasco; pero, conforme lo analizado y el contenido de la norma constitucional, la reparación integral que debía disponerse va más allá que esa indemnización pecuniaria, por lo tanto existe vulneración del artículo 78 de la Constitución de la República, por inobservancia del mismo, incurriendo el tribunal en el error in iure bajo la modalidad de contravención expresa, siendo procedente, por tanto, el recurso de casación planteado.

2.6.5. Análisis de la sentencia recurrida.- En virtud de que la acusación particular ha hecho referencia a la existencia de agravantes, así como también ha solicitado se case la sentencia declarando la culpabilidad de los procesados Magaly Estefanía Pinta Ibarra y José Ubencio Bolaños Peña, en calidad de autores del delito, en lugar de la de cómplices, como han sido calificados por el juzgador de instancia, corresponde a este Tribunal de Casación examinar la sentencia materia del recurso, en su totalidad, facultado por el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal⁸.

1) Consta de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos,

⁷ Andrés Rousset, *El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Dir: <http://www.corteidh.or.cr>, fecha de acceso: 22 de octubre de 2015, 22:30 horas.

⁸ Si la Corte Nacional de Justicia estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá el proceso al inferior para que ejecute la sentencia. Si la Sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada

que: “el hecho investigado tiene incidencia social y ha producido alarma”, mientras que la sentencia del a-quo señala que se condena a los procesados, “Sin atenuantes que considerar dado la alarma que causó (...)” el delito que se juzga.

Sin embargo, la sentencia in examine nos da a conocer que en el presente caso, a más de la condición general de alarma social que deben observar las circunstancias consideradas agravantes de la infracción, existe la presencia de agravantes específicas de las que constan en el artículo 30 del Código Penal, y que los tribunales que han intervenido omiten señalarlas. Así tenemos que el numeral 1 de esta norma penal, señala:

“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”.

Respecto a esta circunstancia, en especial en lo que corresponde a la alevosía, Fontán Balestra ha manifestado:

“La acepción exacta de la palabra alevosía no es fácil de dar, pues tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha utilizado para calificar

situaciones distintas. Sin embargo, creemos que la esencia de su significado gira alrededor de la idea de marcada ventaja en favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida. Se utilizan para el caso las expresiones ‘a traición’, ‘sin riesgo’, ‘sobre seguro’, ‘con astucia’, ‘etcétera’, y el diccionario de la Academia la define como ‘cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente; pero lo fundamental es que el hecho se haya cometido valiéndose de esa situación o buscándola de propósito”⁹.

Para Muñoz Conde:

“Lo decisivo en la alevosía es, (...), el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa que pueda hacer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición o por sorpresa(...)”¹⁰.

Por su parte Alberto Donna señala que:

“En la alevosía convergen factores objetivos (modus operandi) y subjetivos (conocimiento por parte del agente de que el modus seleccionado disminuye la posibilidad de fracaso)”¹¹.

La circunstancia agravante que se analiza, tiene por finalidad asegurar el cometimiento del ilícito evitando cualquier riesgo que pudiera presentarse para el sujeto activo del delito, y conforme se desprende de la sentencia recurrida, los procesados han realizado varios actos para dicho aseguramiento, pues actuaron con engaños, con la intervención de varias personas y en un lugar donde la víctima no podía ser auxiliado, es decir que actuaron eliminando el riesgo para los procesados, encasillándose los actos en la circunstancia agravante referida.

Así también, el numeral 4 del artículo 30 del Código Penal, establece como circunstancia agravante del delito que se investiga:

“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”.

Sobre los requisitos de esta circunstancia agravante, es necesario remitirse a conceptos generales

⁹ Carlos Fontán Balestra, *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo Perrot, décimo séptima edición, Buenos Aires, 2008, p. 38.

¹⁰ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo blanch, 2010, Valencia, p. 50.

¹¹ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 126.

que nos entrega el Código Penal, en especial los siguientes:

“Art. 592.- Robo cometido durante la noche es el ejecutado en el lapso comprendido entre las siete pasado meridiano y las cinco de la mañana”.

“Art. 601.- Es pandilla la reunión de tres o más personas, con una misma intención delictuosa, para la comisión de un delito”.

Conforme podemos observar, y se desprende de la sentencia materia de análisis, los hechos probados encuadran a la perfección con los conceptos referidos, ya que se ha determinado que el acto delictual inició en horas de la noche, a pesar de no precisarse el momento exacto, pero sí que en el delito han participado varias personas, configurándose las circunstancias agravante de pandilla.

Existen por tanto las circunstancias agravantes previstas en el artículo 30.1.4 del Código Penal, que debieron ser consideradas por los juzgadores que han intervenido en el presente proceso; sin embargo, se han limitado a señalar que no existen atenuantes, y que el caso ha producido alarma en la sociedad; existe por tanto contravención expresa del referido artículo 30.1.4 del Código Sustantivo Penal.

2) Respecto a la participación de José Ubencio Bolaños Peña y Magaly Estefanía Pinta Ibarra en el grado de cómplices en el delito juzgado, es necesario realizar el siguiente análisis:

Sobre la complicidad, el Código Penal establecía en su artículo 43, lo siguiente:

“Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar”.

El cómplice es quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro, ya sea por actos anteriores o simultáneos, y la complicidad se define como

*“el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla”*¹². En el caso del cómplice, debe haber un actuar doloso, pues existe conciencia y voluntad de la ilegalidad tanto de su actuar como del que ejecuta el acto delictivo, pero la ausencia de esos actos no impiden que el delito se cometa; además de que, para que una persona sea calificada como cómplice y su actuación considerada punible, se requiere que el autor se haya servido de la cooperación prestada.

En cambio, el mismo cuerpo legal preveía en su artículo 42, lo que para el derecho sustantivo penal aplicable al presente caso, constituía la autoría, con sus diferentes modalidades; así, tenemos:

“Art. 42.- 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 efectuándolo 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” (el resaltado nos pertenece).

Cabe señalar que en la actualidad, la ley vigente, Código Orgánico Integral Penal, nos proporciona un concepto y clasificación más didácticos y acordes a la doctrina, conforme se desprende de su artículo 42¹³.

¹² Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal - Introducción y Parte General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, décima edición, 1983, Tomo I, p. 452.

¹³ “Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.

b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

El derecho sustantivo penal, tanto anterior cuanto el actual, contempla una serie de tipos penales con diversos grados de complejidad, como es el caso del tipo materia de la presente causa, conforme consta en el artículo 188 del Código Penal, en el que se presentan varios elementos típicos, también denominados por la doctrina como “pluriactivos”, en los cuales se puede presentar la participación de varias personas, ejecutando alguno de los elementos del tipo penal, pues no siempre se requiere que una sola persona realice todos los elementos del tipo. Lo importante en este caso, es establecer si la actuación de esta persona es determinante en la realización del delito, es decir que sin esa actuación, el tipo penal resulta irrealizable, situación que diferencia el grado de participación entre autoría y complicidad.

En los delitos referidos, existe la posibilidad de que se presenten varias modalidades de autorías, según la cantidad de sujetos activos, que como se ha dicho, en el presente caso son algunos, por lo que se ha configurado la agravante de pandilla; es así que respecto a los señores José Ubencio Bolaños Peña y Magaly Estefanía Pinta Ibarra, existen indicios claros y concordantes de que coadyuvaron a la ejecución del delito, con conciencia y voluntad de la ilicitud del acto, realizando actividades necesarias para la ejecución del ilícito, de una forma principal dentro del esquema del delito, siendo sus actuaciones determinantes en su cometimiento, adecuando su conducta al tipo penal de plagio.

De la sentencia in examine se desprende, según el análisis y valoración realizado por el tribunal adquem, que existen indicios de que el procesado José Ubencio Bolaños Peña, ha adecuado su conducta a la descripción señalada en líneas anteriores; consta en este sentido, el testimonio del Oficial de Policía de la Unase-Quito, Franklin Daniel Cruz García, quien al respecto señala:

“(…), tomando en cuenta la gravedad de la situación emprendimos un operativo el 26 de mayo del 2014 agentes de la Unase conjuntamente con agentes del GIR para la detención del señor Juan David Acosta Gaviria, logrando detenerlo en el sector del barrio El Naranjal de esta ciudad de Nueva Loja (...) nos colaboró plenamente en la investigación ya que era él quien custodiaba al hoy plagiado, (...) También se había rastreado las llamadas de una chica llamada Sandra quien es la hija del señor José Ubencio Bolaños, ella vivía con su padre y conocía perfectamente sobre el hecho ya que en una de las llamadas un sujeto de acento colombiano le pregunta ESTÁ TU PAPÁ AHÍ y ella manifestó NO ESTÁ entonces el sujeto le dice MIRA, SI ESTÁ TU MAMÁ DILE QUE ME GUARDE LAS COSAS QUE YO LE ENCARGUÉ A TU PAPÁ AHÍ Y QUE ME LAS TENGA AHÍ. Dadas las circunstancias el 28 de mayo del 2014 en horas de la noche nos trasladamos a Tierras Lejas, realizamos el allanamiento del domicilio del señor José Ubencio Bolaños Peña ubicado en Tierras Lejas encontramos evidencias de vital importancia, cabe recalcar que la fuente humana le manifestó a los agentes de la Unase que esas personas se movilizaban con brújulas y GPS, es así que al momento del allanamiento del domicilio del señor José Ubencio Bolaños encontramos una brújula, dos escopetas y un GPS(…)” (sic).

En el mismo orden de ideas, se encuentra el testimonio del Policía Nacional Xavier Alexander Guzmán Saltos, quien relatando lo señalado voluntariamente por el procesado Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel cuando se produjo su detención, señala:

“(…) Durante el traslado desde Sto. Domingo, llegando a Lago Agrio más o menos como a la una de la mañana, él voluntariamente nos dijo YO LES DIGO POR DONDE ANDUVIMOS ESE DÍA Y HASTA DONDE LLEGAMOS, como entramos en confianza él nos indicó el lugar y nos

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría.- Quienes coadyuvan a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”.



trasladamos hasta adentro, ya en el lugar constatamos que existía una vivienda en la cual según la investigación se había encontrado unos GPS; el señor Vinicio Pinta Peñafiel dijo que hasta ahí había llegado en el Tucson Plateado(...)”.

Resulta por demás evidente la existencia de indicios de la participación del procesado José Ubencio Bolaños Peña, en el cometimiento del delito, durante todo el tiempo que el mismo duró, tomando en consideración que el delito que se juzga no es un delito instantáneo sino de ejecución permanente, cuya ejecución se prolonga en el tiempo, así como la actuación de todos los sujetos activos de la infracción, por lo que resulta la presencia de un error in iure cometido por el tribunal ad-quem, el declarar que el acusado José Ubencio Bolaños Peña, ha actuado en calidad de cómplice, enmarcándose por el contrario en el grado de participación de autor; en consecuencia se comprueba una indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal, siendo lo correcto la aplicación del artículo 42 ejusdem.

En relación a la procesada Magaly Estefanía Pinta Ibarra, la Sala Provincial establece en su sentencia claramente que existen indicios de que la misma acompañó a Vinicio Pinta Peñafiel en el vehículo Hyundai Tucson y estuvo presente en el momento del plagio del señor Joffre Sánchez Aguilar y su posterior traslado en ese vehículo a Tierras Lejas; así lo señala el Oficial Franklin Daniel Cruz García, en su testimonio, al relatar:

“(...) Continuamos con las labores de inteligencia y logramos tener conocimiento que uno de los involucrados se había despojado de todos los teléfonos para que no demos con su paradero siendo este el señor Pinta Peñafiel Vinicio quien fue detenido en la ciudad de Sto. Domingo, durante el viaje que tuvo una duración de ocho horas aproximadamente el señor nos manifestó que se había trasladado a Lago Agrio en un vehículo Hyundai Tucson de color blanco conjuntamente con la señorita Magaly Pinta, manifestó que esta señorita había estado presente en el momento del plagio del señor Joffre Sánchez y en el momento en que es trasladado a Tierras Lejas, esta información fue corroborada por la fuente humana(...)”.

Existe coincidencia con esta información, en lo manifestado por el testigo, Policía Nacional Xavier Alexander Guzmán Saltos, quien ha expresado:

“Dando colaboración el día 20 de junio del 2014 se procede a la detención de Vinicio Leonardo Pinta Peñafiel en el sector de la Coop. Municipal en Sto. Domingo, (...); en el transcurso del camino

que duró un lapso más o menos de 8 horas, él voluntariamente indicó que el 13 de mayo se había trasladado a Lago Agrio conjuntamente con Magaly Estefanía Pinta Ibarra, (...) En horas de la noche del 14 de mayo en compañía de la señorita Estefanía Pinta Ibarra y en complicidad de otras personas, en el sector de la parroquia 10 de Agosto perpetraron el hecho (...) La fuente humana nos informó que la señorita Estefanía Pinta Ibarra estuvo en el momento en el cual el señor Joffre Aníbal Sánchez fue trasladado desde la camioneta de su propiedad hasta el vehículo Tucson. La misma fuente humana nos proporciona una fotografía de la señorita Magaly Pinta Ibarra conjuntamente con el señor Vinicio Pinta Peñafiel, por lo que el señor Vinicio Pinta Peñafiel incluso manifiesta en su versión de que el día 13 de mayo se trasladó conjuntamente con Magaly Pinta Peñafiel hasta la ciudad de Lago Agrio(...)”.

De lo analizado se desprende claramente la existencia de indicios concretos de la participación de Magaly Estefanía Pinta Ibarra, en la ejecución del delito de plagio, en varias etapas del mismo; por lo tanto, tuvo pleno conocimiento del ilícito que se estaba cometiendo, siendo parte de la infracción, y su conducta bajo ningún concepto se enmarca en una simple colaboración anterior o simultánea, sino en una actuación principal para que se cumpla con el delito; consecuentemente, también existe indebida aplicación del artículo 43 del Código Sustantivo Penal, siendo lo correcto declarar que la acusada adecuó su conducta al tipo penal previsto en el artículo 188 ibídem, en calidad de autora, conforme el artículo 42 del mismo cuerpo legal.

2.7. DE LOS PRINCIPIOS DE BENIGNIDAD Y FAVORABILIDAD PREVISTOS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:

2.7.1. La nueva normativa penal actualmente en vigencia, esto es el Código Orgánico Integral Penal establece en su artículo 5.2 lo siguiente:

“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(...)*”.

En el mismo orden de ideas, el artículo 16.2 ejusdem dispone:

“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. (...).”

En igual sentido, las normas aplicables al presente caso conforme se señaló ut supra, esto es el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, también se refieren a estos principios; así, el Código Penal prevé en su artículo 2:

“(...) Deja de ser punible un acto si una Ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”.

Y el Código de Procedimiento Penal, señala en el artículo 2:

“(...) Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores”.

Las normas y principios analizados, guardan estrecha relación con la establecida en el artículo 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

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, aún 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”.

2.7.2 En el ámbito internacional, también encontramos pronunciamientos en este mismo sentido; así lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo 37, publicado en el R.O. 101 de 24 de enero de 1969, en su artículo 15.1, al señalar:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada el 31 de agosto de 2014, dentro del caso Ricardo Canese vs Paraguay, en el párrafo 179, señala que:

“179. En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido”.

2.7.3 El tratadista Maximiliano Rusconi, al analizar la aplicación de una ley posterior más benigna, señala que:

“Cualquier ciudadano tiene el derecho de beneficiarse de las posteriores valoraciones sociales que consideren su accionar menos lesivo, merecedor de una pena menor o de ninguna sanción. En este



sentido es factible una aplicación retroactiva de la ley más benigna (...) En lo que respecta al fundamento político criminal, parece claro que se trata de no divorciar la consideración social cambiante y más favorable de los hechos cometidos, luego de la ya cristalizada en la ley vigente, en perjuicio del imputado o condenado (...) En principio sólo la ley penal posterior puede tener efecto retroactivo modificadorio de la responsabilidad penal o de la pena en sentido estricto”¹⁴.

2.7.4 En el caso in examine, conforme se ha determinado en esta sentencia, en atención al recurso de casación planteado por Fiscalía General del Estado, los hechos delictivos ejecutados por los procesados, se han subsumido en el tipo penal de plagio, conforme los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, correspondiendo por tanto, en virtud de establecer si son aplicables o no los principios de Benignidad y Favorabilidad, realizar el análisis de las normas constantes tanto en el Código Penal, cuanto en la nueva ley, esto es el Código Orgánico Integral Penal; así tenemos:

Delito: Peculado	
<p style="text-align: center;">Código Penal</p> <p>Art. 188.- El delito del plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otra, o para obtener cualquier utilidad, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligarla a que haga u omita hacer algo, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendiente a la liberación del plagiado.</p>	<p style="text-align: center;">Código Orgánico Integral Penal</p> <p>Art. 162.- Secuestro extorsivo.- Si la persona que ejecuta la conducta sancionada en el artículo 161 de este Código tiene como propósito cometer otra infracción u obtener de la o las víctimas o de terceras personas dinero, bienes, títulos, documentos, beneficios, acciones u omisiones que produzcan efectos jurídicos o que alteren de cualquier manera sus derechos a cambio de su libertad, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.</p>

<p>Art. 189.- El plagio será reprimido con las penas que se indican en los números siguientes: (...)</p> <p>7. Con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, cuando la víctima no hubiere recobrado su libertad hasta la fecha de la sentencia, debiendo imponerse el máximo de la pena si antes de la condena la víctima apareciere violada, muerta o falleciere como consecuencia del plagio.</p>	<p>Se aplicará la pena máxima cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1. Si la privación de libertad de la víctima se prolonga por más de ocho días (...).</p>
--	--

De los artículos antes transcritos, se observa que existe coincidencia en los elementos del tipo, tanto del correspondiente al Código Penal constante como delito de plagio, cuanto del previsto en el Código Orgánico Integral Penal calificado como secuestro extorsivo, por lo que se puede concluir que la conducta sigue siendo calificada como punible en la nueva normativa; sin embargo, en lo que tiene que ver con la pena, existe una variación que les resulta, para el caso que se juzga, más favorable para los procesados, pues según quedó claramente determinado en el numeral 2.6.4 de la presente sentencia, corresponde imponer a los acusados una pena de entre DIECISÉIS a VEINTICINCO años de reclusión mayor especial, más, acorde al artículo 162.2 del Código Orgánico Integral Penal, la pena a imponerse es de trece años de privación de la libertad, que al existir las agravantes del artículo 30.1.4 del Código Sustantivo Penal conforme se explicó ampliamente en el numeral 2.6.5, acápite 1) y en atención a los mecanismos de aplicación de agravantes constantes en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, último inciso, que prevé: “*Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio*”, se incrementa a DIECISIETE AÑOS CUATRO MESES de privación de la libertad, pena calculada de la siguiente forma:

- Trece años equivalen a 156 meses
- Un tercio de 156 equivalen a 52 meses, esto es 4 años con 4 meses

¹⁴ Rusconi Maximiliano, Derecho Penal, Parte General, 2da Edición Buenos Aires, Ad-hoc, 2009.

- Esto sumado al máximo de la pena, que es de 13 años, da un total de 17 años 04 meses.

3. DECISIÓN

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**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, por unanimidad,

RESUELVE:

3.1. Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos tanto por el acusador particular señor **ÁNGEL AMADO SÁNCHEZ VELASCO**, cuanto por el procesado recurrente **VINICIO LEONARDO PINTA PEÑAFIEL**, por existir falta de fundamentación de los mismos, conforme a lo analizado en la presente sentencia.

3.2. Aceptando el recurso de casación planteado por el señor Fiscal General del Estado, casar la sentencia por indebida aplicación del artículo 162.1 del Código Orgánico Integral Penal, y declarar que las normas correctas, aplicables al presente caso son los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, que eran las que correspondían a los hechos al momento de su comisión; así como también, por contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, declarando por tanto, con lugar a la reparación integral de la o las víctimas.

3.3. Casar de oficio la sentencia recurrida, por existir la violación a la ley en la misma, bajo la modalidad de contravención expresa del artículo 30.1.4

del Código Penal, esto es que imperativamente debe considerarse la existencia de las circunstancias agravantes constantes en la referida norma.

3.4. Casar de oficio la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de fecha 18 de marzo de 2015, a las 12h22, por existir la violación a la ley en la sentencia en la modalidad de indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal, respecto a los ciudadanos **MAGALY ESTEFANIA PINTA IBARRA** y **JOSE UBENCIO BOLAÑOS PEÑA**, quienes acorde al artículo 42 ejusdem han adecuado su conducta bajo el grado de participación de autores del delito tipificado en los artículos 188 y 189.7 del Código Penal, por lo que se impone a los procesados **JUAN DAVID ACOSTA GAVIRIA**, **LUCY VANESA MARIN DELGADO**, **MAGALY ESTEFANIA PINTA IBARRA**, **JOSE UBENCIO BOLAÑOS PEÑA**, **ROMMEL DARIO DELGADO CHAPUES** y **VINICIO LEONARDO PINTA PEÑAFIEL**, la pena de 25 AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL, la que en atención a los principios de favorabilidad y benignidad analizados en el numeral 2.7. de la presente sentencia, se modifica a **DIECISIETE AÑOS CON CUATRO MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal que lo remitió a esta Corte, para los fines legales pertinentes.- Actúe el doctor Carlos Iván Rodríguez García, Secretario Relator de la Sala.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) **Dra. Sylvia Sánchez Insuasti**, JUEZA NACIONAL PONENTE; **Dra. Zulema Pachacama Nieto**, CONJUEZA NACIONAL; **Dr. Juan Montero Chávez**, CONJUEZ NACIONAL.



IV

Causa No. 835-2016
Resolución No. 459-2017
Fecha: 27 de marzo de 2017

TEMA: Delito violación. La degradación y discriminación que sufre una víctima de violación por parte de su cónyuge, deben ser observadas de forma conjunta, pues el anular su condición de persona para objetivarla, creyéndola parte de su patrimonio, se debe a un trato desigual por su condición de mujer. A pesar de los avances en la toma de conciencia del equilibrio de poder dentro de la sociedad, por razones de género, éstos no han sido suficientes para que los operadores de justicia reconozcan debidamente a la violencia de género como una vulneración de los derechos humanos de las mujeres.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Mediante denuncia presentada por la acusación particular, se pone en conocimiento de las autoridades que entre la noche del 27 y madrugada del 28 de enero del 2015, en circunstancias que C.V.A.F, se encontraba descansando en compañía de sus dos hijas en el interior de su departamento, se hizo presente el procesado Rolando Eduardo Ballagan Enríquez, con quien se encontraba separada por el lapso de un mes, empezando a agredirla física y verbalmente, obligando a la señora C.V.A.F. a mantener relaciones sexuales a la fuerza, para luego tomarle unas fotografías, amenazándola con subirlas a las redes sociales. Ante el llamado por teléfono del procesado al padre y hermano de la víctima, acuden inmediatamente al departamento, encontrándola con el rostro desfigurado. El Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar, analiza que al existir un vínculo de parentesco entre el agresor y la víctima, demostrado con la partida de matrimonio como prueba documental, en tal contexto fue precisamente este ámbito familiar el que agrava el cometimiento del ilícito; toda vez que así sean cónyuges, si el acto sexual no es consentido por alguno de los consortes se vuelve arbitrario. El bien jurídico protegido en los delitos de naturaleza sexual, es la reserva sexual de la víctima; entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual; sin lugar a dudas con la prueba analizada dentro de este fallo la reserva sexual de CVAF fue vulnerada de manera violenta. El Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar, el 1 de abril de 2016, a las 16h44, resuelve declarar responsable penalmente, en calidad de autor a Rolando Eduardo Ballagán Enríquez, del delito tipificado y sancionado en el artículo 171 inciso primero numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal (violación), imponiéndole la pena modificada (por haberse comprobado la circunstancia agravante del artículo 48.5 ejusdem – al ser parte del núcleo familiar de la víctima) de veintinueve años y cuatro meses de privación de la libertad. Continuando con los mecanismos de reparación integral, se condena además al sentenciado al pago de daños y perjuicios.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El procesado Rolando Eduardo Ballagan Enríquez por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia, interpone recurso de apelación del fallo del a-quo, ante la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, argumentando que este delito no tiene nada que ver con conceptos de virginidad, honestidad, en tanto se puede cometer con personas que tengan actividad sexual continua, e inclusive con

personas que comercializan del sexo. El bien jurídico que protege por lo tanto es esta libertad sexual que tiene la persona de elegir con quien puede tener sexo. El 28 de abril de 2016, el Tribunal confirma en todas sus partes el fallo venido en grado. Inconforme con el fallo del ad-quem, el sentenciado interpone recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

SÍNTESIS CASACIÓN

El recurrente Rolando Eduardo Ballagán Enríquez, al fundamentar el recurso de casación, indica que en la sentencia existe contravención expresa del artículo 76.7.I) de la Constitución de la República, ya que fue llamado a juicio en virtud del artículo 171.2 del COIP, pero que al momento de sentenciarlo, los juzgadores de instancia lo condenan como autor del tipo penal contenido en el artículo 171, inciso primero del numeral segundo del COIP, con lo que no queda clara la norma jurídica que da motivación de derecho al fallo impugnado; además manifiesta que se vulnera el artículo 13.2 del COIP, por haber hecho una interpretación extensiva del tipo penal por el que se lo llamó a juicio, lo que a su vez ha llevado a la aplicación de una pena superior a la contenida en su texto. Respecto al cargo planteado, el órgano jurisdiccional observa que no ha existido variación entre la calificación jurídica de la conducta por la que fue llamado a juicio y aquella por la que se lo condenó, en tanto siempre se matuvo como tal al artículo 171.2 del COIP, sin que se constate oscuridad respecto al fundamento jurídico del fallo recurrido, pues el juzgador de segundo nivel hace una adecuación comprensible y razonada de los hechos a las normas que utiliza. Por sobre lo dicho, consta también motivada la pena de veintinueve años y cuatro meses que se le ha impuesto al procesado, ya que el Tribunal de Apelación, en su fallo, efectúa el respectivo análisis sobre la existencia de la agravante en su conducta, tipificada en el artículo 48.5 del COIP. En cuanto a la vulneración del artículo 13.2 del COIP, el impugnante alega que el Tribunal de Apelación le ha dado una interpretación extensiva al artículo 171.2 ejusdem, cuestión que no se desprende de lo descrito supra, pues los elementos del tipo analizados en el fallo impugnado constan adecuados a los hechos. En este sentido se observa que la sentencia impugnada se halla motivada en el ámbito jurídico, por lo que el cargo del impugnante deviene en improcedente. Sin embargo el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, casa la sentencia corrigiendo el error de derecho en el que ha incurrido la sentencia impugnada, devenido de la contravención expresa del artículo 48.7 ejusdem, que prevé como circunstancia agravante en los delitos sexuales, al cometer la infracción “...como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo...”. La degradación y la discriminación que sufrió la víctima CVAF, por su parte, deben ser observadas de forma conjunta, pues si bien el procesado “...anuló su condición de persona para objetivarla, creyéndola parte de su patrimonio...”, ello se debió a su condición de mujer. Para aclarar lo dicho, es necesario relieves que la relación conyugal del procesado con la víctima, no era de igualdad sino de subordinación, ello lo revela el relato fáctico imbuido en la sentencia impugnada; según el cual, el procesado, pese a que CVAF se separó de él e inclusive demostró su deseo de que no se le acerque, se sintió con la autoridad suficiente para entrar en la vivienda de su esposa y violarla, actividad que es “...quizás la más brutal expresión de la discriminación y del sometimiento de las mujeres por parte de los hombres y refleja claramente el afán masculino de controlar los cuerpos de las mujeres...”; idea que se refuerza, al observar que la violencia sexual fue causada por una supuesta infidelidad de la víctima. En este contexto, se puede afirmar que la



conducta del procesado deviene de” ...las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”: que, en el ámbito familiar, se reflejan en” ...la persistencia, más o menos evidente, de un derecho patriarcal que consideraba que el marido tenía la potestad de” corregir a su esposa (...) mediante el uso de la violencia”, y que por ser prohibido en el ámbito penal, se adecúa a la degradación y discriminación tratada en el artículo 48.7 del COIP. Se revela que el trato que el procesado le dio a la víctima fue, efectivamente desigual, pues para decidirse entre respetar o vulnerar el derecho a la libertad sexual de su cónyuge, efectuó una diferenciación ilegítima con base al género, que le llevó a considerar a CVAF como su inferior, por el simple hecho de ser mujer. La conclusión a la que arriba el Tribunal de Casación, de que se vulneró por contravención expresa el artículo 48.7 del COIP, no logra afectar la situación jurídica del procesado, en tanto el último inciso del artículo 44 ejusdem, no hace una diferenciación en el aumento de pena del infractor, por haber cometido el delito con una o varias agravantes; además, inclusive aunque lo hiciese, el principio non reformatio in pejus impediría una variación en tal situación jurídica. Por lo expuesto, la casación de oficio resulta exclusivamente aclaratoria para los juzgadores de instancia, en aras de exhortarlos a administrar justicia con perspectiva de género.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0835-2016

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, lunes 27 de marzo del 2017, las 15h18.-

Una vez agotado el trámite legal pertinente y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera:

1. ANTECEDENTES

1.1. Contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del proceso penal

El procesado Rolando Eduardo Ballagán Enríquez interpone recurso de casación, en contra de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, el 28 de abril de 2016, a las 08h20, que confirma en todas sus partes el fallo emitido por el Tribunal Segun-

do de Garantías Penales, de dicha providencia, el 1 de abril de 2016, a las 16h44, en cuya parte resolutive, se lo declara responsable penalmente, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 171.2 del Código Orgánico Integral Penal (violación), imponiéndole la pena modificada (por haberse comprobado la circunstancias agravante del artículo 48.5 *ejusdem*) de veintinueve años y cuatro meses de privación de la libertad. En su fallo, el Tribunal de Apelación da como cierta la conducta imputada al procesado, en los siguientes términos:

... el procesado y la víctima [CVAF¹] son casados entre sí, habiendo procreado a dos hijas de ocho y cuatro años [...] [E]l matrimonio de los justiciables venía sufriendo dificultades y contratiempos, tan es así que incluso la Junta de Protección de Derechos del cantón La Troncal interviene y resuelve entre otras

¹ A fin de evitar su exposición pública y que esto le perjudique en sus derechos, se omite los nombres de la ofendida en la presente sentencia, en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (CVAF); así también, por la publicidad con la que cuentan las sentencias de casación y revisión expedidas por la Corte Nacional de Justicia, derivada del artículo 197 del Código Orgánico de la Función Judicial, se evita mencionar los nombres de cualquier persona que pudiese ayudar a identificar la identidad de la víctima del delito sexual que se juzga, como resultado de lo antedicho, los nombres de las personas a las que se hace alusión supra, serán reemplazados también por sus iniciales.

cosas que reciban terapia psicológica [...] se ahogan los problemas al extremo de que el procesado es demandado por su esposa alimentos para sus hijas, ello demuestra que las dificultades que existieron en el hogar no pudieron saldarse, dándose incluso la separación entre ellos. [...] En estado de separados se produce el acontecimiento de la noche del 27 y madrugada del 28 de enero de 2015, esto es que sin tener llaves de ingreso al departamento en que vivía la señora CVAF en junta de sus hijas, entra el procesado y luego de agredirle a su esposa en presencia de sus tiernas hijas le ofende en su dignidad al obligarla a tener relaciones sexuales, y ofende también a sus hijas quienes no sólo presencian las agresiones a su madre, los insultos grotescos que pronuncia en su contra, sino que inclusive [a]s agrede y ofende a aquellas en lo más íntimo de sus sentimientos al ser presenciales de las agresiones de su padre a su madre, al contemplar que su madre es obligada a tener sexo, e inclusive desoye las súplicas de su tierna hija que le pide que no le pegue a su mamá; por el contrario, en una muestra de iracundia y hasta de cobardía dice a las niñas, esto les pasa a las que son zorras y putas. Llega al extremo la actuación del procesado que inclusive toma fotos y amenaza que ellas serán subidas a las redes sociales.

1.2. Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el procesado, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, que corre de fs. 148 del cuaderno de segundo nivel, mediante la que se remite a esta judicatura el recurso de casación interpuesto por Rolando Eduardo Ballagán Enríquez.
- Sorteo de la causa Nro. 835-2016, constante a fs. 1 del expediente del presente recurso, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia y mediante el que se radicó la competencia en el tribunal de casación integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y, los doctores Luis Enríquez Villacrés y Jorge Blum Carcelén, Jueces Nacionales.
- Auto de admisión del recurso interpuesto por Rolando Eduardo Ballagán Enríquez, incorporado de fs. 11-16vta. del cuaderno de casación, en el que se acepta a trámite el cargo analizado en el numeral 4 de la mentada providencia, y basado en la contravención expresa del artículo

76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador.

- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que fueron escuchados: el doctor Christian Ramírez, defensor privado del procesado Rolando Eduardo Ballagán Enríquez; y, el doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado.

1.3 Cargos planteados en la fundamentación, por el recurrente Rolando Eduardo Ballagán Enríquez

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Roberth Looor Nieto, defensor privado del recurrente, esgrimió un único cargo en contra de la sentencia impugnada:

- **Contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República.**- El defensor del recurrente, esgrimió que su cliente fue llamado a juicio en virtud del artículo 171.2 del Código Orgánico Integral Penal, pero que al momento de sentenciarlo, los juzgadores de instancia lo condenan como autor del tipo penal contenido en el artículo 171, inciso primero del numeral segundo, del Código Orgánico Integral Penal, con lo que no queda clara la norma jurídica que da motivación de derecho al fallo impugnado. Además de esto, el jurisconsulto manifestó que la situación explicada vulnera el artículo 13.2 del Código Orgánico Integral Penal, por haberse hecho una interpretación extensiva del tipo penal por el que se le llamó a juicio a su cliente; lo que a su vez, ha llevado a la aplicación de una pena superior a la contenida en su texto.

Como consecuencia de su argumentación, la defensa del recurrente solicitó que se case la sentencia y se le imponga a su cliente la pena de diecinueve a veintidós años, que es la que se prevé para el tipo penal contenido en el artículo 171.2 del Código Orgánico Integral Penal, por el que fue llamado a juicio.

1.4 Contestación del recurso por parte de la Fiscalía General del Estado

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, contestó a los argumentos del impugnante en la siguiente forma:

- Existen dos sentencias que estiman comprobada la existencia del tipo penal contenido en el



artículo 171, inciso primero y numeral segundo del Código Orgánico Integral Penal, con la agravante contenida en el artículo 48.5 *ejusdem*, es por ello que al procesado se lo sanciona a la pena de 29 años y 4 meses de privación de la libertad.

- La sentencia llena los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, necesarios para considerarla motivada.
- La pena está justificada por la forma en la que ocurrieron los hechos imputados al procesado, y que consta en el acápite quinto del fallo impugnado, en donde se relata que dicho sujeto violó a su esposa el día de los hechos, agrediendo tanto física como mentalmente, lo que ocurrió, además, frente a sus dos hijas menores de edad.
- Según el artículo 81 de la Constitución de la República, la violación es uno de los delitos que causa mayor alarma social, lo que también justifica la pena impuesta al procesado.

Por los argumentos expuestos, el delegado del señor Fiscal General del Estado solicitó que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por Rolando Eduardo Ballagán Enríquez.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1. Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la Constitución de la República; 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 399 y 656 del Código Orgánico Integral Penal.

Efectuado el sorteo de ley y los demás actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y, los doctores Luis Enríquez y Jorge Blum, Jueces Nacionales.

2.2. Análisis del cargo propuesto por el recurrente: Contravención expresa del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República

En su único cargo, el impugnante manifiesta que la falta de motivación, la alega ya que existió una variación en la calificación jurídica de la conducta que se le imputa, al momento de dictar la sentencia impugnada, pues en un inicio se le llamó a juicio por el delito contenido en el artículo 171.2 del Código Orgánico Integral Penal, pero luego se lo terminó sentenciando con base al "... artículo 171,

inciso primero del numeral segundo, del COIP...", con lo que no queda clara la norma jurídica que da fundamentación de derecho al fallo impugnado. Agrega, que la inconsistencia descrita, provocó la vulneración del artículo 13.2 del Código Orgánico Integral Penal, por haberse hecho una interpretación extensiva del tipo penal por el que se le llamó a juicio, imponiéndosele con ello una pena no prevista en su texto (diecinueve a veintidós años), sino una mayor (veintinueve años y cuatro meses).

Respecto al cargo planteado, este órgano jurisdiccional observa que el recurrente hace una cita inapropiada de la sentencia de apelación, pues en ninguna parte se dice que su condena está basada en la aplicación del "... artículo 171, inciso primero del numeral segundo del COIP.. [énfasis fuera del texto]", sino en el uso del "... Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, su inciso primero, y numeral segundo...", es decir que:

- Se invoca el primer inciso del artículo 171, del Código Orgánico Integral Penal, en tanto allí se otorga la definición general de violación, entendida en el contexto del caso concreto, como "... el acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral [...] o vaginal...", ya que de la sentencia impugnada se desprende como hecho probado, que entre procesado y víctima "...se d[i]o el acto de acceso carnal no consentido, por vía vaginal y bucal por varias veces...".
- Además, se utiliza el numeral segundo del artículo 171, del Código Orgánico Integral Penal, ya que su texto contiene, como circunstancia constitutiva de violación, al "... us[o] [de] violencia, amenaza o intimidación...", que se presentan en la especie, ya que el juzgador de segundo nivel da como cierto que: "... la fuerza que imprimió el procesado fue física, en tanto como hemos advertido fue lesionad[a] gravemente la señora CVAF, a tal punto que sus lesiones tenían una duración de curación que llegaba a los treinta días...", a lo que se añade, que la fuerza "... fue también moral de intimidar a la víctima, de lesionar su dignidad, al exigirle tener relaciones sexuales en la cama en la que dormía con sus hijas...".

En definitiva, no ha existido variación entre la calificación jurídica de la conducta por la que fue llamado a juicio el procesado y aquella por la que se lo condenó, en tanto siempre se mantuvo como tal al artículo 171.2 del Código Orgánico Integral Penal, sin que se constate, como falsamente arguye

el impugnante, oscuridad respecto del fundamento jurídico del fallo recurrido, pues el juzgador de segundo nivel, cumpliendo con lo previsto en el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, hace una adecuación comprensible y razonada de los hechos a las normas que utiliza.

Por sobre lo dicho, consta también motivada la pena de veintinueve años y cuatro meses que se le ha impuesto al procesado, ya que el Tribunal de Apelación, en su fallo, efectúa el respectivo análisis sobre la existencia de la agravante en su conducta, tipificada en el artículo 48.5 del Código Orgánico Integral Penal:

... hay algo más, el Art. 48 del Código Orgánico Integral Penal norma lo que son las circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, y dice: “Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes: ... 5) Compartir y ser parte del núcleo familiar de la víctima. Hemos analizado también que el procesado es esposo de la víctima, compartió con ella y sus hijas su hogar. Existe por lo tanto una agravante. La agravante incrementa la intensidad del injusto penal, se aprecia una mayor gravedad del mal producido o una mayor facilidad de ejecución que determina una mayor desprotección del bien jurídico, ello agrava la pena. Es así que el Art. 44 del mismo Código que estamos citando, establece los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes, su último inciso dice: “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”. En el caso que hemos analizado hay una circunstancia agravante, esto es que el procesado compartió el núcleo familiar, por lo que su pena será el máximo del tipo penal que en este caso es veinte y dos años, aumentada en un tercio, que viene a ser 7 años cuatro meses; es decir, una pena total de veinte y nueve años cuatro meses [énfasis fuera del texto].

Ya en cuanto a la vulneración del artículo 13.2 del Código Orgánico Integral Penal, el impugnante alega que el Tribunal de Apelación le ha dado una interpretación extensiva al artículo 171.2 *ejusdem*, cuestión que no se desprende de lo descrito *supra*, pues los elementos del tipo analizados en el fallo impugnado constan adecuados a los hechos, en su forma literal:

- El elemento jurídico del tipo de violación: “... acceso carnal con introducción total o parcial

del miembro viril, por vía oral [...] o vaginal...”, como se dijo, corresponde al elemento fáctico del caso: “...acto de acceso carnal no consentido, por vía vaginal y bucal...”

- También resulta apropiado resaltar, que los elementos jurídicos del tipo de violación: “...violencia [...] o intimidación...”, guarda relación con los siguientes elementos fácticos del caso: “... fue golpeada por el procesado en su cara; “... [se] encuentra a nivel genital en la vulva los labios congestivos [...] cuando no hay consentimiento para mantener relaciones sexuales, no se produce las sustancias lubricadoras en el canal vaginal [...] por ello se dan laceraciones...”; y, “... la fuerza que utilizó el procesado fue también moral de intimidar a la víctima [...] al exigirle tener relaciones sexuales en la cama en la que dormía con sus hijas...”.
- Para que no quede atisbo de duda sobre la interpretación legal que ha hecho el juzgador de instancia, resulta apropiado añadir, que la agravante “[c]ompartir y ser parte del núcleo familiar de la víctima”, equivale al elemento fáctico “... el procesado es esposo de la víctima...”.

En el sentido expuesto, se observa que la sentencia impugnada se halla motivada en el ámbito jurídico, en tanto se fija en ella la pertinencia de la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto, las que han sido utilizadas, además, respetando su tenor literal, por lo que el cargo del impugnante deviene en improcedente.

2.3. Casación de oficio

Este Tribunal de Casación, en aplicación de las potestades oficiosas que le han sido conferidas por el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, considera apropiado corregir el error de derecho en el que ha incurrido la sentencia impugnada, devenido de la contravención expresa del artículo 48.7 *ejusdem*, que prevé como circunstancia agravante en los delitos sexuales, al cometer la infracción “... como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo...”.

Esta afirmación, el Tribunal de Casación la sustenta, en primer lugar, citando el siguiente criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el que se concuerda: “... en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la



sufre...². Para confirmar lo dicho, se procede, en líneas subsiguientes, a analizar parte de los hechos probados por el Tribunal de Apelación.

El juzgador de segundo nivel, menciona en su fallo que el procesado les dijo a sus hijas, mientras violaba a CVAF: “esto les pasa a las que son zorras y putas...”, con lo que evidentemente se revela el afán de imponerle un castigo “ejemplificador” a la víctima. Para determinar la razón de tal actitud, corresponde examinar la siguiente frase, recogida por el Tribunal de Apelación: “... le dice a la víctima que se mueva como lo hace con su mozo...”; con esto, resulta evidente que la violación de CVAF respondió a una supuesta infidelidad argüida por el procesado, lo que revela también una actitud de venganza, encuadrable en el texto del artículo 48.7 del Código Orgánico Integral Penal.

Otra actitud agravante, se presenta porque el procesado hizo que sus hijas miraran las relaciones sexuales forzadas que mantuvo con la víctima, con un claro objetivo de humillarla y reducir el respeto que por ella sentían las niñas. Esta finalidad, también se ve comprobada porque Rolando Ballagán obliga a CVAF a que se pasee por “... el dormitorio de sus hijas completamente desnuda...”; y de forma más clara, durante y después de la violación, al “... toma[r] fotos y amenaza[r] que ellas serán subidas a las redes sociales...”.

La degradación y la discriminación que sufrió la víctima CVAF, por su parte, deben ser observadas de forma conjunta, pues si bien el procesado “... anuló su condición de persona para objetivarla, creyéndola parte de su patrimonio...³, ello se debió a su condición de mujer.

Para aclarar lo dicho en el anterior párrafo, es necesario relieves que la relación conyugal del procesado con la víctima, no era de igualdad sino de subordinación, ello lo revela el relato fáctico imbuido en la sentencia impugnada; según el cual, el procesado, pese a que CVAF se separó de él e

inclusive demostró su deseo de que no se le acerque (“...cambi[ando] de seguridades las puertas de su departamento...”), se sintió con la autoridad suficiente para entrar en la vivienda de su esposa y violarla, actividad que es “...quizá la más brutal expresión de la discriminación y del sometimiento de las mujeres por parte de los hombres, y refleja claramente el afán masculino de controlar los cuerpos de las mujeres...⁴; idea que se refuerza, al observar que la violencia sexual fue causada por una supuesta infidelidad de la víctima.

En este contexto, se puede afirmar claramente que la conducta del procesado deviene de “...las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...⁵; que, en el ámbito familiar, se reflejan en “...la persistencia, más o menos evidente, de un derecho patriarcal que consideraba que el marido tenía la potestad de “corregir a su esposa [...] mediante el uso de la violencia”⁶, y que por ser prohibido en el ámbito penal, se adecúa a la degradación y discriminación tratada en el artículo 48.7 del Código Orgánico Integral Penal, debiéndose puntualizar que:

- Hay degradación, en tanto el procesado desconoció la dignidad que le corresponde a CVAF como ser humano, al tratarla como si fuese un objeto sin voluntad propia, que debía obedecer y sucumbir a cualquiera de sus deseos. Es por ello que la agresión está dirigida a aleccionar a la víctima, por supuestamente haberle sido infiel al procesado con otro hombre, rompiendo de esta manera el dominio que, sobre su cuerpo, creía tener Rolando Ballagán; y
- Hay discriminación, al recordarse que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
 - ... 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 determinado grupo, conduzca a tratarlo con

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 21 de agosto de 2010. *Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Párr. 117.

³ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso signado con el Nro. 1722-2014. *Estado ecuatoriano Vs. Villa Uruchima* (violación).

⁴ CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO. *La Violencia de Género contra las Mujeres en el Ecuador*. Quito, Ecuador. Año 2014. ISBN 978-9942-07-761-5. Pág. 75.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 21 de agosto de 2010. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Párr. 108.

⁶ BARRANCOS, Dora. “Inferioridad jurídica y encierro doméstico”, en: GIL LOZANO, Fernanda. *Historia de las Mujeres en Argentina*. Taurus. Buenos Aires, Argentina. Año 200. Pág. 1122.

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...⁷ [énfasis fuera del texto]

Esta cita, revela que el trato que el procesado le dio a la víctima fue, efectivamente, desigual, pues para decidirse entre respetar o vulnerar el derecho a la libertad sexual de su cónyuge, efectuó una diferenciación ilegítima⁸ con base al género, que le llevó a considerar a CVAF como su inferior, por el simple hecho de ser mujer.

Ahora bien, es evidente que esta conclusión a la que arriba el Tribunal de Casación, de que se vulneró, por contravención expresa, el artículo 48.7 del Código Orgánico Integral Penal, no logra afectar la situación jurídica del procesado, en tanto el último inciso del artículo 44 *eiusdem*, no hace una diferenciación en el aumento de la pena al infractor, por haber cometido el delito con una o varias agravantes; además, inclusive aunque lo hiciese, el principio *non reformatio in pejus*, tal como ha sido interpretado por la Corte Constitucional, impediría una variación en tal situación jurídica, ya que su contenido guarda "... la prohibición de reformar la decisión judicial en perjuicio de los accionantes [...] si ellos hubieran sido los únicos recurrentes..."⁹, lo que ocurre en la especie.

Por lo expuesto, la casación de oficio efectuada en este sub-numeral, resulta exclusivamente aclaratoria para los juzgadores de instancia, en aras de exhortarlos a administrar justicia con perspectiva de género; llamado de atención que ya se ha efectuado en anteriores fallos:

Si bien es cierto que en la actualidad el equilibrio de poder dentro de la sociedad, por razones de género, ha ido avanzando debido a un cambio de mentalidad, "... los avances en la toma de conciencia sobre la magnitud del problema no han

sido suficientes para que los operadores jurídicos reconozcan debidamente a la violencia de género como una vulneración de los derechos humanos de las mujeres"¹⁰; cuestión que provoca en la mayoría de los casos, que los juzgadores eviten el análisis del maltrato psicológico o físico al que pudo estar expuesta la víctima (...) por razones de violencia doméstica (parte de la violencia de género); omitiendo a su vez, el examen y aplicación de los instrumentos internacionales orientados a la protección de las mujeres contra estas circunstancias¹¹.

3. RESOLUCIÓN

En atención al desarrollo jurídico efectuado en líneas anteriores, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 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**", al tenor del artículo 567, numerales 5 y 6 del Código Orgánico Integral Penal: **a)** Declara improcedente el recurso de casación planteado por Rolando Eduardo Ballagán Enríquez; y, **b)** Con fines únicamente aclaratorios y sin afectar la situación jurídica actual del procesado, casa de oficio la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, el 28 de abril de 2016, a las 08h20, por la contravención expresa del artículo 48.7 del Código Orgánico Integral Penal, en los términos desarrollados en el numeral 2.3 de este documento judicial. Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 24 de febrero de 2012. *Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Párr. 79.

⁸ Debemos recordar que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, detalla en su artículo 1 que se debe entender por discriminación contra la mujer, incorporando dentro de esta definición, a aquellas circunstancias que provoquen una "...distinción [...] que tenga por objeto o por resultado [...] anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales."

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Nro. 330-16-SEP-CC, del 12 de octubre de 2016.

¹⁰ COMISIÓN SOBRE TEMÁTICAS DE GÉNERO DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales*. Buenos Aires, Argentina. Año 2010. Pág. 9.

¹¹ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 848-2012. *Estado ecuatoriano VS. Molina Minda* (Asesinato).



V

Causa No. 1712-2016
Resolución No. 540-2017
Fecha: 5 de abril del 2017

Tema: Delito: Homicidio preterintencional. No es procedente imputar al acusado un resultado diferente al acto punible. Cuando la muerte no es producto de las lesiones, se produce la interrupción del curso causal, por tanto el procesado debe responder penalmente por la infracción constituida por el acto mismo, es decir lesiones, puesto que el deceso se produjo por una causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada por la acusadora particular, quien pone en conocimiento a las autoridades que el día 18 de mayo del 2013 en horas de la madrugada, se enteró que su esposo Ángel Leonidas Azogue Azogue estaba en el Hospital Regional Docente de Ambato con heridas graves producidas dentro de un asalto a él y su hermano al salir de las billas, siendo que al encontrarse a la altura del parque central les habían robado y apuñalado. Una vez que el señor Azogue es dado de alta por los médicos, regresa a su casa y 4 horas después empieza a sentir un fuerte dolor, por lo que es trasladado a una clínica donde el médico de turno comprobó su deceso. Establecidos los fundamentos jurídicos, en base a los razonamientos y acorde a las reglas de la sana crítica, con toda certeza se establece la materialidad de la infracción del delito de homicidio tipificado y sancionado en el artículo 449 del Código Penal, así como la responsabilidad de Freddy Danilo Paucar Villegas, quien actuando como autor del ilícito con voluntad, conciencia y teniendo en todo momento el dominio del acto en contra de Angel Leonidas Azogue Azogue, produce su muerte; en consecuencia y en base a la teoría del delito que permite la aplicación en cada uno de los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, con fundamento en lo previsto en los artículos 250, 252, 304-A y 309 del Código de Procedimiento Penal; mediante sentencia del 6 de septiembre de 2016, las 10h51, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato de la Provincia de Tungurahua, declara la culpabilidad del procesado Freddy Danilo Paucar Villegas, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 449, en armonía con el artículo 42 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor, y, de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece como reparación integral la cantidad de \$ 5.000,00 dólares americanos, que deberán ser cancelados por el sentenciado a la viuda del occiso.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El procesado por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia, interpone recurso de apelación del fallo del a-quo, ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua. El Tribunal, en aplicación de las reglas de la sana crítica, aprecia que la prueba de cargo, es concordante y determina que el causante de la agresión al fallecido, es el hoy recurrente; tal conducta está descrita en la ley, por haberla adecuado en el grado de autor al tipo penal establecido en el artículo 455 del CP, que estipula la configuración del " Homicidio Preterintencional", recogiendo lo señalado por

la Corte Nacional de Justicia en la causa penal No. 440-2013: “...conforme a la doctrina, puede definirse como la muerte no intencional de una persona causada por golpes dados voluntariamente, cuyo resultado homicida no fue previsto; constituyendo un acto culposo, que no habría caído bajo la sanción penal, a no ser por el resultado moral de uno de los participantes en la gresca, como lo refiere el tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo, “ que dentro del homicidio preterintencional, el delito querido es el de las lesiones o heridas y el resultado no querido es la muerte...”. El 17 de noviembre de 2016, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, acepta parcialmente el recurso interpuesto, reformando la sentencia subida en grado, y lo declara culpable, de homicidio preterintencional, en el grado de autor, por haber adecuado su conducta al tipo penal previsto en el artículo 455 del Código Penal, imponiéndole la pena de seis años de reclusión menor ordinaria, en consideración a la existencia de agravantes contempladas en las circunstancias 1 y 5 del artículo 450 *ibídem*, confirmando la reparación a favor de la víctima. El sentenciado 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.

SÍNTESIS CASACIÓN

Dentro de la fundamentación del recurso de casación interpuesta por el procesado Freddy Danilo Paucar Villegas, expresa que el principio *inter partes* que se alegó en las correspondientes audiencias no se tomó en cuenta, vulnerando el artículo 82 de la Constitución de la República, en plena concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial; en ese sentido solicita que al existir una inadecuada e indebida aplicación del artículo 455 del Código Penal se acepte el recurso de casación. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia declara improcedente el recurso de casación planteado, por cuanto no ha justificado el error de derecho, conforme las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; y casa de oficio la sentencia impugnada, al percatarse de la existencia de un error de derecho que no ha sido mencionado por los sujetos procesales, pero que guarda la trascendencia suficiente como para alterar la parte resolutive de la sentencia impugnada; esto es por violación directa de la ley, bajo la modalidad de indebida aplicación de los artículos 13 inciso tercero, 14 inciso cuarto y 455 del Código Penal; siendo así, el Tribunal de Apelación al establecer la relación de causalidad, pasa por alto que en el caso *sub lite* se produjo la interrupción del curso causal, toda vez que la acción ejecutada por el sentenciado, resulta insustancial para producir el deceso del hoy occiso; por cuanto, como se afirma en el fallo del *ad-quem*, la muerte de la víctima se produce cuatro horas después de abandonar el centro médico de salud; esto es, por una causa ajena a la voluntad del autor, que no se suma al acto inicial que desencadenó el resultado producido. Como consecuencia de lo expuesto, se deduce que el fallo cuestionado, al imputarle al acusado un resultado independiente del acto punible, reconociéndole como autor del delito de homicidio preterintencional, transgrede en forma directa la ley, el Tribunal al casar de oficio la sentencia impugnada, declara la culpabilidad del procesado, en calidad de autor del delito de lesiones, tipificado a la fecha de los hechos en el segundo inciso del artículo 464 del Código Penal, actualmente subsumida en el artículo 152.2 del COIP, en concordancia con el artículo 42 *ibídem*, imponiéndole la pena modificada de un año cuatro meses de prisión correccional; el pago de una multa de treinta y un dólares americanos; y ha lugar la reparación integral en favor de la víctima en los términos determinados por el Tribunal *A-quo*.



RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1712-2016

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**

Quito, miércoles 5 de abril de 2017, las 16h46.-

VISTOS:**1.- ANTECEDENTES**

1.1. Mediante sentencia del 6 de septiembre de 2016, las 10h51, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato de la Provincia de Tungurahua, declara la culpabilidad del procesado Freddy Danilo Paucar Villegas, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el artículo 449, en armonía con el artículo 42 del Código Penal, vigente al cometimiento de la infracción, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor; y, de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece como reparación integral la cantidad de USD \$ 5.000,00 dólares americanos, que deberán ser cancelados por el sentenciado a la señora María Hermelinda Sigcha Aucatoma como viuda del occiso.

1.2. El sentenciado interpone recurso de apelación, ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, que el 17 de noviembre de 2016, las 15h45, acepta parcialmente el recurso deducido por el acusado Freddy Danilo Paucar Villegas, reformando la sentencia subida en grado, y lo declara culpable, de homicidio preterintencional, en el grado de autor, por haber adecuado su conducta al tipo penal previsto en el artículo 455 del Código Penal, imponiéndole la pena de seis años de reclusión menor ordinaria, en consideración a la existencia de agravantes contempladas en las circunstancias 1 y 5 del artículo 450 ibídem, confirmando la reparación a favor de la víctima, fijada por el Tribunal de Garantías Penales.

1.3. El sentenciado inconforme con el fallo del adquem 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

“Mediante parte policial se conoce que el día 18 de mayo del 2013, personal policial se ha entrevistado con la señora María Hermelinda Sigcha Aucatoma, quien ha señalado que su esposo no ha llegado a su casa, y en horas de la madrugada había escuchado que las sirenas de Santa Rosa sonaban y posteriormente había llegado la ambulancia, en la mañana se había enterado que su esposo estaba en el Hospital Regional Docente de Ambato, y es en ese lugar donde su esposo que en vida se llamaba Ángel Leónidas Azogue Azogue le había manifestado que los conocidos con el alias “los icas”, “el perro” hermano de los Picas, Oscar, Freddy Paucar y otros han sido los causantes del hecho, esto luego de salir de las billas, ya que le habían seguido a él y a su hermano y, a la altura del parque central de la parroquia de Santa Rosa, les habían robado y apuñalado, asimismo relató que una vez que el señor Angel Leónidas Azogue es dado de alta, posteriormente comienza a sentir dolor y pide que le lleve a una clínica porque le duele todo y fallece; por tal razón le han llevado a la clínica Tungurahua en donde el médico de turno había comprobado su deceso . [Sic]

3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

3.1. El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 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.

3.1. 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.

3.2. El Tribunal está conformado por el señor doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, señoras doctoras Sylvia Sánchez Insuasti y Gladys Terán Sierra, Juezas Nacionales.

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 aplicarlas 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.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ejusdem, se realizó la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

5.1. Fundamentación del procesado Freddy Danilo Paucar Villegas, por parte de su abogado defensor Fernando Freire Paredes, quien en síntesis expresó:

- Que por éstos mismos hechos, ya se condenó a dos ciudadanos por lesiones y que por los mismos hechos la Corte Nacional de Justicia dio una sentencia de un año cuatro meses, de tal manera que el principio inter partes que se alegó en las correspondientes audiencias no se tomó en cuenta, vulnerando el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en plena concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial; en ese sentido solicita que al no existir una adecuada aplicación e indebida aplicación del artículo 455 del Código Penal, habiendo un error injustificado, que se encuentra en la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, emitida el 17 de noviembre del 2016, solicita se acepte el recurso de casación, sabiendo analizar las circunstancias de los parámetros técnicos y legales expuestos en esta audiencia.
- Alega, la vulneración del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, esto es referente a la sana crítica, que los jueces de instancia debieron aplicar como la lógica y la reglas de la experiencia, debiendo hacer un análisis completo de todo lo actuado dentro del presente caso, cosa que no lo han hecho, de manera que una vez más solicita se acepte el recurso de casación.

5.2 Contestación de la Fiscalía General del Estado a la fundamentación de recurso propuesto por el procesado Freddy Danilo Paucar Villegas.

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, en síntesis dijo:

- Este es un recurso técnico, extraordinario y limitado, no es un alegato de instancia, no es un recurso de apelación y tiene su fundamento en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que señala que el recurso de casación procede ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; o sea, que se analiza exclusivamente la sentencia y no los errores de hecho que cometieron los jueces en ella, y el recurrente aquí se ha referido casi exclusivamente a errores de hecho, lo cual no es procedente.
- Por otra parte, se ha referido a una nueva valoración de la prueba, lo cual en casación es absurdo aducirlo en esta audiencia oral y contradictoria; ya que aquí se analiza exclusivamente los errores de derecho, ya sea contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación.
- Refiere el casacionista que se ha vulnerado el artículo 82 de la Constitución de la República y artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, pero no estableció por qué causal, que son tres completamente diferentes para poder fundamentarlo, ya por contravención expresa, indebida aplicación o por errónea interpretación.
- Señaló, que hay una inadecuada e indebida aplicación del artículo 455 del Código Penal, pero para esta causal indica la Fiscalía, hay que hacer una proposición jurídica completa y significa que si se consideraba que no se debía aplicar dicho artículo, era obligación del recurrente decir que norma del Código Penal debía aplicarse y eso no lo hizo en esta audiencia de fundamentación.
- Se ha manifestado, que se ha vulnerado el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la sana crítica, pero no señaló que causal de las tres que contiene el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, considerando la Fiscalía que no se ha justificado el recurso de casación en los términos técnicos que establece dicha norma.
- La sentencia de segunda instancia, ratifica al pago de daños y perjuicios y la reparación integral, en la cantidad de cinco mil dólares, por la



muerte de una persona, lo cual es exiguo, respecto de un joven de 28 años de edad, por lo cual solicita, sin que signifique la reforma de la sentencia, que se aumente la cantidad de la reparación integral, porque no se puede valorar la vida de una persona de 28 años de edad en cinco mil dólares; en tal virtud, por estas consideraciones pide que se deseche el recurso de casación interpuesto por el señor Freddy Danilo Paucar Villegas, toda vez que no se ha justificado en la forma técnica lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

5.3 El recurrente Freddy Danilo Paucar Villegas, al ejercer su derecho a la réplica, respecto de lo manifestado por la Fiscalía General del Estado, expresó:

- He sido claro en decir que hay una errónea e inadecuada aplicación del artículo 455 del Código Penal, errónea interpretación consiste en la interpretación equivocada e inexacta valoración jurídica del caso que no existe, de tal manera que el hecho o el resultado muerte, pertenece a otra causalidad, en tal sentido solicito en el peor de los casos se aplique lo que determina el artículo 464 del Código Penal, que es sanción por lesiones. (Sic).

5.4 Intervención del doctor Diego Jaya, Defensor Público en representación del procesado no recurrente José Oscar Quishpe Collay, dijo:

- En esta audiencia, las partes intervinientes no ha mencionado, tanto en los hechos como en el derecho, en contra de su defendido, por lo tanto en este momento la defensa nada tiene que alegar al respecto de la violación de los derechos de su representado.

6.- ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES:

La Constitución reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, la igualdad formal, la libertad, entre otros, establecidos en los artículos 66, numerales 1, 3, 4; y, 29. a. b. c. d., se garantiza el derecho al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, artículo 75, como parte de los derechos de protección, debiendo aplicarse los principios de inmediación y celeridad, sin que las partes en litigio queden en la indefensión y asegurándolas el derecho al debido proceso, reglas señaladas en el artículo 76, donde las partes, en igualdad de condiciones, ejercen todos y cada uno de los derechos establecidos en la norma suprema.

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida, en su artículo 4 manifiesta: Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 3 expone, que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Respecto del tipo penal, el artículo 455 del Código Penal, manifiesta: *Homicidio culposo por heridas o golpes a la víctima*. Cuando las heridas o golpes, dado voluntariamente pero si intención de dar la muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor.

7.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

7.1. Con respecto al recurso de casación.

7.1.1. En materia penal, la Casación, es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, ya por haber hecho una falsa aplicación de ella, en fin, por haberla interpretado erróneamente, como lo dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; cabe recalcar que la contravención expresa del texto de la ley, tiene lugar, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que está expresamente señalado; mientras que, la aplicación indebida de la ley, se da cuando el juzgador en lugar de emplear la norma que corresponde al caso, aplica otra que es impertinente; y, la errónea interpretación, se produce cuando el juzgador no acierta con el sentido genuino que tiene la norma, es decir, refleja un error de intelección.

7.1.2. De manera que, este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador, es por ello importante, que el recurrente mencione y fundamente claramente cuáles son las normas específicas de la ley que se han violado en el caso concreto, teniendo que ser esta violación, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la contravención al precepto legal haya sido dada por inaplicación, errónea interpretación, indebida aplicación de su texto, proveniente del acto volitivo del juez en el que, al utilizar el precepto legal,

yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que lo lleva a inaplicarla o aplicarla de una manera incorrecta.

7.1.3. *“La casación es uno de los recursos procesales, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano en contra de las decisiones que los administradores de justicia dictan en los procesos jurisdiccionales, derecho que no solo forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76.7. m), sino que además ha sido recogido por instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h), manifiesta que toda persona inculpada de un delito tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal”.* Este recurso es el controlador jurídico del fallo de segunda instancia; no remedia cualquier injusticia o defecto procesal, sino que verifica la legalidad de la sentencia impugnada, dentro de los límites derivados de los motivos taxativamente previstos en la ley e invocados por quien deduce el recurso.

Germán Pabón Gómez, nos enseña al respecto del recurso de casación penal lo siguiente: *“En un sistema penal constitucionalizado la casación penal se debe concebir como un amparo constitucional, convencional y legal de las sentencias de segunda instancia en relación con lo debido sustancial, debido procesal y debido probatorio, postulados que reclaman realidad por encima de lo técnico formal de la impugnación singular que se trate”*²

7.1.4. Además el último inciso de la norma antes citada, decreta la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Tribunal 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; debiendo para ello, realizar un examen a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento, de la experiencia y el conocimiento, ya que la garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al juez

libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos expuesto en apelación.

7.2 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente.-

7.2.1. Violación, sin especificar causal, del artículo 82 de la Constitución de la República y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial.-

Para fundamentar este cargo, el impugnante manifiesta que no se respetó *“... el principio inter partes...”*, al haberse ya dictado sentencia en la Corte Nacional de Justicia, en contra de otra de las personas que participo en el ataque sufrido por Ángel Azogue, condenándose por el delito de lesiones a una pena de un año y cuatro meses.

Respecto de este cargo, el Tribunal de Casación debe aclarar que *“inter partes”* es uno de los efectos que puede tener una sentencia judicial; en específico, se refiere al postulado mediante el cual las decisiones adoptadas por la administración de justicia, solo pueden afectar a aquellas personas que intervinieron en el proceso como sujetos procesales, y no a terceros.

En el sentido expuesto, es evidente que el cargo esgrimido por el impugnante no guarda lógica, pues es precisamente el efecto *“inter partes”* de las sentencias el que impide que una decisión adoptada dentro de otro proceso judicial, distinto al actual, tenga efectos jurídicos para él, por lo que se declara improcedente el cargo analizado actualmente.

7.2.2. Violación, sin especificar causal, del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal

Respecto a este cargo, el impugnante únicamente menciona que el juzgador de segundo nivel debía *“... aplicar en el presente caso la lógica y las reglas de la experiencia, hacer un análisis completo de todo lo actuado, cosa que no lo ha hecho...”*; es decir, hace una enunciación general de los elementos de la sana crítica, sin especificar ningún razonamiento específico del juzgador de segundo nivel, en el que se considere vulnerada esta forma de valoración de la prueba.

Al tenor de lo expuesto en el artículo anterior, no le corresponde a este órgano jurisdiccional analizar

¹ Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho. Período Enero-Diciembre 2012. Quito-Ecuador. P.180.

² Pabón Gomez, Germán, *“De la casación Penal en el sistema acusatorio”*. Ed. Ibáñez, Universidad de los Andes, Bogotá. 2011. Pág. 25.

un cargo falto de fundamentación, sino declararlo improcedente, como en efecto se lo hace, más aun cuando en fallos anteriores ya se ha dicho que:

Cuando el recurrente realiza una simple enunciaci3n de art3culos pertenecientes al ordenamiento jur3dico, pero no presenta fundamentaci3n alguna para sustentar sus afirmaciones de que han sido vulnerados, este Tribunal de Casaci3n las rechazará de inmediato, por no contar con la exteriorizaci3n del inter3s para recurrir del impugnante³.

7.2.3. Indebida aplicaci3n del art3culo 455 del C3digo Penal.-

Respecto de este cargo, el impugnante menciona que deviene de la propia vulneraci3n del efecto “inter partes” de la sentencia, lo cual ya fue resuelto supra por este Tribunal de Casaci3n, estableciendo la improcedencia de tal alegaci3n. Por lo mismo, al estar basado este cargo en un argumento previamente declarado improcedente, deviene en el mismo resultado negativo para el recurrente; m3s a3n, cuando en su fundamentaci3n primero ha mencionado que este cargo procede por indebida aplicaci3n, para en la r3plica afirmar que lo que corresponde es la err3nea interpretaci3n, causales de casaci3n que son contradictorias, en tanto la primera implica que no se deb3a aplicar una norma, mientras la segunda postula que la norma fue debidamente aplicada, pero se err3 al establecer su sentido y alcance.

En atenci3n a lo expuesto anteriormente, as3 como por el hecho de que el procesado no ha completado su proposici3n jur3dica con la norma que efectivamente se deb3a aplicar al caso concreto, este Tribunal de Casaci3n tambi3n declara improcedente a este cargo.

7.3. Casaci3n de oficio.-

Durante la revisi3n necesaria que se debe hacer de la sentencia impugnada, este 3rgano jurisdiccional se ha percatado de la existencia de un error de derecho que no ha sido mencionado por los sujetos procesales, pero que guarda la trascendencia suficiente como para alterar la parte resolutive de la sentencia impugnada; es por ello que, al tenor del art3culo 358 del C3digo de Procedimiento Penal, se procederá a efectuar una casaci3n de oficio, en los t3rminos que quedan explicados *infra*.

En el caso in examine, la prueba analizada en las instancias inferiores, ha llevado a los jueces de primer y segundo nivel a concluir que las heridas perpetradas en la humanidad del occiso, por Freddy Danilo Paucar Villegas, de acuerdo con la historia cl3nica y de la auditoria pericial m3dica, no eran mortales, por ello fue dado el alta del Hospital Provincial Ambato, ya que estaba en condici3n “estable”; adecuando su conducta el hoy sentenciado Freddy Danilo Paucar Villegas, en lo que determinado en el segundo inciso del art3culo 464 del C3digo Penal, (ahora subsumido en el art3culo 152.2 del C3digo Org3nico Integral Penal); mas no en el art3culo 455 del C3digo Penal, como indebidamente se menciona en la sentencia impugnada, reconoci3ndole como autor del delito de homicidio preterintencional, cuando de los hechos materia de la Litis, se desprende que su actuaci3n fue el producir lesiones en la humanidad de Luis An3bal Azogue Azogue, sin que su resultado final haya sido darle muerte.

Esta forma de verlas cosas se encuentra plasmada en el contenido del art. 13 del C3digo Sustantivo Penal, en donde se regula dicho instituto bajo los siguientes par3metros “[...] En caso de concurrir con el acto punible causas preexistentes, simult3neas o supervenientes, independientes de la voluntad del autor, se observarán las reglas que siguen: Si el acontecimiento, que no estuvo en la intenci3n del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o m3s de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional. Si el acontecimiento se verifica como resultado de una o m3s de dichas causas, sin sumarse al acto punible, no ser3 responsable el autor sino de la infracci3n constituida por el acto mismo”.

Bajo este entendimiento, el ad-quem consider3 en la premisa conclusiva de su resoluci3n que el deceso de Luis An3bal Azogue Azogue, se debió a la presencia de una causa superveniente, que es el actuar que tuvo el occiso, luego de las lesiones que fueron propinadas en su humanidad. En los t3rminos del art3culo 13 del C3digo Penal, esto es un hecho que ocurre con posterioridad a la infracci3n imputada, tal es as3 que el Tribunal de Alzada es claro en manifestar que las heridas ocasionas a la v3ctima,

³ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tr3nsito. Sentencia que pone fin al recurso de casaci3n signado con el Nro. 130-2014. *Estado Ecuatoriano Vs. Gonz3lez Chamba* (Atentado al pudor).

por parte del acusado no eran mortales, resultando imputable la infracción a título de preterintención. Esta forma de razonar denota un craso error del ad-quem, que efectuó quienes realizaron una indebida aplicación del artículo 13, inciso tercero, del Código Penal; y, artículo 14 *Ibidem*, por cuanto si su disquisición gira en torno a que las lesiones ocasionadas no eran letales para producir el resultado muerte y que éste desencadenamiento fatal se llevó a cabo por una acción totalmente ajena a la voluntad del autor, que no se suma al acto punible por la interrupción del curso causal, debiendo responder penalmente por la infracción constituida por el acto mismo, que en el caso in examine, corresponde a lesiones.

Siendo así, el Tribunal de Alzada, al establecer la relación de causalidad, pasa por alto que en el caso sub lite se produjo una interrupción del curso causal, toda vez que la acción ejecutada por el sentenciado⁴, resulta inane para producir el deceso del hoy occiso; por cuanto, como se afirma en el fallo del ad-quem, la muerte de la víctima se produce cuatro horas después de abandonar el centro médico de salud; esto es, por una causa ajena a la voluntad del autor, que no se suma al acto inicial que desencadenó el resultado producido.

Como consecuencia de lo expuesto, se deduce que el fallo cuestionado, al imputarle al acusado un resultado independiente del acto punible, transgrede en forma directa la ley y por consiguiente impera casar la sentencia impugnada, por existir indebida aplicación del artículo 455 del Código Penal, que se refiere al tipo penal imputado; indebida aplicación de los artículos 13 inciso tercero y 14 inciso cuarto del Código Penal, en lo referente a la relación de causalidad; por cuanto la norma que debió aplicar el ad-quem corresponde a la determinada en el artículo 13 cuarto inciso del Código Penal; y, segundo inciso del artículo 464 *ibidem*, esto es lesiones perpetradas en la humanidad del occiso.

Bajo éste rótulo en el caso sub lite, nos encontramos ante el hecho de que el hoy sentenciado, a la fecha del cometimiento de la infracción, se hallaba vigente el Código Penal y Procesal Penal; empero, con el advenimiento del nuevo estatuto penal, procesal y de ejecución, ocasiona que, el juzgador deba

sancionar por la hipótesis jurídica prevista a la fecha, siempre y cuando se reproduzca en el COIP, a fin de determinar sus consecuencias jurídicas en mención al quantum de la pena, en aplicación del principio de favorabilidad establecido en el artículo 5.2 y 16.2 del mismo cuerpo de ley.

En primer lugar, se constata que la aplicación del COIP, sigue dando como resultado la responsabilidad penal del proceso únicamente por lesiones, ya que su artículo 26, en el segundo inciso determina que la infracción será preterintencional cuando se *“...realiza una acción u omisión de lo cual se produce un resultado más grave que aquel que se quiso causar...”* (Énfasis fuera del texto); y, en este caso, la acción del procesado se dice que causó, únicamente lesiones que no eran mortales.

Efectuado lo anterior, corresponde realizar una comparación normativa, de la que podemos distinguir que la conducta reprochada, esto es lesiones cuya incapacidad para el trabajo es de DIEZ DÍAS, se encuentra plasmada en el Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el art. 152.2, lo cual se resume bajo el siguiente esquema:

CÓDIGO PENAL	CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL
Art. 464.- Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o una incapacidad para el trabajo personal, que pase de ocho días y no exceda de un mes, las penas serán de prisión de dos meses a un año y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América. Si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450, la prisión será de seis meses a dos años, y la multa, de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.	Art. 152.- Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: [...] 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.

⁴ Vale decir las heridas leves ocasionadas al afectado que según los hechos plasmados en el proceso fueron verificadas por cinco galenos del Hospital Docente de Ambato, los que determinaron en el examen físico realizado a la víctima que

Bajo estas circunstancias, en la especie se verifican dos situaciones: Que la conducta incriminada sigue siendo punible y; que el quantum de la pena privativa de libertad en abstracto, tanto en el derogado Código Penal, como en el nuevo cuerpo normativo es similar, con la salvedad del inciso segundo del artículo 464 del Código Penal.

Así entendidas las cosas, tenemos que, en el caso sub lite, al momento de dosificar la pena corresponde al juzgador verificar que cuerpo normativo resulta más favorable al reo, todo ello en estricta observancia de lo que dispone el art. 76.5 de la Constitución de la República, en concordancia con los art. 5.2 y 16.2 del Código Orgánico Integral Penal.

Para el efecto, al tasar la pena en concreto, tenemos que el artículo 464 del Código Penal señala una pena agravada si el hecho fue cometido con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 450 ibídem, como sucede en el caso, puesto que según lo plasmado por el Tribunal de Alzada, se verifica la existencia de alevosía, además de haber imposibilitado a la víctima para defenderse, por lo que el quantum punitivo debe ser tasado dentro del piso y techo establecido en el tipo penal, correspondiéndole dos años de privación de libertad. Por su parte el nuevo catálogo punitivo prevé una pena que fluctúa entre dos meses a un año; empero, el art. 44 ibídem es claro al señalar que si existe una circunstancia agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

Siendo así y al verificarse que el hecho fue cometido con alevosía, configurándose la agravante establecida en el artículo 450.1 del Código Penal; y, que se reproduce en el Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el art. 47.1, la pena de un año deberá aumentarse en un tercio, por lo que la sanción a imponerse en concreto corresponde a UN AÑO CUATRO MESES.

En lo que tiene que ver con la pena accesoria de multa, el Código Penal vigente a la fecha, resulta más benigno que el nuevo cuerpo normativo, razón por la que, este Tribunal de Casación considera aplicable dicha sanción pecuniaria, así como también ha lugar la reparación integral a la vícti-

ma; conforme los parámetros establecidos en el artículo 78 de la norma suprema, por lo que el recurrente deberá resarcir los daños ocasionados por la infracción, en los términos establecidos por el Tribunal A-quo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, 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, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad; **RESUELVEN:**

1) Declarar improcedente el recurso de casación planteado por el procesado Freddy Danilo Paucar Villegas, por cuanto no ha justificado el error de derecho, conforme las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal,

2) **CASAR** de oficio la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de fecha 17 de noviembre de 2016, las 15h45, por violación directa de la ley, bajo la modalidad de indebida aplicación de los artículos 13 inciso tercero, 14 y 455 del Código Penal; y, en su lugar declarar la culpabilidad del ciudadano Freddy Danilo Paucar Villegas, cuyas generales de ley obran del proceso, en calidad de autor del delito de lesiones, tipificado a la fecha de los hechos en el segundo inciso del artículo 464 del Código Penal, actualmente subsumida en el artículo 152.2 del COIP; en concordancia con el artículo 42 ibídem, imponiéndole la pena modificada de UN AÑO CUATRO MESES de prisión correccional; el pago de una multa de treinta y un dólares americanos; y, ha lugar la reparación integral en favor de la víctima en los términos determinados por el Tribunal A-quo; y,

3) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.**

f) **Jorge M. Blum Carcelén, Msc., JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL; Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL.**

estaba dentro de los parámetros normales, de la revisión de los rayos X se concluyó que no hay hemorragia, siendo los parámetros hemodinámicos uniformes, razón por la cual paso a recuperación y fue dado de alta a las 08h00 a.m., del día

VI

Causa No. 783-2016
Resolución No. 582-2017
Fecha: 13 de abril del 2017

Tema: Delito violación. En el delito de violación, el testimonio de la víctima menor de edad, es esencial y relevante para demostrar la responsabilidad penal del procesado, operando en conjunto con los demás elementos incorporados en el juicio oral.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Se tiene conocimiento de que los hechos sucedieron desde el año 2004, cuando NN tenía 7 años de edad. La víctima vivía con sus tíos desde los 3 años de edad, en un taller de su propiedad. En el año 2007 ingresa a trabajar en dicho taller José Miguel Quituisaca Tobay, quien en ese entonces tenía 19 años de edad; al poco tiempo y aprovechando que la niña se quedaba sola, empezó a tocar y besar sus partes íntimas, a cambio de dinero. El mismo año la traslada a un cuarto del taller, le saca la ropa y procede a penetrarla vaginalmente. Una vez consumada la violación, estos actos siguen dándose hasta que NN cumple 11 años de edad. A raíz de una charla sobre educación sexual dictada en su escuela, NN empieza a darse cuenta de que no estaba bien lo sucedido. Es así que en el año 2010, a través de la Directora de la Escuela, ante quien NN revela los actos de los cuales era víctima, los tíos conocen que estos hechos se venían dando por 4 años consecutivos. El Tribunal argumenta que el ejercicio de la sexualidad en los menores se prohíbe ya que podría afectar la evolución de su personalidad y originar alteraciones en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro, la sexualidad con menores está oficialmente excluida, a tal punto que es considerada como una aberración sexual. Nuestra Constitución protege este bien jurídico en el literal a) numeral 3 del artículo 66. Los menores de edad constituyen un grupo vulnerable, que gozan de atención prioritaria según lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución. El artículo 44 de la Carta Magna, establece que el estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, se asegurará el ejercicio pleno de sus derechos y se velará por el interés superior de los mismos frente a las demás personas. Es decir el constituyente protege a los menores de edad frente a las amenazas que puedan existir en la sociedad, resguardando los derechos de los más débiles. NN, por su condición de menor de edad fue abusada por una persona mayor de edad, cuando aún era una niña y aquello le causó un daño psicológico. En razón de que tanto la acusación oficial y particular justificaron conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, mediante sentencia del 01 de febrero de 2016, el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, declara la culpabilidad de José Miguel Quituisaca Tobay, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial. La reparación a la víctima, no solo incluye el conocimiento de la verdad, la pena a imponerse al autor, también una reparación económica, condenándole por este concepto al pago de cuatro mil dólares, con el fin de que la misma sirva a la víctima para su tratamiento, en este caso de carácter psicológico, habiéndose justificado la vulneración de un derecho fundamental como es la indemnidad sexual.



SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El procesado José Miguel Quituisaca Tobay, por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia, interpone recurso de apelación del fallo del a-quo, ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la que en sentencia dictada el 18 de mayo de 2016, las 09h00, resolvió desechar el recurso planteado, por cuanto el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, es la indemnidad sexual de las personas, más aún siendo la víctima una niña, niño o adolescente, se debe mirar que también se vulnera su desarrollo integral. La dimensión del impacto en la vida de un menor de edad, es elevado, en vista de la afectación grave que se produce en la evolución y desarrollo de su personalidad, a su salud física y mental, así también en el ejercicio de sus derechos provoca una grave afectación a su vida y su futuro. La doctrina y jurisprudencia son claras en determinar que en esta clase de delitos de naturaleza sexual, al ejecutarse sin la presencia de testigos, el testimonio de la víctima menor de edad es confiable y cobra singular importancia, con mayor razón, si se trata de una niña de nueve años, cuyos dichos deben tomarse por verdaderos porque no tienen vivencia de su decir, de esta forma el Tribunal confirma en todas sus partes la sentencia impugnada. El sentenciado, 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.

SÍNTESIS CASACIÓN

El recurrente José Miguel Quituisaca Tobay, al fundamentar el recurso de casación, indica que en la sentencia se viola lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que se refiere a las normas del debido proceso y además lo dispuesto en el numeral 7.a). k). 1) del referido artículo, que se refieren al derecho a la defensa, a ser juzgado por un juez competente y a la falta de motivación. Señala el procesado que al tiempo de los hechos era menor de edad y que por lo tanto debía ser juzgado como menor infractor ante jueces competentes y además que en dicha sentencia no se comprobó la edad de la menor, al no existir ningún documento que lo justifique. También refirió que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito de violación, ya que en el análisis realizado por los jueces de instancia reseñan que éste fue perpetrado en los años 2004, 2007 y 2009 sin precisar la fecha, por lo que solicita se acepte el recurso de casación y se reconozca su estado de inocencia. Se declara improcedente el recurso pues se solicita una nueva valoración del acervo probatorio, lo cual está impedido realizar al Tribunal de Casación, por lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. En cuanto al planteamiento sobre la falta de competencia del Tribunal de Juzgamiento, tampoco tiene sustento ya que aquello debía haberse planteado en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio que ya precluyó, habiendo sido ya materia de análisis en el Tribunal de Instancia, cuyos juzgadores establecieron con certeza que el procesado no era adolescente, sino que tenía 19 años y por ende mayor de edad, por lo que sus jueces competentes eran los de la justicia ordinaria penal y no los de adolescentes infractores; en cuanto a que la víctima menor de 14 años, no indicó la fecha en la que había sido abusada sexualmente, se pudo establecer que el Tribunal analizó lo referido por la afectada en su testimonio anticipado, con lo que se establece el tiempo de las agresiones sexuales que sufrió la víctima y la autoría del procesado. Por su lado, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional, ha venido aplicando en forma reiterada la doctrina sobre delitos sexuales, que otorga importancia preponderante al testimonio de la víctima, ya que al ser cometidos en la clandestinidad, dicha

declaración cobra real importancia unida a otros testimonios técnicos, siendo suficientes para arribar a una sentencia de condena, opinión doctrinaria que es válida en la presente causa, ya que la agraviada señaló como autor de la agresión sexual al procesado, y a pesar de haber sido con su consentimiento, se produjo el delito por la edad de la agraviada; siendo que la ley considera a dicho consentimiento, en caso de existir, como inoperante por la falta de madurez necesaria para que la víctima pueda discernir el significado y alcance del acto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0783-2016

Juez Ponente: Dr. Jorge Blum Carcelén

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 13 de abril del 2017, las 09h34.-

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES:

1.1. Mediante sentencia del 01 de febrero de 2016, las 1400, el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, declara la culpabilidad de José Miguel Quituisaca Tobay, en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en los artículos 512.1 y 513 del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial y condenándole al pago de cuatro mil dólares de los Estados Unidos de Norte América (USD \$ 4.000,00), por concepto de reparación integral a la víctima.

1.2. El procesado José Miguel Quituisaca Tobay, interpone recurso de apelación, para ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la que en sentencia dictada el 18 de mayo de 2016, las 09h00, resolvió desechar el recurso planteado, confirmando en todas sus partes la sentencia impugnada.

1.3. El sentenciado, 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.- RESERVA DE LA IDENTIDAD DE LA VÍCTIMA:

2.1. En la presente sentencia se omite el nombre, a fin de evitar su exposición pública que perjudique su desarrollo personal, social e integral; quien en adelante será identificada con las iniciales de su nombre y apellido J.Y., considerando que los procesos son públicos (sentencias), y

se encuentran en la página web de la Función Judicial, en observancia del principio de confidencialidad y reserva previsto en el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador; que establece que la mujer se encuentra dentro del grupo vulnerable y de atención prioritaria, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad; en atención al derecho de integridad personal, en concordancia con la Resolución N° 133-2014, de 05 de agosto de 2014, emitida por el Consejo de la Judicatura.

3.- RESEÑA DEL HECHO FÁCTICO:

3.1. Según la teoría del caso, presentada por Fiscalía General del Estado, en la audiencia de juzgamiento, se tiene conocimiento que:

“Los hechos suceden desde el año 2004 cuando NN tenía 7 años de edad, vivía con sus tíos desde los 3 años de edad, en un taller de estuquería de propiedad de sus tíos ubicado en la Avda. Américas y calle Manuela Sáenz, en ese lugar pasada NN con sus padres adoptivos —tíos-; en el año 2007 ingresa a trabajar en la estuquería el ahora procesado —José Miguel Quituisaca Tobar- (sic) al poco tiempo, aprovechando que la niña quedaba sola, el procesado quien en ese entonces tenía 19 años de edad, empezó a tocar sus partes íntimas de NN, tocaba su vagina, sus nalgas y todo su cuerpo y besaba sus vagina, nalgas y senos, a cambio le daba dinero, intentaba penetrarla vaginalmente pero NN llora por el dolor, lo que hace que quede en el intento; en el mismo año, le traslada a un cuarto del taller le saca la ropa, él también se saca y a pesar de los gritos de dolor de NN procede a penetrarla

vaginalmente, una vez consumada la violación, estos actos siguen dándose hasta que NN tiene 11 años de edad; NN se acostumbró a ser abusada a pesar de que no le gustaba porque le dolía, NN se acomodó a la situación; en una ocasión en la escuela les daban una charla, NN empieza a darse cuenta que no estaba bien y se atreve a contar a su madre con el temor que tenía a ser acusada, es así que en el años 2010 los padres adoptivos conocen de estos hechos, que se venían dando por 4 años consecutivos a través de la Directora de la Escuela ante quien NN revela los actos de los cuales era víctima.” (Sic).

4.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

- 4.1. El Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 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 artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- 4.2. 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 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.
- 4.3. Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 Constitución de la República del Ecuador; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 del Código de Procedimiento Penal.
- 4.4. El Tribunal de Casación está conformado por el doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, quien reemplaza al doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, por licencia concedida en legal y debida forma, mediante Oficio N° 266-SG-CNJ-ROG, de 23 de febrero de 2017; y, el doctor Edgar Flores Mier, Conjuez Nacional, quien reemplaza a la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional, por licencia con-

cedida en legal y debida forma, mediante oficio N° 262-SG-CNJ-ROG, de 23 de febrero de 2017, ambos suscritos por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

5.- TRÁMITE:

De conformidad con 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, así como el Código de Procedimiento Penal.

6.- FUNDAMENTACIÓN, CONTESTACIÓN Y RÉPLICA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ejusdem, se realizó la audiencia oral, reservada y contradictoria, en la que las partes expresaron:

6.1. El recurrente y acusado José Miguel Quituisaca Tobay, al fundamentar el recurso de casación, ejercida por el doctor Luis Gustavo Quito Mendieta, en síntesis dijo:

- Que fundamenta el recurso de casación, de conformidad con el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, indicando que el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, lo condenó a 16 años de reclusión mayor especial, como autor del delito de violación, tipificado y reprimido en el artículo 512.1 y 513 del Código Penal; cuya sentencia fue ratificada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, quien negó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida.
- Indica el recurrente, que en la sentencia se viola lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que se refiere a las normas del debido proceso y además lo dispuesto en el numeral 7.a). k). 1) del referido artículo, que se refieren al derecho a la 3 defensa, a ser juzgado por un juez competente y a la falta de motivación.
- Respecto a que considera que no fue juzgado por un Tribunal competente señaló que el procesado al tiempo de los hechos era menor de edad y que por lo tanto debía ser juzgado como menor infractor ante jueces competentes y además que en dicha sentencia no se comprobó la edad de la menor, porque no hay ningún documento que lo justifique.

- También refirió el recurrente, que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito de violación, ya que el análisis realizado por los jueces de instancia refieren que fue penetrada en los años 2004, 2007 y 2009 sin precisar la fecha, por lo que solicita que se acepte el recurso de casación y se reconozca el estado de inocencia, disponiendo su inmediata libertad.

6.2. Contradicción por parte del delegado del señor Fiscal General de Estado, doctor José García Falconí, a la fundamentación ejercida por el recurrente, quien en síntesis señala:

- Que en la presente causa existen dos sentencias emitidas por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay y por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de dicha provincia, en las que se ha establecido con certeza que el procesado es autor del tipo penal establecidos en los artículos 512.1 y 513 del Código penal, condenándolo a la pena de 16 años de reclusión mayor especial, así como, a la reparación integral mediante el pago de daños y perjuicios a favor de la víctima.
- Refiere la Fiscalía, que el recurrente, no ha establecido una causal válida de casación, considerando que lo realizado es una alegación de tercera instancia y que en el presente recurso, al ser técnico y extraordinario no solo se debe identificar la sentencia que se ataca, sino también indicar cómo y de qué forma se ha violado la ley y que los planteamientos generalizados de la violación a lo dispuesto en el artículo 76.7 a) k) y 1) de la Constitución de la República, no es procedente, ya que no ha justificado, ni sustentado, el porqué de dicha violación.
- Considera la Fiscalía, que se debe tomar en consideración, que el delito de violación sexual es uno de los que más causan alarma social y al no haberse señalado ninguna causal, ni justificado el error de derecho, solicita que se deseche el recurso planteado.

6.3. Réplica por parte del acusado José Miguel Quituisaca Tobay, a través de su defensa técnica ejercida por el abogado Luis Gustavo Quito Mendieta, quien indicó:

- El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al recurso de casación, por la existencia de la violación de la ley y por contravenir expresamente su texto, dado que su defendido era menor de edad y por tanto, fue juzgado por jueces que no tenían competencia. (sic).
- Menciona, que se le vulneró el derecho a la defensa, como manifiesta la Constitución de la República, al no saber de qué delito se lo juzga, ni cuando y donde sucedió, limitando por el tiempo concedido su fundamentación, señalando que no estuvo en el lugar, que no pasó el hecho que era menor de edad; que los artículos vulnerados son muy claros; y, que Fiscalía no enunció lo antes indicado, porque no tiene como defender su tesis. Solicita se de paso a su recurso y se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

7.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

7.1 Con relación al recurso de casación.

Debemos recalcar, que este Tribunal de Casación, considera necesario puntualizar que, del texto del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se desprende que el recurso de casación, es un medio impugnatorio, que tiene por objeto corregir los errores de derecho, en que pudiera incurrir el Tribunal de Apelaciones al momento de emitir una sentencia, por lo que constituye un recurso extraordinario de control de legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, debiendo observarse si tal violación ha causado o no gravamen al recurrente. El tratadista Luis Gustavo Moreno, dice que el recurso de casación no puede ser considerado como una simple alegación de instancia, es por eso, que no se puede considerar a la casación como una nueva o tercera instancia, sino como *nos indica el mismo tratadista: "Como una etapa extraordinaria del juicio en la que se debate "in jure" la legalidad de la sentencia y donde no existen términos probatorios"*, por lo tanto, lo que se busca es que se corrijan los errores de derecho cometidos por el tribunal ad-quem, es decir, el casacionista debe cumplir

¹ Luis Moreno, La Casación Penal, Teoría y Práctica bajo la Nueva Orientación Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, Bogotá-Colombia, p. 65.

con las exigencias establecidas en la ley (Artículo 349 CPP), y no lo han hecho.

Para nuestro criterio, 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, en base a un defecto cognoscitivo que se avizora en el raciocinio que realiza el juzgador.

7.2. Con respecto al tipo penal de violación.

El delito de violación, en nuestra legislación, se lo define en el artículo 512 del Código Penal, como *“...el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo...”*; hoy artículo 171 del (COIP), bajo las circunstancias que esta misma norma lo contempla, y, nadie duda, desde luego, que la libertad sexual es uno de los bienes jurídicos preeminentes, el más importante después de la vida y la salud y, probablemente el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana, peor cuando se trata de una adolescente indefensa.

La conducta tipificada en el artículo 512 del Código Penal protege la indemnidad sexual, como bien jurídico principal, pero también se precautelan otros bienes como la dignidad, la salud y la libertad en sí misma. La característica o elemento normativo del tipo, es que aquella conducta (violación sexual) se realice contra una niña menor de catorce años edad, que la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, cuando por enfermedad, o por cualquier otra causa no pudiera resistirse, utilizando la violencia, amenaza o intimidación para su realización, como ocurrió en este caso y así lo analizan los juzgadores de instancia; ya que según los profesores españoles Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, *“es necesario que concurren elementos objetivos y subjetivos”* Los primeros consisten en la conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo

delinjusto caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el animus libidinoso. Este animus, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo²”

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *“Convención de Belem Do Para³”*, en su artículo 1 menciona que para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer: *“Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».*

Por su lado, éste Tribunal de la Sala Penal, ha venido aplicando en forma inveterada los criterios de innegable valía del autor Español Manuel Miranda Estrampes, quien al estudio de los delitos sexuales otorga importancia preponderante al testimonio de la víctima, el que cobra real importancia y que unido a otros testimonios técnicos son suficientes para arribar a una sentencia de condena, refiriéndose el Tribunal Supremo Español, en reiteradas resoluciones estableció: *“... viene admitiendo que la declaración de la víctima constituye un elemento probatorio adecuado o idóneo para formar la convicción del juzgador y apto, por tanto, para poder destruir la presunción iuris tantum de inocencia, incluso en aquellos supuestos en que sea la única prueba existente; atribuyéndole el valor o la condición de mínima actividad probatoria de cargo legítima...⁴”*. Afirmando además que: *“Este tipo de delitos se practican en intimidad o en la clandestinidad donde no hay testigos, el testimonio rendido en el juicio por la víctima es suficiente para arribar a una sentencia condenatoria”*; opinión doctrinaria que es válida en la presente causa, ya que la víctima señaló como autor de la agresión sexual al procesado, y que a pesar de haber sido con su consentimiento, se produjo el delito por la edad de la víctima, es por ello, que en el presente caso no es la cantidad de testigos los que van a determinar el hecho, sino la calidad de éstos.

² Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Dykynson, Décima Tercera Edición, Madrid, 2008, p. 217.

³ Convención De Belén Do Para, fue ratificada por el Ecuador el 30 de junio de 1995.

⁴ Manuel Miranda Estampes, La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Editorial Bosch. Año 1997. p. 84.

El hecho de que la víctima sea menor de 14 años, y que la minoría de edad era conocida por el procesado, el consentimiento dado por la adolescente, no le exime de responsabilidad penal al procesado, así como lo establece el catedrático argentino Donna al tratar del consentimiento y exclusión de tipicidad, en su obra Derecho Penal, Parte Especial, en los delitos contra la integridad sexual indica: “*La existencia del consentimiento puede traer aparejadas diferentes consecuencias según las distintas hipótesis contempladas en este tipo penal. De esta manera, en los casos en que las víctimas fueren menores de 13 años, se incurre siempre en abuso sexual, sea que la víctima preste o no su consentimiento. La razón es, como lo hemos dicho oportunamente, que la ley considera que dicho consentimiento, en caso de existir, es inoperante por la falta de madurez necesaria para la víctima para discernir el significado y alcance del acto. En virtud de ello, exista o no el consentimiento de la víctima, siempre la conducta será típica*”⁵.

7.3. De las alegaciones del recurso y vulneraciones legales invocadas por el casacionista.

El recurrente José Miguel Quituisaca Tobay, a través de su defensa técnica indica, que ha interpuesto recurso de casación de las sentencias emitidas por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay y la Corte Provincial de justicia de dicha provincia, que lo condenan como autor del delito de violación; por lo que al respecto debemos considerar, que en el recurso de casación, siendo extraordinario y técnico, únicamente se analizan los errores de derecho que incurre el juzgador de instancia, constituyéndose el recurso en una confrontación entre la sentencia y la ley, por lo que no es técnico que el recurrente indique que interpone el recurso contra las dos sentencias que se han emitido en su contra, ya que a pesar de que ambas son condenatorias y la segunda ratifica la dictada por el Tribunal de Garantías Penales, se debe identificar la sentencia que se impugna, en el presente caso, es la emitida por la sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, del 18 de mayo de 2016, a las 9h00, pero además se debe indicar en que parte de dicha sentencia considera que existe el yerro judicial y como éste influyó en la decisión de la causa, por

lo que al referirse en forma general a las sentencias emitidas, no permite a este juzgador de casación poder identificar el error para subsanarlo, por lo que el planteamiento realizado por el procesado, no fue el apropiado.

Debemos señalar, que en el recurso de casación se debe indicar el error de derecho, por alguna de las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que es la norma aplicada a la presente causa y no como equivocadamente lo hizo el recurrente al referirse al artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, que si bien se refieren a las causales de casación, pero dicha norma no es aplicable a la presente causa.

Las causales para el recurso de casación son la contravención expresa de su texto, la indebida aplicación y la errónea interpretación, produciéndose la primera, cuando se hace caso omiso a la disposición legal o es contraria a lo que ella prescribe, lo que implica contravenir, contrariar o inobservar la ley; mientras que la indebida aplicación, es cuando los hechos no se ajustan al hecho penal, haciéndose uso indebido de dicha norma; y, tercera es la errónea interpretación, que se produce cuando la norma corresponde a los hechos, pero el juzgador le ha dado un sentido diferente al que realmente tiene, distinto al natural, lo que daría lugar a ir más allá del contenido de la norma y contrariar su espíritu; es por ello que es necesario que el procesado señale una de estas causales, a fin de que ajuste su fundamentación a explicar el error, lo que no ha ocurrido en la exposición realizada en la defensa técnica de José Quituisaca Tobay, quien ha señalado que no se ha tomado en cuenta que en los hechos no se ha fijado el día y la hora en la que supuestamente se produjeron, ni tampoco que se haya comprobado la edad de la supuesta víctima o que el procesado era adolescente y por ello carecía de competencia el Tribunal de juzgamiento, todo lo cual no constituye el encuadramiento en una causal, para que se pueda aceptar el recurso, ya que en definitiva está solicitando una nueva valoración del acervo probatorio, lo cual está impedido de realizar este Tribunal, por lo dispuesto en el segundo inciso, del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

⁵ Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial, Rubizal-Culzoni Editores, Cuarta Edición, Tomo 1, Argentina, 2011, p. 549.

El recurrente alegó la falta de competencia del Tribunal de Juzgamiento, cuyo planteamiento tampoco tiene sustento, en el presente recurso de casación, ya que aquello debía haberse planteado en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, que ya precluyó; y, además fue materia de análisis en el tribunal de instancia, cuyos juzgadores establecieron con certeza que el procesado no era adolescente, sino que tenía 19 años y por ende mayor de edad, por lo que sus jueces competentes son los de la justicia ordinaria penal y no los de adolescentes infractores; y, que la víctima que era menor de 14 años no indicó la fecha en la que había sido abusada sexualmente, pero el Tribunal analizó lo que refirió la víctima en su testimonio anticipado cuando señaló: *“Que Miguel Quituisaca trabajaba con su tío Ángel Raúl Tepán Saquipay, en el taller de estuquería cuando sus tíos salían y se quedaba sola en el taller, Miguel llegaba y empezaba a tocarle el cuerpo, siempre lo hacía cuando estaba sola, en ocasiones intentó tener relaciones pero no lo permitía porque sentía dolor. A veces le daba dinero, eso fue cuando tenía unos 8 o 9 años. Cuando tuvo 13 años de edad y luego de haber recibido una charla de educación sexual en la Academia que estudiaba decidió contar a sus amigas y ellas le conversaron a la licenciada de la academia a quien le relató todo lo sucedido y también avisó a sus padres. El procesado le tocaba el pecho y sus partes íntimas, intentaba tener relaciones “en una ocasión sí logró meter el miembro pero le salió sangre me asusté y se fue” la penetración fue una sola vez, lo hizo cuando tenía 9 años de edad, las otras veces tenía miedo, luego pidió que le deje en paz”*; con lo que se establece el tiempo de las agresiones sexuales que sufrió la víctima y la autoría del procesado Miguel Quituisaca.

Respecto a la edad de la víctima, en la sentencia examinada se señala que desde los 9 años el procesado venía tocándole sus partes íntimas y que en el 2009 la llevó a un cuarto del taller y procedió a penetrarla vaginalmente repitiéndose dichos actos hasta que cumplió 11 años de edad; es decir, que lo planteado por el recurrente, ya fue analizado oportunamente por los juzgadores de instancia, quienes llegaron a establecer con certeza que el tipo penal que se adecúa a los hechos, es el de violación, tipificado en el artículo 512.1 del Código Penal, ya que la víctima era menor de 14 años y la responsabilidad del procesado está probada con los testimonios analizados en la sentencia recurrida, rendidos por médico legista Dr. Geovanni Palacios Guerrero, quien estableció un himen semi lunar con desga-

rro, granulado cicatrizado, con desgarro de antigua data, presentando la víctima depresión y llanto, quien le conversó que había sido abusada desde los nueve años y que la última ocasión fue un año antes del examen, señalando que José Miguel Quituisaca Tobay es la persona que le abusaba sexualmente; así como, con el testimonio rendido por el Dr. José Ulloa Maldonado, quien señaló que le realizó la valoración psicológica a la víctima quien le indicó: *“que por situaciones familiares vino de la costa a vivir con unos tíos en Cuenca, en el taller de ellos y que ahí trabajaba Miguel Quituisaca, que era una persona de mucha confianza, estableciendo una relación de amistad y aprovechándose de eso cuando entraba al cuarto a ver televisión le manoseaba sus genitales, que eso ocurrió desde que tenía siete años y que a los nueve años le violó por primera vez y que luego lo hizo en otras ocasiones; le daba dinero para convencerle de que no comente a nadie y que tenía miedo que sepan sus tíos; (...) que recibió una charla de abuso sexual en la Academia y en ese momento se dio cuenta de la magnitud de lo que pasaba en su vida contándole a sus amigas; que presentaba trastorno depresivo, dificultades para concentrarse, tendencia al llanto”*; lo cual fue corroborado por el testimonio rendido por la doctora Diana Verónica Cueva Calle, quien señaló que le realizó a la víctima la pericia psicológica cuando tenía trece años de edad, quien con sus propias palabras relató que: *“había sido abusada sexualmente por José Quituisaca, desde los nueve años de edad en la que empezó a tocarle su cuerpo, sus partes íntimas, amenazándola, chantajeándola, ya que le decía que no cuente a nadie porque le iba a hacer más daño y que luego de algún tiempo esta persona la accedió sexualmente, penetrándole su pene en la vagina y que ello no le contó a nadie por temor”*; - para la valoración aplicó reactivos psicoproyectivos acorde con la edad, el test htp psicoproyectivo rorschach, denominado familia, presentando deterioro marcado en su autoestima, sentimientos de inferioridad, de inseguridad, temores y conflictos de naturaleza sexual marcados, tales como el rechazo a la figura masculina, rechazo a su feminidad, estupor sexual; es decir, no puede reaccionar ante estímulos de naturaleza sexual, marcada carencias afectivas por parte de la figura materna y paterna, conflicto en el área social, en el sentido que se siente rechazada por el mundo, se siente diferente (...) sentimientos marcados de culpa y de vergüenza y lo que más llamaba la atención es que tenía continuas ideas suicidas; que el relato de la víctima es confiable y que su sintomatología es compatible al abuso sexual.

Con lo anterior, los juzgadores de instancia en un análisis lógico, razonable, coherente y comprensible, llegaron a establecer con certeza la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado como autor del tipo penal de violación, sin que en la tramitación de la presente causa se haya violado el debido proceso, ni el derecho a la defensa, ya que el recurrente en todas las etapas del proceso lo ejerció a cabalidad e inclusive impugnando las sentencias de condena, por lo que no es procedente que en términos generales se los alegue.

Respecto al debido proceso, la Corte Constitucional del Ecuador, ha señalado que “(...) desde un punto de vista formal, el debido proceso es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente en la oportunidad y lugar debidos, con las formalidades legales, conjugándose en él los principios de legalidad y de juez natural, limitados en el tiempo, en el espacio y en el modo. (...) 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)” (Sentencia N° 0001-09- SCN-CC, Caso N° 0002-08-CN, Corte Constitucional para el período de transición). Por lo tanto, corresponde a los jueces y juezas cumplir y hacer respetar cada uno de los derechos consagrados tanto en la norma suprema como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como en efecto ocurrió en la causa penal.

Mientras que la motivación se la entiende como la argumentación razonable, lógica y comprensible que hace el juzgador para sustentar su sentencia y para ello debe considerar los hechos, así como la actividad probatoria, ajustándolos al tipo penal que corresponde, como en efecto han realizado los juzgadores de instancia, ya que consideraron que efectivamente se probó con certeza el tipo penal de violación, ejecutado por el procesado con voluntad y conciencia en contra de la víctima, por varias ocasiones, cuando era menor de 14 años, violen-

tando su indemnidad sexual, que como lo refiere el tratadista Francisco Muñoz Conde: “Un niño, niña o adolescente es indemne sexualmente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual”.⁶

Sobre la indemnidad la Convención de los Derechos de los Niños, establece en el artículo 19 que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En la observación General N° 3, el Comité de los Derechos del Niño recomendó y solicitó a los Estados: “...los actos de violencia, incluidas la violación y otros abusos sexuales, pueden producirse en el seno de la familia natural o adoptiva o ser perpetrados por personas que desempeñan funciones específicas con niños, en particular maestros y empleados de instituciones que trabajan con niños, tales como las prisiones y los establecimientos que se ocupan de las enfermedades mentales y otras discapacidades. En virtud de los derechos del niño que se consagran en el artículo 19 de la Convención, los Estados Partes tienen la obligación de proteger a los niños de toda forma de violencia y malos tratos, ya sea en el hogar, en la escuela, en otras instituciones o en la comunidad”:

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” (2), en su artículo 1 menciona que; “para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer: “Cualquier acción o conducta, basa en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

El mismo Instrumento Internacional en su artículo 2, menciona que: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

⁶ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial. 17° ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 191-197. El autor dice: el bien jurídico protegido de los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, señala que en el ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad” o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a los menores o incapaces.



- a. *Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;...*
- C *Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.*

En la Constitución de la República del Ecuador, consta como una obligación del Estado, la sociedad y la familia, el promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Se define el desarrollo integral de una niña, niño y adolescente, al proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

En el caso en estudio, es importante tener presente que la Constitución de la República, en su artículo 44, dispone respecto al principio del interés superior del niño expresando que:

“El Estado, 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...”; el artículo 78 de la Constitución acorde con lo señalado dispone: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización particularmente en la obtención y valoración de pruebas”

Por lo expuesto anteriormente, este Tribunal de Casación, establece que la sentencia examinada cumple con los parámetros de motivación exigidos por las normas internacionales y nacionales, por lo que no es procedente lo planteado por el recurrente, cuyo argumento además es contradictorio, al sostener que no se ha fijado la fecha de la violación, dando a entender que existe tal delito, pero concluye solicitando se reconozca, sin fundamento alguno, el estado de inocencia del procesado, por lo que se desechan los cargos planteados.

Por tanto, al no existir el error de derecho, conforme las causales del artículo 349 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”**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal;

RESUELVE:

- 1) Por unanimidad al no haberse justificado el error de derecho, en los términos planteados, se declara improcedente el recurso de casación presentado por José Miguel Quituisaca Tobay.
 - 2) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución. **NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.**
- f) **Dr. Jorge M. Blum Carcelén MSc., JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ NACIONAL.**

VII

Causa No. 599-2017
Resolución No. 1520-2016
Fecha: 17 de abril de 2017

Tema: Delito usura. En la usura existe siempre una circunstancia agravante genérica, la "astucia", por tanto al no ser constitutiva de la infracción, y al aumentar la malicia del acto, no es aplicable el régimen de atenuantes, ni la modificación de la pena.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada por el acusador particular Leoncio Oswaldo Cabrera Montaña, en la que indica que el día 24 de septiembre de 2009 el procesado Elgio Homero Jaramillo Ordóñez vende al acusador particular, un vehículo trails marca Kenworth, modelo T800, año 2009, color amarillo, de placas LBA-1558 por la cantidad de ciento diez mil dólares (\$110.000), recibiendo la cantidad e cuarenta mil dólares (\$ 40.000) y por la diferencia (\$ 70.000) se hace girar 36 cheques, cada uno por el valor de cuatro mil (\$ 4.000), esto para ser cobrados durante tres años; el capital e intereses que pactan es de 5.71% mensual, lo que equivale a 68% anual, que suman un total de ciento cuarenta y cuatro mil dólares \$ 144.000, dando un valor total de ese automotor la cantidad de \$ 184.000. Para asegurarse el pago de esos valores, el procesado exige a su favor una hipoteca abierta y prenda industrial del vehículo negociado. El 24 de junio de 2011, el acusador particular adquiere otro vehículo Trailer, Kenworth, modelo 800, año 2009 en la cantidad de \$ 100.000. Para poder pagar dicho vehículo al solo contar con \$ 40.000, pide prestado al procesado la cantidad de sesenta mil dólares (\$ 60.000), el procesado le otorga dicho préstamo y le hace firmar 36 letras de cambio, cada una de ellas por un valor de \$ 3.750, en la cual se fija un interés de 5.71% mensual, equivalente a 68% anual, sumando por este vehículo intereses de \$ 75.000 y por ese crédito debía pagar la cantidad de \$ 135.000. El acusador particular pagó el capital, los intereses y la mora al procesado; sin embargo el procesado no levantó la hipoteca ni la prenda industrial constituida sobre los bienes del acusador particular, tampoco le devolvió las letras de cambio, exigiendo un pago mínimo entre \$ 1100 y \$ 2000 por intereses. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 24 de mayo del 2016, declaró a Elgio Homero Jaramillo Ordóñez, autor y responsable del delito de préstamo considerado usurario, previsto y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal vigente a la fecha del cometimiento de la infracción, a quien se le impone la pena de seis meses de prisión correccional, pero considerando que en su favor se han probado las atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 29 del Código Penal, se le impone la pena atenuada de tres meses de privación de la libertad. En relación a la reparación integral solicitada por el acusador particular, si bien el Tribunal Penal ha constatado el monto de las negociaciones iniciales y las obligaciones derivadas que determinan el cobro de intereses usureros; no es posible determinar con exactitud el perjuicio ocasionado, por ello se debe estar a las reglas del artículo 31 del Código de Procedimiento Penal. Se acepta la acusación particular formulada por Leoncio Oswaldo Cabrera Montano.



SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El sentenciado y el acusador particular, por mostrarse inconformes con lo resuelto por el a-quo, interponen recursos de apelación ante la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja; órgano jurisdiccional que con fecha 1 de septiembre de 2016, resuelve: 1. No aceptar el recurso de apelación presentado por el procesado; 2. Aceptar parcialmente el recurso de apelación presentado por el acusador particular y en consecuencia reformar la sentencia única y exclusivamente en cuanto a que se ordena que el procesado indemnice a la víctima de este delito y acusador particular con el pago de \$ 156.250 (ciento cincuenta y seis mil, doscientos cincuenta dólares), de cuyo capital se harán liquidaciones enunciadas en el punto VII literal b de la resolución. En lo demás la sentencia de primer nivel queda inalterable; 3. Disponer como medida de no repetición que el procesado en el plazo de 10 días de ejecutoriada la sentencia proceda a cancelar tanto la hipoteca como la prenda industrial otorgadas en su favor por la víctima, que se originaron a partir de estos créditos usurarios; así como igualmente pida el archivo de todos los juicios ejecutivos que se hayan instaurado o pudieren instaurar en contra de la víctima y que se deriven de la actividad usuraria relfejada en la sentencia. El procesado y el acusador particular, pidieron aclaración y ampliación de la sentencia emitida por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja quienes de conformidad a lo previsto en el artículo 629, ordena que el procesado pague al acusador particular y víctima de este delito, el valor de las costas procesales que legalmente se justifiquen, dentro de las cuales se considerarán, los gastos judiciales originados durante la tramitación del proceso. El sentenciado 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.

SÍNTESIS CASACIÓN

El acusador particular, al fundamentar el recurso de casación, indica que en la sentencia existe contravención expresa del principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 76.6 de la Constitución de la República; y contravención expresa del numeral 6 del artículo 621 del COIP y del inciso final del artículo 2232 del Código Civil. El Tribunal de Casación declaró improcedente el recurso, resuelve que los juzgadores de instancia han señalado que las circunstancias atenuantes (artículo 29.6.7 CP) fueron acreditadas e incorporadas por el procesado y por lo tanto han procedido a atenuar su pena; en cuanto a las circunstancias agravantes determinadas en el artículo 30 CP, se justifican con los hechos fijados, ya que en medio del acto de préstamo con interés usurario, existe la circunstancia agravante genérica correspondiente a la "astucia" empleada. El Tribunal de Casación encuentra que la aplicación del artículo 73 del Código Penal realizado por los juzgadores de instancia para modificar la pena dependía del cumplimiento de dos requisitos esenciales: i) la comprobación de, al menos dos circunstancias atenuantes de las contenidas en el artículo 29 del Código Penal; y, ii) la ausencia de circunstancias agravantes genéricas de la infracción, que son aquellas que no forman parte de sus elementos constitutivos y pueden ser aplicados a todas ellas indistintamente, entre las cuales se encuentra la astucia; siguiendo la regla del numerus apertus y no la de numerus clausus, implicando que son simplemente ejemplificativas y no taxativas; por lo tanto mal pudo haberse considerado las atenuantes del artículo 29.6.7, ni modificar la pena e los términos del artículo 73 ejusdem; por lo

tanto, al existir la antes referida circunstancia agravante –artículo 30.1 CP, no aplicado y que debió habérselo hecho-; no se podía conceder atenuantes en favor del procesado, como lo hacen erróneamente los jueces de instancia, y que es precisamente donde subyace el error in iudicando; de allí, que la pena que debió haberse impuesto, era la que correspondía aplicando adecuadamente las normas indicadas ut supra, de 2 años de privación de libertad. Respecto al recurso de casación planteado por el procesado, Elgio Jaramillo Ordóñez, indicando la contravención expresa de los artículos 582 y 584 del Código Penal; el órgano jurisdiccional observa que lejos de haberse realizado una argumentación jurídica que permita sustentar el cargo de violación de ley alegado, esto es contravención expresa, o denominado error de omisión, más bien el recurrente se ha limitado a hacer referencia a normas, sin determinar cómo, dónde y por qué se dice que existe tal error in iure, a no ser la mera mención a elementos del acervo probatorio, cuya valoración incluso se encuentra proscrita para este escenario. Por otro lado, el procesado ha hecho sus cuestionamientos o inconformidad con la sentencia, aduciendo que no se ha mencionado cuál es el tipo penal acusado, en concreto del delito de usura y que el Tribunal de Instancia se ha limitado a recoger doctrina y fallos jurisprudenciales, sin hacer el análisis de adecuación típica sobre los hechos comprobados en la audiencia de juicio. Al respecto, al hacer la referencia a la sentencia impugnada, el Tribunal considera que en la misma se encuentran debidamente justificados los elementos constitutivos del tipo penal de usura (artículos. 583 y 584 CP), y la participación del justiciable Elgio Homero Jaramillo Ordóñez, se encuentra debidamente motivada; razón por la cual se desvanece el cargo y/o argumento planteado por el procesado recurrente. De otro lado y con relación a que existe una violación de los artículos 304.a y sobretodo 309 del Código de Procedimiento Penal; el cual guarda relación con los requisitos formales de la sentencia; cabe indicar que tal alegación también resulta improcedente, en tanto y en cuanto, este reproche acusa a un error en el procedimiento que en este caso no existe, y para el cual el recurso de casación no es el pertinente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2016-1520

Jueza Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, lunes 17 de abril del 2017, las 11h13.-

VISTOS: Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Contenido de la sentencia impugnada, con relación al objeto del proceso penal

Los ciudadanos Leoncio Oswaldo Cabrera Montaña (acusador particular), y Elgio Homero Jaramillo Ordoñez (procesado), interponen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de 1 de septiembre de 2016, las 14h44, aclarada mediante auto de 11 de octubre de 2016, las 14h33; mediante la cual se resolvió: “1- No aceptar el recurso de apelación presentado por el procesado; 2- aceptar parcialmente el recurso de apelación presentado por el acusador



particular, y en consecuencia reformar la sentencia, única y exclusivamente en cuanto a que se ordena que el procesado indemnice a la víctima de este delito y acusador particular con el pago de \$[136.250,00¹] ... de cuyo capital se harán las liquidaciones enunciadas en el punto VII, literal b de esta resolución. En lo demás la sentencia de primer nivel queda inalterable; (...) ²; por su parte la sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, de 24 de mayo de 2016, las 09h24, declaró a Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, "autor y responsable del delito de préstamo considerado usurario previsto y sancionado en los Arts. 583 y 584 del Código Penal vigente [CP] a la fecha del cometimiento de la infracción, a quien se le impone la pena de seis meses de prisión correccional, pero considerando que en su favor se han probado las atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del Código Penal, se le impone la pena atenuada de TRES MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, (...) ³".

En el fallo impugnado, se considera que:

(...) **II-** Los hechos que las acusaciones fiscal y particular (constantes en el Teoría del Caso) atribuyen al procesado, para responsabilizarlo por el delito de usura, son los siguientes: El día 24 de septiembre de 2009 el procesado vende al acusador particular un vehículo tráiler marca Kenworth, modelo T800, año 2009, color amarillo, de placas LBA-1558 por la cantidad de ciento diez mil dólares (\$110.000), recibiendo la cantidad de cuarenta mil dólares (\$40.000) y por la diferencia (\$70000) se hace girar 36 cheques, cada uno por el valor de cuatro mil (\$4000), esto para ser cobrados durante tres años, el capital e intereses que pactan es de 5.71% mensual, lo que equivale a 68% anual, que suman un total de ciento cuarenta y cuatro mil dólares \$144.000, dando un valor total de ese automotor la cantidad de \$184.000.- Para asegurarse el pago de esos valores, el procesado exige en su favor una hipoteca abierta con prohibición de enajenar de un lote y una casa del acusador particular y prenda industrial del vehículo negociado. El 24 de junio de 2011, el acusador particular adquiere otro vehículo Trailer, Kenworth, modelo 800, año 2009 en la cantidad de \$100000. Para poder pagar dicho vehículo al solo contar con \$40.000, pide prestado al procesado la cantidad de

sesenta mil dólares (\$60.000), el procesado le otorga dicho préstamo y le hace firmar 36 letras de cambio, cada una de ellas por el valor de \$3750, en la cual se fija un interés de 5.71% mensual, equivalente a 68% anual, sumando por este vehículo intereses de \$75.000 y por ese crédito debía pagar la cantidad de \$135.000. Que el acusador particular pagó el capital, los intereses y la mora del procesado. Que el procesado no levanta la hipoteca ni la prenda industrial constituida sobre los bienes del acusador particular, tampoco le devuelve las letras de cambio, exigiendo un pago mínimo entre \$1100 y \$2000 por intereses (...) ⁴

El Tribunal de Apelación, refiere en su sentencia, entre otros, a los siguientes medios probatorios aportados por los sujetos procesales, en la audiencia de juzgamiento, y señala:

(...) **III-** En el desarrollo de la audiencia de juzgamiento las acusaciones fiscal y particular, demostraron que el procesado es una persona que se dedica a otorgar préstamos usurarios con la prueba siguiente: **a)** Testimonio de la víctima Leoncio Cabrera Montaña, quien bajo la gravedad del juramento asegura como verdad los hechos que son materia de la acusación anteriormente ya detallados; **b)** Testimonio de Carlos Alfredo Villafuerte, quien lo fundamental indica ser Agente de la Policía Judicial, y en esa calidad realizó labores de inteligencia ante múltiples denuncias por el delito de usura que habían llegado al Ministerio del Interior en contra del hoy procesado Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, pudiendo entrevistar a **varias personas que referían que el hoy procesado hacía (sic) préstamos cobrando el 10% de interés mensual, luego iniciaba juicios ejecutivos y les remataba viviendas y otros inmuebles.-** **c)** Se ha adjuntado la sentencia ejecutoriada debidamente certificada de la Corte Nacional de Justicia, en la causa Nro.- 309-2015-JCC, seguida en contra del procesado Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, en cuya página 15 de dicha sentencia, los Jueces Nacionales Doctores Miguel Jurado Fabara, Gladys Terán Sierra y Edgar Flores Mier, señalan: "En virtud de aquello, este Tribunal de casación, precisa que las pruebas judicializadas resultaron idóneas para reconstruir conceptualmente el hecho reprochable, esto

¹ Esta cantidad es la que consta fijada en el auto de aclaración de la sentencia, que obra de fs. 46-48; cuaderno de 2ª instancia.

² Ver sentencia del Tribunal de Apelación que obra de fs. 24-41; cuaderno de 2ª instancia; cita a fs. 39 vta.

³ Ver sentencia del Tribunal de Juicio que obra de fs. 1635-1647; cuadernos de 1ª instancia; cita a fs. 1646 vta.

⁴ Ver sentencia del Tribunal de Apelación que obra de fs. 24-41; cuaderno de 2ª instancia; cita a fs. 36 vta. y 37

es, la dedicación del acusado a realizar préstamos usurarios...” (ver foja 1006 del proceso); **d)** De fojas 23 a 25 obran los impresos de consulta de causas en las cuales el procesado consta como actor, pudiéndose constatar de su lectura que aproximadamente 27 de esas demandas corresponden a juicios por cobros de dinero en contra de varias personas, **evidenciándose en consecuencia que el procesado es una persona dedicada al préstamo y cobranza de dinero;** **e)** Copias de hipotecas abiertas otorgadas por diferentes personas en favor del procesado garantizando créditos (ver fojas 505- a 537). **Pruebas éstas que en su conjunto dan la certeza a los Juzgadores que el procesado es una persona que se dedica a la actividad de otorgar préstamos usurarios;**

IV- En el desarrollo de la audiencia de juzgamiento las acusaciones fiscal y particular, demostraron los hechos materia de la acusación: (...); con la siguiente prueba: **a)** Testimonio de la víctima, el mismo que refiere con juramento los hechos que son motivo del presente enjuiciamiento. En relación a la prueba documental, cheques (ver fojas 63 a 69), indica que fueron dados al señor Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, llenados por el mismo, que cuando eran cancelados rompían el espacio donde constaba la firma, que los valores se los cancelaba en efectivo. Que cuando se retrasaba en el pago le cobraba el 4% de interés. Que cuando realizaba los pagos unas veces le entregaba los cheques y otras no, diciendo que no los tiene ahí sino en una caja fuerte. Que la contadora realizó algunos pagos. Reconoce que sí adquirió repuestos al procesado. Que actualmente él no le debe ningún valor por concepto de los créditos al procesado, que los terminó de pagar en abril de 2014; **b)** Testimonio de la Dra. Lucía Feronia Cango, perita contable, en lo principal nos señala que para las fechas 2009 como 2011, la tasa de interés legal emitida por el Banco Central oscila entre el 9,33% y 8,33%, por lo tanto la tasa de interés que debía pagarse por parte de la víctima en esas fechas, en cada uno de los préstamos, era el de 9,30%. Que si se considera las Letras (de cambio) de \$4000 (por el préstamo) y \$3500 (por el otro préstamo) de 36 cuotas, existe un cálculo de intereses anuales del 54.50% en el primero de los préstamos y en el segundo un intereses del 63.33%, lo cual es un interés fuera de todo rango o parámetro de lo que establece el Banco Central a esas fechas, indica que esta es una apreciación en base de la información constante en el expediente fiscal; denuncia, versiones, cheques, mutilados, rayados. **Lo que prueba que el interés que utilizado en estas negociaciones por parte del procesado era mayor al permitido por la Ley, en consecuencia era un interés usurero;** **c)** Testimonio de los señores Rubén Betancourth Guamán y Milton Betancourth Cazar, quienes refieren haber

conocido al señor Leoncio Cabrera, de quien recibieron la información sobre el préstamo usurario que le habría hecho el señor procesado, y que es materia del presente juzgamiento; **d)** Testimonio de Gloria Calva Jiménez, indica que inicialmente se ha desempeñado como Secretaria y a partir de 2013 lleva la contabilidad de la Compañía “Leoncio Cabrera”, que en cinco ocasiones fue a entregarle dinero en efectivo por un total de \$58.000 al procesado Elgio Jaramillo Ordoñez, por concepto de pago de los créditos que le había realizado al señor Leoncio Cabrera. Que esos pagos se hacían en virtud que el 24 de septiembre de 2009 le financió un vehículo tipo tráiler al señor Leoncio Cabrera, por la cantidad de \$7000, firmándose 36 letras de cambio de \$4000 por 36 meses, sin que éste le haya entregado ningún documento de constancia de los pagos que efectuaba, indicando que ya lo arreglaba con el señor Leoncio Cabrera. Que también sabe que el señor Leoncio Cabrera mantenía otra deuda con el procesado a partir del 24 de junio del 2011, por la cantidad de \$60.000, firmándose por ello 36 letras de cambio por un valor cada una de ellas correspondiente a \$3750. Que sin embargo de no haber estado presente en estas negociaciones, cuando ella iba a cancelar pudo observar que estaban firmadas las Letras. Que se hacían los pagos el 24 de cada mes, desde el año 2012 hasta enero de 2014, que sin embargo de estar al día en los pagos si había ocasiones en que se retrasaba y que esos retrasos se los cobraba con intereses. Que la deuda de \$70.000 en 36 letras de \$4000 se hizo \$144.000; y del préstamo de \$60.000 se hizo \$135.000, dando un total de \$279.000, que el señor Cabrera le había indicado que había pagado la deuda, que el último pago, esto es los \$10.000, lo realizaron conjuntamente en el año 2014, pero que a ella le consta los pagos que fue a realizar, y que ha quedado pendiente un pago de \$1200, correspondientes al interés sobre el interés. Que estos negocios no se registraron en la contabilidad sino en un libro mensual en razón de que no provenían de una institución financiera; **e)** Testimonio de Patricia Rivas Salazar, quien es contadora auditora, quien en lo fundamental refiere que el señor Cabrera le informó que le ha comprado un carro al señor Homero Jaramillo, que esa compra está abalanzada por una hipoteca y también por la misma prenda del vehículo, pero no encontró un contrato de compra venta. Que en entrevista que ha tenido con el procesado Elgio Jaramillo, quien le ha manifestado “que realmente en la primera negociación que la hicieron en el año 2009, él le vendió en el carro aparentemente le dio \$40000 de entrada, luego le dio un cheque de \$15000 que nunca fue cubierto, si no fue en diferentes etapas, y que por los \$70000 firmaron las 36 letras, que le comentó que en el primer



caso el valor de las letras era de \$4000 cada una y en el otro era de \$3750, cada una, y que le llamó la atención que el señor procesado tenga en su poder Letras si supuestamente estaban pagadas, pero sí pudo observar las Letras de Cambio, pero que no recuerda cuantas eran, pero que si la deuda estaba pagada, las 72 letras las debía tener el señor Cabrera Montaña”. Esta testigo declaró a petición y como prueba del procesado (ver foja 1642); **f**) Como prueba documental se ha introducido en la audiencia de juzgamiento copias certificadas de la Escritura pública de Hipoteca Abierta y la certificación del Registro Mercantil del Contrato de Prenda Industrial del vehículo de Placas LBA-1585, realizados con fecha 24 de septiembre de 2009, respectivamente en su orden (ver 424, 425, 426, 427 del proceso). **Tanto la hipoteca cuanto la prenda industrial son otorgados por la víctima en favor del procesado, demostrándose que efectivamente existían créditos por altos valores otorgados por el procesado a la víctima, que ameritaron la constitución de ese tipo de garantías (hipoteca y prenda industrial)** descartando en consecuencia la alegación del procesado que las únicas deudas existían entre ellos eran por la venta de repuestos, puesto que no se compadece con la lógica ni el sentido común que se exija el otorgamiento de este tipo de garantías por la simple venta de repuestos, confirma ésta apreciación el hecho que el procesado no haya presentado prueba alguna que vendió repuestos cuyo costo o cantidad ameritaban que se constituya sobre un vehículo tipo Trailer una prenda industrial. Es más, en el mismo Contrato de Prenda Industrial se establece de manera expresa que el antecedente para constituir la prenda es por cuanto el señor Oswaldo Cabrera Montaña ha solicitado un crédito al señor Elgio Homero Jaramillo (ver foja 428); **g**) Cheques del Banco de Loja, girados de la cuenta 1101-19073-5 perteneciente a la víctima, a favor del procesado por diferentes valores, nueve de ellos por \$4000, uno de \$15000, otro de \$10.000 y dos de \$2000. Lo cual corrobora lo afirmado por la víctima que giró cheques por montos de \$4000 a favor del procesado para respaldar el préstamo usurario que éste le hizo. Afirmación que encuentra respaldo en el testimonio de la misma testiga del procesado Patricia Rivas Salazar quien narra que el procesado le contó sobre los dos préstamos que la había realizado a la víctima de \$70.000 y \$60000, que firmaron 36 letras, comen-

tándole que en el primer caso el valor de las Letras era precisamente de \$4000 cada una y en el otro eran de \$3750 cada una. (ver foja 1642). **Confirmando entonces plenamente lo afirmado por la víctima en su testimonio respecto de la forma en que el procesado realizó los préstamos usurarios;** **d**) La prueba presentada por el procesado, testimonios de los señores Julio César Luna Cruz, Juan Medina Lozano y Patricia Rivas Salazar, por una parte no enerva o resta credibilidad al aporte probatorio efectuado por la acusación oficial y particular, en razón que no se refieren de manera sustancial a los hechos materia del presente juzgamiento, así por ejemplo los testigos Luna y Lozano solo se concretan a afirmar que el procesado es una persona de ejemplar conducta, mientras que la señora Rivas con su testimonio, como ya se analizó con anterioridad, acredita más bien las afirmaciones de la víctima, por tanto es más bien un testimonio de cargo que descargo.- (...) ⁵ (subrayado propio del texto; negrillas nos pertenece)

1.2.- Sustanciación del recurso de casación

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación interpuesto por el procesado y acusación particular, le han antecedido los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Providencias de 17 y 20 de octubre de 2016, dictadas por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, mediante las cuales se concede los recursos de casación interpuestos por Leoncio Oswaldo Cabrera Montaña (acusador particular), y Elgio Homero Jaramillo Ordoñez (procesado); y dispone la remisión a la Corte Nacional de Justicia.
- Sorteo de la causa Nro. 17721-2016-1520, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, correspondiendo el conocimiento del recurso al tribunal integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; los doctores Luis Enríquez Villacres y Marco Maldonado Castro, Juez y Conjuez Nacionales.
- Autos de 23 de diciembre de 2016, las 11h30, y 23 de enero de 2017, las 14h50,

⁵ Ver sentencia del Tribunal de Apelación que obra de fs. 24-41; cuaderno de 2ª instancia; cita a fs. 37-38 vta.

mediante los cuales el tribunal Casacional, avoca conocimiento de este recurso y convoca a la audiencia correspondiente.

- Mediante oficio suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se llama al doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuce Nacional, para que asuma el despacho del doctor Luis Enríquez Villacrés, ante la licencia concedida.
- Audiencia oral, privada y contradictoria, en la que fueron escuchados tanto las defensas técnicas de la acusación particular y el procesado (recurrentes); y la Fiscalía General del Estado.

1.3.- Cargos planteados y contradicción en la fundamentación del recurso

1.3.1.- Por el recurrente, acusador particular, Leoncio Oswaldo Cabrera Montaña.

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Galo Ortega Criollo, como defensa técnica del recurrente acusador particular, esgrimió los siguientes cargos en contra de la sentencia impugnada:

i) Contravención expresa del principio de proporcionalidad, establecido en el artículo 76.6 de la Constitución de la República (CRE)

Manifiesta, que en la sentencia de doble conforme establece que se impone al procesado la pena de seis meses de prisión y por la aplicación de circunstancias atenuantes se le rebaja la pena a tres meses de prisión; considera que la pena es ínfima con relación al delito cometido y al daño que se ha provocado al acusador; indica que el procesado es reincidente específico, ya que con anterioridad se le impuso una pena de un año de prisión por el mismo delito de usura. Precisa, que la pena debe responder a la gravedad del delito y debe medirse sobre la base de la importancia social del hecho; señala, que en la provincia de Loja, como consecuencia de la política de Estado de la lucha contra el delito de usura, los actos del procesado han sido trascendentes, por la magnitud de la cuantía que se irrogó al patrimonio de las víctimas.

Indica, que el señor Leoncio Cabrera Montaña es un transportista que tiene como empresa y trabajo el transportar carga entre las diferentes provincias del país y para poder adquirir estos vehículos tuvo que solicitar préstamos al señor Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, con un interés del 5.71% mensual, lo cual da un interés de 68% anual; y, es por ello,

que en la ciudad de Loja, la sociedad ha quedado impávida (sic) al conocer que se le ha impuesto apenas tres meses; considera que debe incrementarse la pena ya que se ha afectado tremendamente el patrimonio del acusador particular.

Señala, que en el presente caso no operan las circunstancias atenuantes como establece la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, por cuanto este delito ha causado alarma social que es una circunstancia agravante; y que por ello, existe la contravención expresa de la norma constitucional indicada.

ii) Contravención expresa del numeral 6, del artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal (COIP); y del inciso final del artículo 2232 del Código Civil (CC)

Considera que la cuantía fijada como indemnización por daño moral es ínfima; que si bien, la ley y la jurisprudencia establecen que el monto de la indemnización queda a libre criterio judicial, los US\$50.000,00 fijados, no están íntimamente ligados con la naturaleza del bien jurídico protegido; estima que la indemnización debe ser proporcional al monto de los daños y perjuicios, los cuales, en la sentencia se establece que oscilan en US\$150.000,00 que fue lo que se pagó como intereses usurarios; es por ello, que señala, que se vulnera la relación directa entre los daños y perjuicios y el daño moral.

Manifiesta, que el daño moral queda fraguado en el foro interno de la víctima; que mes a mes, toda la ganancia que su defendido obtenía como producto de su trabajo, era cancelada al sentenciado en calidad de intereses usurarios, lo cual lo obligaba a desatender sus propias necesidades y las de su familia, de tal suerte que casi se quedaron en la indigencia y más aún cuando hasta la actualidad el sentenciado no cancela los gravámenes que se le impuso para otorgar el préstamo sobre la casa del acusador particular y del vehículo; además de ello, lo demandó en un juicio ejecutivo cuya sentencia será expedida en los próximos días.

Indica, que el daño moral es el resultado directo de la acción del sentenciado; y, que por ello, teniendo en consideración que la capacidad económica del sentenciado, conforme consta en el informe pericial que consta dentro de un juicio penal por testaferrismo que también se sigue en contra del procesado, oscila entre los US\$ 4.500.000,00 que tiene en su poder; quien tiene la suficiente capacidad como para poder indemnizar al acusador particular. -Exhibe un recorte de prensa, en el cual se

hace referencia a que el procesado ha manifestado que no pagará indemnización alguna-

1.3.2.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado.

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, señaló que:

Con relación a la fundamentación del recurso de casación presentado por el acusador particular, el cual ha indicado que existe una contravención expresa del artículo 76.6 CRE, que establece el principio de proporcionalidad; considera que no se ha justificado la causal, por cuanto el artículo 564 CP, establece la pena de 6 meses a 2 años, y con las atenuantes se fijó una pena de 3 meses de prisión; por lo cual no existe ninguna contravención. En cuanto a la supuesta contravención expresa al artículo 621.6 COIP, e inciso primero del artículo 2232 CC; manifiesta que las sentencias tanto de primer nivel, como la de segundo nivel, la cual, aceptó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el acusador y estableció la cantidad de US\$ 156.250 (sic) [lo correcto es 136.250] el pago por daños y perjuicios; el artículo 2232 CC establece que el juicio de daño moral es un juicio de acción civil, es decir, independiente; el acusador particular está facultado para iniciar dicha acción civil.

Concluye, que no se ha justificado el recurso de casación presentado por el acusador particular por lo que se lo debe rechazar.

1.3.3.- Por el recurrente, procesado, Elgio Homero Jaramillo Ordoñez [contradicción y fundamentación].

Durante la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso, el doctor Erwin Blum Baquedano, como defensa técnica del recurrente procesado, señaló:

Acoge las palabras de Fiscalía, en torno a la alegación donde supuestamente se ha contravenido a la norma y se viola la ley, al no considerarse agravantes para modificar la pena de conformidad con el artículo 30 CP; considera que no se ha justificado la violación de dicha norma ya que a nadie se le puede discriminar por su pasado judicial; precisa, que si en los Tribunales de Juicio y Apelación, ya se evacuaron dichas alegaciones, y por tanto, existe un doble conforme sobre aquello, la alegación que hace la acusación particular para que la sentencia sea casada, es improcedente y debe ser rechazada. Con respecto a la contravención expresa de los artículos 621.6 COIP y 2232 CC, señala, que el juicio por daño moral es una acción civil y el juicio penal tiene otra envergadura, la cual es sancionar la existencia o no de un delito; precisa que, es más, la sentencia de primer nivel establece y reconoce que en cuerda separada se debe proceder a liquidar los perjuicios; por tanto, solicita que sea rechazada la pretensión del casacionista.

En cuanto al recurso de casación presentado por su patrocinado, Elgio Jaramillo Ordoñez, precisa, que es en contra de la sentencia dictada el jueves 1 de septiembre de 2016 a las 14h44, dentro del caso No. 0056-2015, por la Sala Penal de la Corte de Justicia de Loja; y acorde con el artículo 349 CPP, plantea el siguiente cargo casacional:

i) Contravención expresa del texto legal (artículos 583 y 584 CP)

Indica que en la sentencia impugnada, se resuelve no aceptar el recurso de apelación presentado por el procesado y aceptar parcialmente del acusador particular, reformando la sentencia única y exclusivamente en cuanto al monto a pagar para la indemnización.

Señala, que en los puntos 5.5 y 5.4 se habla de la respuesta del Tribunal de la Sala a los fundamentos de la apelación de la acusación particular y del procesado; que en el punto 4, se dice que en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento se demostraron los hechos materia de la acusación, ello dice, gracias al testimonio de la víctima, de la perito contable doctora Lucía Tango, de los señores Rubén Betancourt Guamán y Milton Betancourt Cazar, quienes refieren haber conocido al señor Leoncio Cabrera; de Gloria Calva Jiménez y el testimonio de Patricia Rivas Salazar; manifiesta, que al desarrollar esta sentencia jamás se menciona cuál es el tipo penal; se describen los hechos, pero no cuál es el tipo penal que se adecua a la conducta de su defendido. Precisa, que un epígrafe anterior la Sala se remite a recoger doctrina y fallos jurisprudenciales, pero no hace el análisis de adecuación típica sobre los hechos comprobados en la audiencia de juicio; solo en el 4.5, se habla del delito previsto en el artículo 583 y 584 CP, describiendo pura doctrina, pero no se realiza una adecuación entre los hechos y el tipo penal, es así que se termina rechazando el recurso de apelación presentado.

Indica, que lo correcto por parte del Tribunal de Casación, es que decida que existe una contravención expresa de los artículos que se dicen que se han comprobado, es decir de los artículos 583 y 584 CP, que precisamente desarrollan el delito de usura.

Manifiesta, que existe una concesión parcial del recurso de apelación interpuesto por el acusador particular; en el literal b) de la sentencia, habla del argumento del acusador particular, quien señala la experticia contable relacionada con el pago de la reparación integral; indica que existe una violación de la ley –sin preciar causal alguna-, por cuanto no se encuentran llenos los requisitos de la sentencia, establecidos en los artículos 304.A y 309 CPP; y que la sentencia debe ser casada en la parte correspondiente a la condena a pagar daños y perjuicios.

1.3.4.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado.

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General del Estado, señaló que:

La sentencia dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de fecha 1 de septiembre de 2016, a las 14H44, se encuentra debidamente motivada, reúne los parámetros de razonabilidad, de lógica y de comprensibilidad. La defensa técnica del procesado, ha hecho un alegato, cuando lo correcto era haber confrontado la sentencia de la Corte Provincial con la ley, lo cual no ha sido realizado; se ha manifestado que hay una contravención expresa, sin señalar de qué artículo; también, se dijo que hay una contravención expresa de los artículos 583 y 584 CP que tipifican el delito de usura; implícitamente se solicita sea revalorada la prueba, lo cual no es facultad de la Corte Nacional de Justicia.

Señala que la Constitución de la República en el artículo 308, prohíbe la usura, porque estos delitos causan alarma social; solicita que sea desechado el recurso de casación y sea ratificada la sentencia, devolviéndose el expediente al tribunal de primer nivel.

1.3.5.- Contradicción por parte de la acusación particular

El doctor Galo Ortega Criollo, defensor de la acusación particular señaló:

Con relación al primer ataque formulado por el sentenciado, en torno a la contravención expresa de los artículos 583 y 584 CP, considera que lo que se pretende es una nueva valoración de la prueba; y, en cuanto a la supuesta contravención expresa del artículo 309 CPP, esta Sala de lo Penal ha sentado jurisprudencia donde se manda a pagar la reparación integral del daño causado, incluido el daño moral.

Considera, que debe ser rechazado el recurso de casación planteado por el procesado.

2.- ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES A SER EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- Competencia

Este órgano jurisdiccional, es competente para conocer de la presente causa, en virtud de lo establecido en los artículos 184.1 de la CRE; 160.1 y 186.2 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, 30.2 y 349 CPP.

Efectuado el sorteo de ley, y los actos procesales que constan descritos en el numeral 1.2 *supra*, este Tribunal de Casación ha quedado integrado por la doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional Ponente; y los doctores Marco Maldonado Castro y Richard Villagómez Cabezas, Conjucees Nacionales.

Este recurso de casación, ha sido tramitado conforme a las normas de los artículos 349 al 358 del CPP, vigente a la época de los hechos; de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la CRE.

2.2.- Análisis de los cargos propuestos

Previo a despejar los cargos planteados por los sujetos procesales, este Tribunal considera necesario reparar, en que, así como se lo ha hecho en innumerables resoluciones de este órgano jurisdiccional, que 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 impugnado⁶.

En cuanto a los parámetros para analizar el recurso extraordinario de casación, aquello ha sido descrito de la siguiente forma:

(...) 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

⁶ En cuanto a las causales casacionales éste órgano jurisdiccional ha señalado: "(...) 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 táctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; b) Error de pertinencia, referido por el artículo 349 *eiusdem*, como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia táctica 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." [CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Ponencia de la Dra. Gladys Terán Sierra. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013]

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. (...)⁷

2.2.1.- Del recurso y cargo planteado por el procesado.

La defensa técnica del recurrente procesado Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, conforme quedó indicado en el punto 1.3.3, planteó el cargo de: **contravención expresa de los artículos 583 y 584 CP; 304.A y 309 CPP**, arguyendo de manera general, luego de hacer referencia a elementos probatorios y su valoración (testimonios); que, por un lado, el Tribunal de Apelación al dar respuesta a los fundamentos de los recursos interpuestos (puntos 5.3 y 5.4), pues si bien, se describen los hechos, jamás se menciona cuál es el tipo penal; y en un epígrafe anterior se limita a recoger doctrina y fallos jurisprudenciales, sin hacer el análisis de adecuación típica sobre los hechos comprobados en la audiencia de juicio; y, que, por otro lado, nuevamente haciendo referencia a otro elemento del acervo probatorio (pericia contable), existe una violación de la ley, empero, sin preciar causal alguna, por cuanto no se encuentran llenos los requisitos de la sentencia, establecidos en los artículos 304.A y 309 CPP.

Así planteado el cargo y/o argumento del recurrente procesado; este Tribunal, repara en que, lejos de haberse realizado una argumentación jurídica que permita sustentar el cargo de violación de ley alegado, esto es contravención expresa, o denominado error de omisión, el cual, conforme quedó señalado para que prospere se da en el marco de que dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente, siendo para ello necesario la confrontación entre el texto de la norma y la narración fáctica; lo

cual no se lo ha hecho, y más bien se ha limitado a hacer referencia a normas, sin determinar cómo, dónde y por qué se dice que existe tal error *in iure*, a no ser la mera mención a elementos del acervo probatorio, cuya valoración incluso de encuentra proscrita para este escenario.

Por otro lado, si bien el recurrente procesado ha hecho sus cuestionamientos o inconformidad con la sentencia, aduciendo que no se ha mencionado cuál es el tipo penal, en concreto del delito de usura; que se ha limitado a recoger doctrina y fallos jurisprudenciales, sin hacer el análisis de adecuación típica sobre los hechos comprobados en la audiencia de juicio. Al respecto, y conforme quedó evidenciado en el numeral 1 de este fallo, al hacer la referencia a la sentencia ahora impugnada, este tribunal considera que en la misma se encuentran debidamente justificados los elementos constitutivos del tipo penal de usura (arts. 583 y 584 CP), y la participación del justiciable Elgio Homero Jaramillo Ordoñez; se encuentra debidamente motivada; razón por la cual se desvanece el cargo y/o argumento planteado por el procesado recurrente.

De otro lado, y con relación a que existe una violación de los artículos 304.a y sobre todo 309 del Código de Procedimiento Penal; el cual guarda relación con los requisitos formales de la sentencia; cabe indicar que tal alegación también resulta improcedente, en tanto y en cuanto este reproche acusa a un error en el procedimiento que en este caso no existe, y para el cual el recurso extraordinario de casación no es el pertinente.

Finalmente, este Tribunal repara en que, lejos de haber realizado una mera enunciación de normas, no se ha hecho ninguna argumentación jurídica; es así que, se ha esbozado de manera general aquello de que no se habla del delito de usura y que no hay el análisis de adecuación típica sobre los hechos comprobados en la audiencia de juicio, haciendo referencia para ello a elementos del acervo probatorio (testimonios y pericias); en definitiva temas atinentes con la prueba y su valoración, lo cual no es pertinente para el escenario casacional por expresa prohibición del inciso final del artículo 349.

⁷ ECUADOR. 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.

Este Tribunal, debe insistir, en que el recurso de casación, es extraordinario, a diferencia de los medios de impugnación ordinarios, que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley, y sus causales se circunscriben a que, en los cuestionamientos sobre la legalidad de la sentencia, se pretenda, a través de ellas, la reparación de los yerros en el fallo impugnado; así como, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso; y, unificar la jurisprudencia. En varias resoluciones de este órgano jurisdiccional, ha reiterado, que la casación debe interponerse únicamente con base y por los motivos previstos en la norma, ya que no cualquier clase de “inconformidad” con la sentencia, es susceptible de ser recurrida por esta vía; inconformidad, que precisamente es la premisa que ha evidenciado y señalado la defensa técnica del recurrente para su alegación.

2.2.2.- Del recurso y cargos planteados por la acusación particular

Como quedó indicado en el punto 1.3.1, la defensa técnica del recurrente acusador particular Leoncio Oswaldo Cabrera Montaña, planteó los cargos de: **contravención expresa del artículo 76.6 CRE (principio de proporcionalidad); y, contravención expresa, también, de los artículos 621.6 COIP, y 2232, inciso final, CC.** El argumento nuclear de la alegación estriba en que, por un lado, considera que la pena establecida, esto es, la pena de seis meses de prisión y que por aplicación de circunstancias atenuantes se la rebajó a tres meses, resulta ser ínfima con relación al delito cometido, el daño causado y sobre todo por la alarma social que éste ha causado, lo cual es una circunstancia agravante; y, por otro, que la cuantía fijada como indemnización (US\$ 50.000,00) por daño moral, también es ínfima, ya que dicho monto no está ligado con la naturaleza del bien jurídico protegido, y debió ser proporcional al monto de los daños y perjuicios.

Así planteados los cargos y/o argumentos, para despejarlos, cabe precisar, que los mismos, acorde con las causales casacionales que prevé el artículo 349 CPP, versan en la contravención expresa de la ley, esto es, en el denominado “*error de omisión*”; el cual implica aquel yerro *in iure* que se configura cuando dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; es por ello, que dado lo argüido, este Tribunal Casacional desde el rol de órgano de control de la

legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia –en el caso de haberlos–; consideramos pertinente realizar el abordaje de las circunstancias modificatorias de la infracción (atenuantes y agravantes) para determinar si efectivamente, existe o no un error de derecho por parte de juzgador en su sentencia.

2.2.2.1.- El Código Penal, aplicable al *sub iudice*, en el Libro I, Título II, Capítulo II, en los artículos 18 al 31, norma respecto de las “*circunstancias de la infracción*”, 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 que están relacionadas con las causas impulsivas de la infracción, con el estado y la capacidad física e intelectual del delincuente, con su conducta con respecto al acto y sus consecuencias. Dentro de las circunstancias atenuantes “genéricas”, el artículo 29 CP, establece en los numerales 6 y 7, dos causales relacionadas con la conducta del encartado, y determina, por un lado, la ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción; y, por otro, la conducta anterior, que revele claramente que no se trata de un individuo peligroso.

De la sentencia impugnada –esto es la dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de 1 de septiembre de 2016, las 14h44, aclarada mediante auto de 11 de octubre de 2016, las 14h33–, la cual, aceptando parcialmente el recurso de apelación presentado por el acusador particular, reformó la sentenciad del Tribunal de Juicio, únicamente en cuanto a que se ordena que el procesado indemnice a la víctima de este delito y acusador particular con el pago de \$ 136.250,00; dejando inalterable en lo demás, es decir, ya en cuanto a declarar al procesado Elgio Homero Ordoñez, como autor y responsable del delito previsto y sancionado en los artículos 583 y 584 CP (usura); y/o, en torno a haberle impuesto la pena de seis meses de prisión correccional, empero, al haber considerado que en su favor se han probado las atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del artículo 29 CP, finalmente se impuso la pena atenuada de tres meses de privación de la libertad.

Ahora bien, determinado que ha quedado, respecto a que han sido tales circunstancias atenuantes (art. 29.6.7 CP), las que los juzgadores de instancia



han señalado que han sido acreditadas e incorporadas por el procesado; y por lo tanto ha procedido a atenuar la pena al procesado; es menester, también, referirse a las “*circunstancias agravantes de la infracción*”, las cuales, en principio, se encuentran determinadas en el artículo 30 CP, y que en definitiva, son todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o las que establecen la peligrosidad del autor; respecto a las circunstancias agravantes, éste órgano jurisdiccional, ha señalado⁸:

(...) En lo que respecta a las “*circunstancias agravantes*”, determinadas en el artículo 30 del Código Penal, aquellas son todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o las que establecen la peligrosidad del autor; al igual que lo indicado, con respecto a las atenuantes en tanto constituyen circunstancias “*generales*” de la infracción, se puede aplicar al estudio de las agravantes; es así que el artículo antes referido, precisa, que son tales circunstancias agravantes “*cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción*”. Hay que indicar las circunstancias agravantes muchas veces pasan a la categoría de circunstancias constitutivas o modificatorias, dando ha lugar a nuevas figuras delictivas; particular, que resulta menester tenerlo muy en la cuenta, como en el caso del asesinato, del robo calificado, etc.⁹.

Si bien, nuestra legislación no contempla la división tripartita: crímenes, delitos y contravenciones; ni división alguna de carácter técnico, sino la bipartita de delitos y contravenciones, fundada en la naturaleza de la pena peculiar; que no existe un criterio preciso para distinguir cuándo una circunstancia es meramente agravante y cuando pasa a la categoría de constitutiva o modificatoria de la infracción; más sin embargo, hay que señalar, que una circunstancias “*agravante*” es constitutiva o modificadora, cuando la nueva figura delictiva se tipifica precisamente por

su intervención; por ejemplo, el homicidio simple (art. 449 CP), más una de las circunstancias enumeradas en el art. 450 *ejusdem*, es igual a asesinato; es decir, cuando de mera circunstancia se eleva al rol de parte esencial, para configurar o modificar una nueva infracción.

Es necesario considerar, además, otra situación; en tanto y en cuanto, por regla general, cuando una circunstancia considerada comúnmente como “*agravante*” pasa a ser constitutiva o modificatoria, la nueva figura por ella tipificada, puede admitir tanto atenuantes como agravantes.

La doctrina nos indica que las circunstancias agravantes, acorde al texto del artículo 30 del Código Penal, se las puede clasificar, ya sea: atendiendo a su origen (legales y judiciales); atendiendo a su aplicación (generales y especiales); y/o atendiendo a su contenido (aquellas que aumentan la malicia del acto; las que aumentan la alarma social; y, las que establecen la peligrosidad de sus autores)¹⁰.

En las primeras, atendiendo a su origen; se encuentran las “*agravantes legales*”, que en definitiva son aquellas que constan expresamente en el texto de la ley; las cuales pueden ser generales o especiales, ya sea que se hallen en la casuística enumerada por el artículo 30 del Código Penal, o ya en la parte especial; en cuanto a los efectos de las agravantes legales se deben establecer algunas diferencias: las agravantes enumeradas en el artículo referido (art. 30 CP), siempre que no sean constitutivas o modificatorias, tienen dos efectos diversos: **i)** basta la concurrencia de una de ellas para impedir la aplicación de circunstancias atenuantes (arts. 73 y 74 CP); y, **ii)** la concurrencia de infracciones (arts. 81 y 613 CP), determina una graduación de la pena en sentido de agravación, dentro del libre criterio judicial, entre las bases legales fijadas por lo regular en cada delito: mínimo y máximo. Ahora bien, hay que indicar, que en el caso de las agravantes legales “*específicas*”,

⁸ ECUADOR. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Recurso de Casación No. 672-2014. Puente Pazos vs Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (uxoricidio) Voto salvado Dra. Gladys Terán.

⁹ PÉREZ BORJA, Francisco señala: “*En el Código no encontramos una regla para distinguirlas ni para determinar lo que son circunstancias agravantes y elementos constitutivos de cada infracción, no habiendo tampoco en los tratadistas un criterio uniforme para su resolución*”. [Apuntes para el estudio del Código Penal. Tomo III. Quito. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Central del Ecuador. 1927]

¹⁰ Ver: CLEARY, Arturo. “*Aplicación y modificación de las penas*”, LOPEZ Byron. “*Sumarios de Derecho Penal Ecuatoriano*”, Código Penal ecuatoriano – Codificación en el R.O. No. 231 de fecha 17 de marzo del 2006; LAVATUD, Gustavo. “*Interpretación de la Ley Penal*”; JIMENEZ DE ASÚA, Luis “*La Criminología*”, “*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*”, GUZMAN LARA, Aníbal, “*Diccionario explicativo del derecho penal*”; TORRES CHAVEZ, Efraín. “*Breves comentarios al Código Penal del Ecuador*”.

éstas señalan en cada caso sus singulares efectos, como por ejemplo en el artículo 450 del Código Penal, que tipifica el asesinato (homicidio agravado). Las **“agravantes judiciales”**, por su parte son aquellas calificadas y admitidas por el juez en razón de la autorización de la frase del artículo 30 del Código Penal, que dice *“como en los casos siguientes”*, lo cual de suyo, da paso a la *“interpretación analógica”*; los efectos, se limitan exclusivamente a agravar la pena dentro del mínimo y máximo señalados para cada delito¹¹.

En el segundo grupo, atendiendo a su aplicación, están las **“agravantes generales”**, que son aquellas que pueden ser aplicadas en forma ordinaria, como es el caso de las enumeradas en el artículo 30 CP, esto es la reincidencia y el parentesco, en determinadas infracciones¹².

Las **“agravantes especiales”**, de su parte, son las propias y las exclusivas de cada infracción, y que se hallan determinadas en la parte analítica de la misma; siendo su efecto, o cambiar la clase de infracción, o aumentar la pena; debiéndose distinguir entre circunstancias agravantes especiales y elementos constitutivos de la infracción, de acuerdo con el rol que le corresponde jugar.

Finalmente, en el tercer grupo, atendiendo a su contenido, se encuentran las **“agravantes que aumentan la malicia del acto”**; las cuales tendríamos, en los siguientes casos: **i)** haber cometido el delito como medio para cometer otro; **ii)** haberlo perpetrado a través 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; **iii)** aprovecharse de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia pública o particular, para ejecutar la infracción; y, **iv)** ejecutar el delito con una de las circunstancias enumeradas en el artículo 30.4 del Código Penal.

Las **“agravantes que aumentan la alarma social”**, las encontramos en los siguientes casos previstos en el artículo 30 del Código Penal: **i)** 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; **ii)** emplear la astucia, el disfraz, el fraude; y, **iii)** en los casos enumerados en el numeral 3 del artículo referido.

Las **“agravantes que establecen la peligrosidad de sus autores”**, se encuentran en los siguientes casos, igualmente previstos en el artículo, referido y son: **i)** ejecutar el acto con alevosía, o traición, insidia, o sobre seguro; por precio, recompensa o promesa; **ii)** cometer la infracción con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; **iii)** imposibilitando a la víctima para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la razón, o ya se empleen auxiliares en la comisión del delito; y, **iv)** en todos los casos enumerados en el numeral 5 del artículo 30. (...)

Dentro de los “casos” que establece el artículo 30.1 CP, en cuanto a considerarse “circunstancias agravantes”, consta el ejecutar la infracción **“empleando la astucia, el disfraz, el fraude...”**. El Diccionario de la Lengua Española, define a la astucia como: *“(Del lat. Astut-ia) f. Calidad de astuto. // 2. Ardid para lograr un intento”*¹³ “de la Real Academia Española, Primera.

Abordando que ha sido el tema de las circunstancias de la infracción, es necesario reparar que, en el presente caso, en donde conforme queda evidenciado acorde con los hechos fijados, en medio de este acto de préstamo con interés usurario, existe la circunstancia agravante genérica del artículo 30.1 CP, en cuanto a la “astucia”; es por ello, que este Tribunal de Casación encuentra que la aplicación del artículo 73 del Código Penal, realizado

¹¹ PÉREZ BORJA, dice con relación a este problema. “pero las judiciales (las agravantes) en ningún caso pueden tener el efecto de aumentar la pena; el juez las tendrá para la aplicación entre el máximo y el mínimo, lo mismo que las legales comprendidas en la enumeración”. Además que existe el principio pro reo previsto en el art. 4 CP.

¹² En lo que respecta, a lo que bien podría llamarse su interpretación y aplicación, se debe recordar la advertencia que hace al respecto RIPOLLÉS: “La doctrina jurisprudencial de que para ser apreciadas han de deducirse de hechos concretos, tan probados como el hecho mismo, y de que de un solo hecho no es lícito derivar más que una sola circunstancia, es valedera para las agravantes lo mismo que para las atenuantes, donde ya fue citada”.

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Espasa Calpe S.A. Madrid 1992, p. 153

por los juzgadores de instancia, para modificar la pena, dependía del cumplimiento de dos requisitos esenciales: **i)** La comprobación de, al menos, dos circunstancias atenuantes de las contenidas en el artículo 29 del Código Penal; y, **ii) La ausencia de circunstancias agravantes** genéricas de la infracción, que son aquellas que no forman parte de los elementos constitutivos de ninguna infracción en particular, y pueden ser aplicados a todas ellas indistintamente; ejemplos de estas circunstancias son precisamente las consagradas en el artículo 30 del Código Penal, entre las cuales se encuentra la astucia, debiendo recalcar, que se encuentran imbuidas en tal norma, siguiendo la regla del *numerus apertus* y no la del *numerus clausus*, implicando que son simplemente ejemplificativas y no taxativas¹⁴; por lo tanto, mal pudo haberse considerado las atenuantes del artículo 29.6.7, ni modificar la pena en los términos del artículo 73 *ejusdem*; por lo tanto, al existir la antes referida circunstancia agravante –artículo 30.1 CP, no aplicado y que debió haberse hecho–; no se podía conceder atenuantes en favor del procesado, como lo hacen erróneamente los jueces de instancia, y que es precisamente donde subyace el *error in iudicando*; de allí, que la pena que debió haberse impuesto, y la que correspondía, aplicando adecuadamente las normas indicadas *ut supra*, es de 2 años de privación de libertad.

2.2.2.2.- Con relación a la alegación de contravención expresa de los artículos 621 COIP y 2232 CC; este Tribunal Casacional repara en que, más allá de que, por un lado, se ha hecho una mera enunciación de tales normas, sin precisar cómo, dónde y/o por qué subyace tal error de derecho; y por otro, de que se ha considerado, desde su óptica personal como sujeto procesal, que la cuantía fijada como indemnización por daño moral es ínfima, pues, no está ligado con la naturaleza del bien jurídico protegido, y debió ser proporcional al monto de los daños y perjuicios; el tema medular, es que la norma invocada, el artículo 621, corresponde a un cuerpo legal, Código Orgánico Integral Penal, que es posterior a los hechos, por lo tanto no aplicable

al sub júdice, y de allí que no amerita proceder con examen casacional alguno; más aún, cuando la casación es la confrontación de la sentencia con la ley aplicable al caso.

3.- 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, por unanimidad, declara: **i)** Improcedente el recurso de casación planteado por el procesado recurrente Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, por falta de fundamentación jurídica, al no haberse justificado ninguna de las causales de violación de la ley establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; **ii)** Con relación al recurso interpuesto por el recurrente, acusador particular Leoncio Oswaldo Cabrera Montaña, al existir contravención expresa del artículo 76.6 de la Constitución de la República, así como del artículo 73 del Código Penal, por haberse modificado la pena, pese a existir la agravante del artículo 30.1 *ejusdem*; se casa, parcialmente, la sentencia dictada por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de 1 de septiembre de 2016, las 14h44, aclarada mediante auto de 11 de octubre de 2016, las 14h33; y se condena al ciudadano Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, a la pena de 2 años de privación de libertad. Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia.

4.- DESPACHO DE ESCRITOS

Agréguese al expediente y tómese en cuenta, los escritos presentados por el procesado recurrente Elgio Homero Jaramillo Ordoñez, mediante los cuales, por un lado, designa como sus abogados defensores al abogado Juan Carlos Machuca y al doctor Marco Freire López; y señala, para

¹⁴ ECUADOR. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Tránsito. Sentencia que pone fin al recurso de casación signado con el Nro. 098-2013. *Moreno Vs. Pérez* (Robo Agravado).

notificaciones, la casilla judicial No. 6213 del Palacio de Justicia, así como la dirección electrónica j.c.machuca@hotmail.com y darlinvasu@hotmail.com; y, por otro, aquel en el cual solicita que se le “provea con copias de los audios de las audiencias” de juzgamiento y de la audiencia realizada el día jueves 2 de febrero del 2017, las 08h45.

Con relación al pedido de copia de audios; toda vez que, mediante resolución No. 133-2014, del Pleno del Consejo de la Judicatura, de 5 de agosto de 2014, se expidió el Reglamento para la grabación,

archivo, custodia y conservación de las audiencias en materia penal; se dispone que Secretaría, proceda de conformidad con el artículo 12 del antes referido Reglamento.

Notifíquese y Cúmplase.

f) Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



VIII

Caso No. 17721-2016-0301
Resolución No. 1437-2017
Fecha: 31 de agosto de 2017

TEMA: Delito: Violación. Quien interpone recurso de casación se limita a cuestionar la prueba actuada en instancia. La casación está dirigida a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación; por su naturaleza es de carácter extraordinario por cuanto exige motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos: los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídicas aplicables al resolver, o a pesar de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen. No es procedente estructurar como sustento casacional un cuestionamiento probatorio, pues implicaría que el Tribunal de Casación vuelva a valorar la prueba.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación fueron: " Según la teoría Fiscal, el 7 de octubre de 2008, a las 18h30, aproximadamente en el barrio Gualilagua, parroquia de Alóag, cantón Mejía, provincia de Pichincha, la víctima M.E.G.V.[Al tratarse el presente proceso penal de un delito de naturaleza sexual, se omitirá, en todo el trascurso de la presente resolución, el nombre de la ofendida -niña-, el cual será reemplazado con sus iniciales (M.E.G.V.), con el fin de evitar la exposición pública y que perjudiquen a su desarrollo personal, social e integral, esto, amparados en lo que disponen los tratados internacionales de protección de niños, artículo 78 de la Constitución de la República, Artículo 5.20 del Código Orgánico Integral Penal; Art. 52.]; fue interceptada por una camioneta con tres ocupantes quienes con violencia e intimidaciones la obligaron a subir al vehículo, para posteriormente dirigirse a un sector despoblado donde procedieron a violarla; en virtud de ello, luego de lo ocurrido, la ofendida pidió auxilio a personal policial, proporcionando información sobre la identidad de uno de los sospechosos, en ese contexto, se capturó al ciudadano Edison Fernando Pilaguano Criollo y posteriormente de Galo Eduardo Guanoluisa Almache y César Raúl Galarza Ibarra. El 10 de noviembre de 2015, las 14h37, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dicta sentencia condenatoria en contra de Galo Eduardo Guanoluisa Almache, como autor del delito tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 Ibídem, imponiéndole la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y al pago de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación integral a la víctima.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia de primer nivel, apeló el sentenciado, El 04 de febrero de 2016, a las 08h16, la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desechó el recurso interpuesto; y, ratificó la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha; 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.

SÍNTESIS CASACIÓN

Dentro de la fundamentación del recurso de casación interpuesta por el procesado Galo Eduardo Guanoluisa Almache, se ha señalado que en el fallo que recurre, existe errónea interpretación de la ley; empero, no ha delimitado la norma que se considera vulnerada bajo el presupuesto casacional citado; ya que, a lo que se limita es a cuestionar la prueba actuada, entre aquello la inexistencia del testimonio de la víctima y que en conclusión no se ha establecido la culpabilidad del recurrente, al respecto el Tribunal de cierre; en su razonamiento expresa que, siendo la casación un recurso eminentemente técnico; y, habiéndose comprobado el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal, resuelve, declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el ciudadano Galo Eduardo Guanoluisa Almache, quien en su fundamentación, no señaló las normas transgredidas bajo una de las tres causales de casación para que el recurso esté justificado, sin cumplir con el mandato legal para estos casos, dejando al Tribunal sin que puede extraer cargos concretos sobre la base de las pretensiones del casacionista, debiendo recalcar que no es procedente estructurar como sustento casacional el cuestionamiento probatorio, pues implicaría que se realice un nuevo juicio de valor, lo cual, está prohibido por norma expresa; esta facultad, es competencia exclusiva del Tribunal de Apelación en virtud de su autonomía, independencia y exclusividad como órgano jurisdiccional de alzada. El Tribunal de Casación, al emitir su decisión, respecto de la sentencia impugnada, que fuera declarada por el Tribunal juzgador, derivó de un razonamiento, que al haberse comprobado el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal, estructurando una valoración de la prueba en su conjunto, que engloba las alegaciones de su recurso, concluyó que la conducta del acusado se encuentra inmersa en el tipo penal de violación tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 *Ibidem*; por consiguiente, es improcedente; tanto más que, el fallo recurrido no disgrega errores que deban ser corregidos por este Tribunal vía casación de oficio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 301-2016

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 31 de agosto del 2017, las 11h46.

Una vez agotado el trámite legal y por ser el estado de la causa el de dictar sentencia por escrito, para hacerlo, se considera.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

De la lectura de la sentencia recurrida, los hechos, conforme el Tribunal *ad quem* los ha detallado, se constata lo siguiente:

Según la teoría Fiscal, el 7 de octubre de 2008, a las 18h30, aproximadamente en el barrio Gualilagua, parroquia de Alóag, cantón Mejía, provincia de Pichincha, la víctima M.E.G.V.¹; fue interceptada por una camioneta con tres ocupantes quienes con violencia e intimidaciones la obligaron a subir al

¹ Al tratarse el presente proceso penal de un delito de naturaleza sexual, se omitirá, en todo el trascurso de la presente resolución, el nombre de la ofendida -niña-, el cual será reemplazado con sus iniciales (M.E.G.V.), con el fin de evitar la exposición pública y que perjudiquen a su desarrollo personal, social e integral, esto, amparados en lo que disponen los

vehículo, para posteriormente dirigirse a un sector despoblado donde procedieron a violarla; en virtud de ello, luego de lo ocurrido, la ofendida pidió auxilio a personal policial, proporcionando información sobre la identidad de uno de los sospechosos, en ese contexto, se capturó al ciudadano Edison Fernando Pilaguano Criollo y posteriormente de Galo Eduardo Guanoluisa Almache y César Raúl Galarza Ibarra.

El 18 de febrero de 2011, las 10h00, el Juez Quinto de Garantías Penales de Pichincha, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de Edison Fernando Pilaguano Criollo y de Galo Eduardo Guanoluisa Almache por presumirlos autores del delito tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem; señalándose que se suspende la etapa de juicio hasta que sean detenidos o se presenten voluntariamente a la justicia; por otro lado, el 14 de abril de 2011, las 10h30, dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso y del procesado respecto del acusado César Raúl Galarza Ibarra.

Habiéndose legalizado la detención del procesado Galo Eduardo Guanoluisa Almache, el 1 de junio de 2015, las 17h03, por el Juez de la Unidad Judicial Penal del Distrito Metropolitano de Quito, se procedió a seguir con la etapa de juicio del prenombrado acusado.

El 10 de noviembre de 2015, las 14h37, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dictó sentencia condenatoria en contra de Galo Eduardo Guanoluisa Almache, por considerarlo autor del delito tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem; por lo que, le impuso la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria y al pago de cinco mil dólares

de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación integral a la víctima; fallo del cual, el procesado interpuso recurso de apelación. El 4 de febrero de 2016, las 08h16, la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desechó el recurso interpuesto, en ese contexto, ratificó el fallo subido en grado; resolución de la cual, el encartado interpuso recurso de casación, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

1.1 Sustanciación del recurso de casación

La presente sentencia que pone fin al recurso interpuesto por el procesado, la antecedan los siguientes actos procesales, que denotan su validez.

- Providencia dictada el 15 de febrero de 2016, las 11h42, dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la cual, se concedió el recurso de casación interpuesto.
- Acta de sorteo de la causa No. 17721-2016-0301, efectuado por la secretaria de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante la cual se radicó la competencia en este Tribunal de casación
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso en la que fueron escuchados: en representación del señor Fiscal General del Estado, el doctor Raúl Garcés Llerena; en representación del sentenciado Galo Eduardo Guanoluisa Almache, su abogado defensor, doctor Carlos Borja Borja.
- 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

tratados internacionales de protección de niños, artículo 78 de la Constitución de la República, que establece: "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". Artículo 5.20 del Código Orgánico Integral Penal "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: (...) 20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia". Artículo 52.4 del Código de la Niñez y Adolescencia "Art. 52.- Prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen. Se prohíbe: (...) 4. La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan".

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.

1.2 Fundamentación del recurso de casación:

- a) Impugna el fallo objetado por la errónea interpretación que determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal bajo el siguiente criterio: *“La errónea interpretación es cuando existe una situación jurídica determinada, y por otras condiciones se toma en cuenta otras circunstancias aplicando así una mala aplicación de la ley.”* (sic.)
- b) En el objetado fallo no existe prueba que establezca la participación del acusado, no existe el testimonio de la víctima; además, que se practicó un examen de ADN y se determinó que el procesado Galarza no era responsable, por lo que se dictó auto de sobreseimiento en favor de éste.
- c) El recurrente fue condenado con base a testimonios; en ese contexto al no existir prueba sobre su culpabilidad no debió aplicarse el criterio subjetivo de los jueces.

1.2.1 Contestación al recurso por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado, doctor Raúl Garcés Llerena.

- a) La errónea interpretación es cuando el juzgador de instancia hubiere cometido una interpretación equivocada, respecto a la norma penal, en ese sentido la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, además de ser una sentencia confirmatoria del Tribunal Segundo de Garantías Penales del cantón Quito, no comete el yerro que ha sido manifestado, se refiere a una errónea interpretación del 512 del Código Penal, pero lo señala de forma general y no ha indicado cual numeral, en este caso el juzgador de instancia lo tipifica por el artículo 512.3 del Código citado que sanciona el artículo 513 *ibídem* ; por cuanto, si bien es cierto como lo ha manifestado el señor abogado que no existe el testimonio de la víctima, pero el juzgador de instancia ya resolvió sobre este asunto.
- b) Existen otras pruebas que en conjunto han sido analizadas y determinan la culpabilidad del procesado; en cuanto al sobreseimiento del señor César Galarza, la Sala Penal, analiza y observan que el señor Guanoluisa no autorizó que se le realice el examen biológico de espermatozoides; por consiguiente, no procede la revalor-

rización de pruebas pues en este caso se hace mención a los testimonios de los policías lo cual no está autorizado conforme el inciso segundo del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; por lo que, está plenamente establecido el verbo rector que es la acción del delito de violación en contra de la víctima, la misma que fue atacada por tres personas y a la fuerza; además, la víctima reconoció en delito flagrante a los culpables. Por las razones expuestas solicita que se rechace el recurso de casación, por cuanto el juzgador de instancia analizó las pretensiones ya expuestas.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1 Competencia

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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, 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 número 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 números 01-2015 y 02-2015, de 28 de enero de 2015.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; doctor Jorge M. Blum Carcelén, Juez Nacional; y, doctora Gladys Terán Sierra, Jueza Nacional.

2.2 Análisis de la fundamentación del recurso de casación.

El recurrente, en el desarrollo de su exposición para sustentar el medio impugnatorio, ha señalado que en el fallo que recurre, existe errónea interpretación de la ley; empero, no ha delimitado la norma que se considera vulnerada bajo el presupuesto casacional citado; ya que, a lo que se limita es a cuestionar la prueba actuada, entre aquello la inexistencia del testimonio de la víctima y que en conclusión no se ha establecido la culpabilidad del recurrente.



Frente a lo señalado, es preciso indicar que el recurso de casación está dirigido a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación, por su naturaleza es de carácter extraordinario por cuanto, exige motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos, los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de prescribir normas jurídicas aplicables al resolver, o a su vez de haber escogido normas correctas, les ha dado un estilo y alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen. En ese sentido, es un medio de impugnación limitado y taxativo, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley (artículo 349 del Código de Procedimiento Penal), fuera de las cuales su consecuencia es la declaración de improcedencia del recurso planteado.

Coherente con lo expuesto, Gilberto Martínez Rave, en la obra *Procedimiento Penal Colombiano*, 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. En virtud de aquello, quien recurre debe realizar una correcta fundamentación del recurso interpuesto, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a las argumentaciones del impugnante.

Así mismo, es de señalar que esta vía de impugnación constituye una manifestación del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m) de la Constitución de la República del Ecuador, en relación al artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que señala:

“... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

Aquella norma, guarda relación con la contienda en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

“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.” De esa contextualización, en esta vía de impugnación extraordinaria, lo que procede es el examen del fallo recurrido, para determinar posibles vulneraciones al ordenamiento jurídico, contenidas en la sentencia de apelación, ya que, se trata de un estudio con el objeto de precisar si se han verificado las formas de franqueamiento a la ley.

En efecto, al ser la casación un recurso limitado ha de considerárselo como cerrado, pues solo procede su interposición contra sentencias de segunda instancia, cuando se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, conforme manda el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, donde su último inciso determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba, ya que el Tribunal de Casación únicamente debe decidir si en el fallo impugnado se ha quebrantado un precepto legal, puesto que sólo compete el análisis de la sentencia versus la ley; y, en ese contexto, los referidos presupuestos se refieren a lo siguiente:

- i) Contravención expresa de su texto: este tipo de causal, 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, adjetivo o constitucional le dispone, ya sea desconociéndola o aplicándola de forma incompleta.
- ii) La indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta, que el juzgador ha seleccionado y atribuido a determinado caso, y su convergencia radica en

² Gilberto Martínez Rave. *Procedimiento Penal Colombiano*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene.

- iii) Errónea interpretación, que se refiere a que el juzgador, habiendo tomado aquel precepto jurídico, incorporado a un artículo del ordenamiento jurídico que es el correcto, la apreciación comprensiva que el administrador de justicia le da, es distinto al que verdaderamente la norma enmarca, es decir, evidencia un error de intelección jurídica del juez (causal alegada por el impugnante).

De tales explicaciones, teniendo en cuenta que, en este medio extraordinario se requiere el señalamiento de normas transgredidas bajo una de las tres causales de casación para que el recurso esté justificado, se concluye que en el presente caso el sentenciado no ha logrado cumplir con lo indicado, dejando a este Tribunal sin que puede extraer cargos concretos sobre la base de las pretensiones del casacionista, debiendo recalcar que no es procedente estructurar como sustento casacional el cuestionamiento probatorio, pues implicaría que este Tribunal realice un nuevo juicio de valor, lo cual, está prohibido por norma expresa; pues aquello, es competencia del Tribunal de Apelación en virtud de su autonomía, independencia y exclusividad como órgano jurisdiccional de alzada; el cual, dentro de la sentencia impugnada en el considerando QUINTO, ha comprobado el nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad

penal, estructurando una valoración de la prueba en su conjunto, que engloba las alegaciones traídas a colación ante esta Sala de Casación, para concluir que la conducta del acusado trasunta el tipo penal por el que fue sancionado; por consiguiente, resulta evidente que el recurso de casación interpuesto por el encartado, no se encuentra justificado; tanto más que, el fallo recurrido no disgrega errores que deban ser corregidos por este Tribunal vía casación de oficio.

3. DECISIÓN

Por las consideraciones que anteceden, 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 Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso interpuesto por Galo Eduardo Guanoluisa Almache, por falta de fundamentación.- Una vez ejecutoriada la resolución, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para los fines legales pertinentes. **Notifíquese y cúmplase.**

f) **Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Jorge M. Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL; Dra. Gladys Terán Sierra, JUEZA NACIONAL.**

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



IX**Causa No. 592-2016****Resolución No. 1541-2017****Fecha: 27 de septiembre del 2017**

Tema: Delito, contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos. La reiterada ejecución de una conducta punible a lo largo del tiempo, nos traslada a la figura del "delito continuado", llevado a cabo a través de una pluralidad de acciones que constituyen por sí solas un delito diferente, pero que debido a una ficción jurídica son enmarcados como delito único.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada por la madre biológica de la menor ofendida D.E.G.V. de quince años de edad, mediante la cual indica que el 10 de febrero de 2015 mantuvo una discusión con su hija, quien tenía una actitud sospechosa y ocultaba su celular, al castigarla y quitarle dicho teléfono, le empezaron a llegar mensajes de whatsapp a las tres de la mañana con el seudónimo mailonman; dichos mensajes estaban en inglés, verificando que existían correos desde fines de diciembre de 2014. El contenido de las conversaciones tenían connotación sexual, mensajes que como madre la alarmaron, pidiendo a su hija le dijera quién se los enviaba, indicándole la menor que se trataba del señor Jean Damien Paul Jordán Toulouse. La madre presentó la denuncia ante el Colegio "La Condamine", quienes llamaron a la DINAPEN, poniendo en conocimiento de los hechos a la Fiscalía. El artículo 173 inciso primero del COIP dentro de su tipología considera dos elementos fundamentales que deben ser considerados para su efectiva configuración, esto es que primero la persona a la que se le ha incoado este delito haya utilizado medios electrónicos o telemáticos dirigidos a contactarse con una persona menor de edad con fines de carácter sexual, es decir que a través de cualquier herramienta tecnológica haya accedido a una efectiva comunicación virtual con ella, pudiendo ser esta por redes sociales, correos electrónicos, etc., debiendo tener presente que esta exigencia es fundamental para la configuración del tipo, es decir que la víctima necesariamente deberá ser menor de 18 años; puesto que los niños y adolescentes en nuestra Constitución y a quienes por su condición la legislación, no les otorga la capacidad de decidir sobre su vida sexual y reproductiva, por ello el objeto jurídico que se propende proteger con este tipo de infracciones no es la libertad sexual sino su indemnidad sexual, es decir el derecho que tiene el menor de mantenerse incólume frente a cualquier tipo de actividad sexual. Mediante sentencia de fecha 7 de diciembre de 2015, el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, declaró al ciudadano Jean Damien Paul Nicolás Jordán Toulouse, autor directo del cometimiento del delito de contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, tipificado y sancionado en el artículo 173 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de cuatro años y multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El acusado por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia, interpone recurso de apelación del fallo del a-quo, ante la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. El Tribunal de la Sala argumenta que tiene la certeza

de que el acusado tuvo el dominio fáctico del resultado típico, su voluntad de realización fue dirigida en forma planificada para alcanzar el fin propuesto, que ocasionó la lesión efectiva de las barreras del bien jurídico tutelado, en este caso, la indemnidad sexual, que adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas, que lesionan no solo el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, es decir, el procesado realizó actos principales, directos, enmarcando su conducta a la calidad de autor del delito de contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos; ya que para sus protervos fines, aprovechó la circunstancia de que la víctima se encontraba al cuidado y atención del establecimiento educativo y en el cual él se desempeñaba como profesor, igualmente supo beneficiarse de la condición de extrema vulnerabilidad que la misma atravesaba, pues conocía la estructura de su hogar en el cual existía ausencia de figura paterna. El 22 de marzo de 2016, el Tribunal resuelve negar el recurso propuesto y confirmar en todas sus partes el fallo venido en grado; ya que de manera cierta, clara, específica y pertinente, a través de la suficiente prueba aportada por Fiscalía y actuada observando las garantías del debido proceso, se ha demostrado la materialidad del ilícito penal investigado, así como la responsabilidad del procesado.

SÍNTESIS CASACIÓN

El sentenciado Jean Damien Paul Nicolás Jordán Toulouse, inconforme con la sentencia 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. El escrito de casación fue admitido únicamente respecto del siguiente punto de derecho: i) contravención expresa del artículo 16 num. 1) del COIP. Para disipar el cargo admitido a trámite, el Tribunal argumenta que el principio de legalidad en materia penal se encuentra identificado con el apotegma "nullum crimen, nulla poena sine lege", el cual se proyecta sobre el ordenamiento jurídico para informar al destinatario de la ley, los modelos de conductas a perseguirse, las consecuencias que se derivan de los hechos, la forma de operar el juzgamiento y el cómo ha de ejecutarse. En este contexto es claro que, una de las prohibiciones que encarna dicho principio de retroactividad de la ley penal- se basa en que "la ley es dictada para el futuro..", de tal suerte que, solo se puede sancionar conductas disvaliosas cuando ellas estuviesen previstas al momento del acto, hacer lo contrario implica desconocer un principio y norma rectora del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Conforme lo anterior, el Tribunal alega que el acto por el cual se condenó al acusado, es el previsto en el artículo 173 del COIP, articulado bajo la rúbrica de "contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos", el cual para respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica debe haber estado establecido con anterioridad a la comisión delictiva. En el caso sublite existe la reiterada ejecución de una conducta punible, lo cual nos traslada a la figura del "delito continuado", que ha sido conceptualizado desde la doctrina nacional como aquel que "se integra con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito; sin embargo debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito". De tal suerte que, para su configuración se requiere verificar: (i) unidad de sujeto activo; (ii) unidad o pluralidad del sujeto pasivo; (iii) unidad de acción final; (iv) similitud del precepto penal violado; y, (v) existencia de una sola intención delictiva continua. Estos requisitos confluyen en el caso concreto, puesto que, de los hechos declarados como probados, aparece que la



conducta penalmente relevante fue llevada a cabo por Jean Damien Paul Nicolás Jordán Toulouse, agente realizador único de la infracción, la cual recayó sobre la misma titular del bien jurídico protegido, en este caso la adolescente D.E.G.V., llevado a cabo a través de una pluralidad de acciones enmarcados como delito único –mensajes a través de correo electrónico y vía whatsapp realizados desde el 2012 al 2015– cuyos actos infringen de manera reiterada el mismo precepto legal artículo 173 inciso primero del COIP y de los cuales se observa la intención delictiva continua. En este escenario queda claro que se está ante un delito continuado cuyos hechos que generaron el procesamiento y enjuiciamiento penal, tienen fecha posterior a la expedición del COIP, esto es, el 10 de agosto de 2014, con lo cual queda sin soporte la alegación de que se ha inobservado el principio de legalidad. El Tribunal de Casación resuelve declarar improcedente el recurso interpuesto, al no haberse demostrado cuál es la violación de la ley en la sentencia recurrida.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0592-2016-HPA

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, miércoles 27 de septiembre del 2017, las 09h07.-

VISTOS: Celebrada la audiencia oral, reservada y de contradictorio este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a proferir el fallo por escrito debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por el acusado Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse en contra de la sentencia de fecha 22 de marzo de 2016, las 14h58, a través de la cual el *ad-quem* ratifica el fallo condenatorio en todas sus partes.

1.- ANTECEDENTES.-

1.1. Reseña fáctica.

El *ad-quem* lo sintetizó de la siguiente manera:

"[...] La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada por la señora María Lorena Villota, madre biológica de la menor ofendida [D.E.G.V]¹ de

quince años de edad, mediante la cual indica que, el día 10 de febrero de 2015, mantuvo una discusión con su hija quien tenía una actitud sospechosa y ocultaba su celular, al castigarla y quitarle dicho teléfono, le han empezado a llegar mensajes de WhatsApp a las tres de la mañana son el seudónimo mailonman, esos mensajes estaban en inglés y verificó que existían mensajes desde fines de diciembre de 2014, habían conversaciones que decían: "te amo", "necesito tocarte", "amo tus curvas", "me baño pensando en ti", "quiero abrazarte", "me gusta besarte", mensajes que como madre le alarmaron y pidió a su hija le dijera quien le enviaba esos mensajes, indicándole la menor que era el procesado Jean Damien Paúl Toulouse; que denunció estos hechos en el Colegio La Condamine, quienes llamaron a la DINAPEN y pusieron en conocimiento de la Fiscalía el caso..."² [sic]

1.2 Actuación procesal relevante.-

i. Mediante sentencia de fecha 07 de diciembre de 2015, las 16h15, el Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, declaró al ciudadano **Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse**, autor directo del cometimiento del

¹ Se omite el nombre de la víctima a fin de proteger su identidad y privacidad en atención al principio de interés superior del niño, consagrado en el art. 44 de la Constitución de la República de Ecuador, y desarrollado in extenso por los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 426 CRE). Al respecto el Código de la Niñez y Adolescencia en su art. 317 al referirse a la garantía de reserva señala que "se respetará la vida privada e intimidad del adolescente en todas las instancias del proceso. Las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente (...). Se prohíbe cualquier forma de difusión de informaciones que posibiliten la identificación del adolescente o sus familiares [...]".

² Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, fs. 24.

delito de contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos tipificado y sancionado en el art. 173 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de cuatro años y multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general.

- ii. El acusado por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia, interpone recurso de apelación del fallo del *a-quo*, ante la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que el 22 de marzo de 2016, las 14h48, resuelve negar el recurso propuesto y confirmar en todas sus partes el fallo venido en grado.
- iii. El sentenciado inconforme con la sentencia 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.

1.3 Cargo admitido en sede de casación.-

El escrito que contienen el libelo de casación propuesto por el recurrente **Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse** en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 22 de marzo de 2016, las 14h48, fue admitida a trámite únicamente respecto al siguiente punto de derecho:

- i) *Contravención expresa del art. 16 núm. 1) del Código Orgánico Integral Penal.*

1.4 Extracto de la fundamentación y contestación del recurso de casación.-

Acorde con lo dispuesto en los arts. 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

1.4.1 Síntesis de la fundamentación realizada por parte del recurrente acusado Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse, a través de su abogado defensor Patricio Abad Guamán

- a) Manifiesta que, se ha recurrido de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de fecha 22 de marzo de 2016 sobre la base de lo dispuesto en el art. 656 del Código Orgánico Integral Penal.
- b) Indica que, existe contravención expresa del art. 16.1 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el art. 5.1 íbidem y 76 núm. 3) de la Constitución de la República que guardan relación con los principios de legalidad y retroactividad de la norma penal.

- c) Sostiene que, en el presente caso se aplicó una norma no vigente, esto es, la contenida en el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que, dicho cuerpo legal fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, cuya disposición final establece que, entrará en vigencia en 180 días después de su publicación en el Registro Oficial, con la excepción de la parte que reforma al Código Orgánico de la Función Judicial.
- d) Arguye que, se debe tener en cuenta que dentro del proceso consta la partida de nacimiento de la adolescente cuya fecha de nacimiento es el 04 de mayo de 1999, es decir que, al 04 de mayo de 2011, tenía 12 años, en tanto que el señor Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse se le procesa por haber enviado unos mensajes a la víctima a través de medios telemáticos, los cuales fueron remitidos cuando la adolescente tenía 12 años, esto es, cuando no estaba vigente el Código Orgánico Integral Penal.
- e) Precisa que, al aplicar la normativa del Código Orgánico Integral Penal se violentó el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal y por ende la seguridad jurídica.
- f) Dice que, en el considerando octavo denominado “fundamentación dogmática de la Sala”, en el numeral 8.2 referente a la tipicidad el *ad-quem* dice que el hecho se verifica cuando la adolescente tenía 12 años, es decir, esto ocurrió desde el 04 de mayo de 2011 al 04 de mayo de 2012, cuando no estaba vigente la normativa punitiva actual.
- g) Menciona que, de todo el universo de prueba que fue presentada se llega a la conclusión de que aparentemente el señor Jean Toulouse habría realizado la conducta cuando la adolescente tenía 12 años, lo cual vulnera el principio de legalidad y seguridad jurídica ya que se sancionó con una ley que no estaba vigente a la fecha del cometimiento de la supuesta infracción.
- h) Recalca que, la sentencia de la Corte de Apelación al hablar de la tipicidad subjetiva, específicamente del dolo, pasa por alto hacer un estudio de como se demostró que el hoy acusado actuó con dolo, a lo que se suma que el tipo penal incoado exige que el envío de mensajes tenga un acercamiento y en la sentencia aquello no se demuestra.
Solicita se case la sentencia y se enmiende el error cometido ratificando el estado de

inocencia de Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse.

1.4.2 Contestación por parte del representante de Fiscalía General del Estado, doctor Raúl Garcés Llerena

- a) Enfatiza que, el recurso de casación ha sido aceptado conforme lo establece el art. 656 del Código Orgánico Integral Penal, respecto a la contravención expresa del art. 16.1 íbidem que se refiere al ámbito temporal de aplicación de la ley.
- b) Manifiesta que, la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha considera que, los hechos fueron cometidos cuando estaba ya vigente el Código Orgánico Integral Penal, toda vez que, los hechos se dieron desde fines de diciembre de 2014 y no desde el 2012 y cuando la acusadora particular lo descubre es el 15 de febrero de 2015, por lo tanto, Fiscalía estima que la norma que aplicó es la que corresponde a los hechos.
- c) Exterioriza que, con la partida de nacimiento de la adolescente D.E.G.V., se determina que tenía 12 años desde que se inició la agresión, por tanto, el juzgador lo subsume al hecho en el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal.
- d) Dice que, la Corte de Apelación del análisis de la prueba conforme lo establecen los arts. 209 y 252 íbidem, llega a establecer la culpabilidad del acusado sin que exista yerro alguno con relación al principio de legalidad.
Concluye solicitando que, se deseche el recurso interpuesto por el sentenciado en razón de que, no existe contravención expresa del art. 16.1 del Código Orgánico Integral Penal.

1.4.3 Intervención de la acusadora particular María Villota Astudillo a través de su abogado defensor doctor Ramiro García Falconí

- a) Resalta que, todo recurso de casación debe motivar un avance de la jurisprudencia ya que cada fallo de la Corte Nacional de Justicia debe ser una referencia para quienes ejercen el derecho, sin embargo, uno de los problemas que adolece nuestra casación penal es que se niega a dar un salto que otros países como Alemania, España, Argentina, Colombia lo han dado en materia de diferenciación de hechos y prueba ya que si bien la teoría clásica de la casación no se puede revisar los hechos, el problema es que se ha identificado prueba con hechos por parte de la Corte Nacional de Justicia.

- b) Añade que, el hecho es el objeto de la prueba pero no la prueba misma ya que ésta no es una estructura fáctica solamente sino jurídica, no puede por ejemplo admitirse como prueba válida un testimonio obtenido bajo tortura, lo cual vuelve materialmente imposible que se pueda resolver el recurso de casación sin revisar prueba.
- c) Arguye que, en este caso para poder constatar si en efecto ha habido una vulneración del principio de legalidad alegada por el recurrente, van a tener que revisar la prueba, y efectivamente de la sentencia de primera instancia consta el testimonio de la acusadora particular que, el 10 de febrero de 2015 tiene una discusión con su hija, tras lo cual le quita el teléfono y encuentra unos mensajes que venían desde diciembre de 2014, es decir, cuando estaba vigente el Código Orgánico Integral Penal.
- d) Expresa que, la alegación de que el principio de legalidad ha sido vulnerado porque los mensajes han sido enviados antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, no tiene asidero alguno en razón de que, del testimonio de la perito traductora se colige que los mensajes se enviaban en inglés y en francés lo cual sucedió entre diciembre de 2014 y enero de 2015.
- e) Señala que, las investigaciones realizadas eran desde el año 2012 por lo que nos encontramos frente a un delito continuado que inicia antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, pero que continúa después de la vigencia de dicho cuerpo legal.
- f) Explica que, el delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representan ya de por sí un delito consumado, como por ejemplo, el cajero de un banco que perjudica a varios clientes, cada uno de estos actos es ya una infracción consumada, pero al establecer la existencia de ciertas categorías se habla de delito continuado.
- g) Expone que, en la sentencia del *ad-quem* también se establece que hubo acercamientos físicos ya que compartían el mismo espacio físico, en donde uno aprovechando su experiencia y autoridad e inmadurez de la víctima genera en otra una dependencia, es decir, que había una relación de poder, por un lado un profesor y por otro una estudiante que tenía algunos problemas familiares cuya fragilidad psíquica fue aprovechada por parte del autor de la infracción.

- h) Dice que, existió una violación a la indemnidad sexual de la adolescente que es el bien jurídico protegido por el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que, la víctima empieza a cortarse los brazos que es una respuesta de alguien que es objeto de una agresión sexual donde empieza a rechazar su propio cuerpo.
- i) Agrega que, los mensajes enviados son de diciembre de 2014 y enero de 2015 conforme lo dice el testimonio de la traductora y eran alrededor de quinientos, donde por lo menos el 30% eran de agosto de 2014.
- j) Demanda que, se rechace el recurso interpuesto se redefina la naturaleza de la casación penal, se establezca que existe un delito continuado y cuáles son los requisitos del mismo, toda vez que, la jurisprudencia alemana como española han establecido que para que exista delito continuado debe haber homogeneidad del bien jurídico, en el presente caso todos los mensajes son enviados por el acusado los cuales violentan la indemnidad sexual, asimismo existe homogeneidad en los modos de comisión de la infracción, es decir, medios electrónicos y telemáticos y, finalmente conexión espacial y temporal ya que son mensajes que van dando a lo largo del tiempo.
- k) Acentúa que, en la presente causa la mayoría de mensajes son de contenido sexual y posterior al advenimiento del nuevo cuerpo normativo con los siguientes componentes: unidad de sujeto activo y pasivo así como el mismo patrón temporal.
Solicita que se rechace el recurso de casación propuesto ya que no existe violación alguna del principio de legalidad y se resuelva los puntos jurídicos que se han planteado.

El **recurrente sentenciado**, al ejercer su derecho a la réplica a través de su abogado defensor Patricio Abad Guamán, expresó:

- i. Que no está de acuerdo con la conclusión arribada por la Corte de Apelación, ya que los hechos fueron llevados a cabo en el año 2012.
- ii. Precisa que, respecto a lo planteado por la acusación particular el inciso segundo del art. 656 del Código Orgánico Integral Penal, señala que no son admisibles los recursos que contengan valoración de hechos ni pedidos de nueva valoración de prueba.
- iii. Ratifica que, en cuanto al delito continuado este empezó en el año 2012 por tanto la acción no era punible.

- iv. Expresa que, el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal, habla de que el acercamiento debe ser con fines sexuales o eróticos lo cual no se determina en la sentencia impugnada.
- v. Manifiesta que, debe aplicarse la norma que garantice el principio de legalidad y que no se tome en cuenta el pedido de la acusación particular.

2.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1 Jurisdicción y competencia de la Sala.-

2.1.1 El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 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.

2.1.2 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.

2.1.3 Luego de realizado el sorteo el Tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial y señores doctores Jorge Blum Carcelén y Sylvia Sánchez Insuasti, Juez y Jueza Nacionales.

2.2 Trámite.-

Por haberse iniciado el proceso penal con fecha 26 de febrero de 2015, corresponde aplicar las normas vigentes al tiempo de su inicio, esto es, la normativa contenida en el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; y que según su Disposición Final, entró en vigencia en su totalidad desde el 10 de agosto de 2014.



2.3 Validez Procesal.-

El recurso de casación ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en los art. 656 y 657 del Código Orgánico Integral 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 nulificar o afectar al mismo, en consecuencia se declara su validez.

2.4 Reflexiones sobre el 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 de 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 sólo 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 [...]”*³.

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.

Bajo 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) Contra-

vención 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. Siendo así 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 intelectual 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.

2.5 De la fundamentación de los recursos y vulneraciones legales invocadas por los recurrentes.-

Cuando la Corte de Casación analiza las pretensiones expuestas por el recurrente, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

³ Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en Materia Penal*, 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

En este sentido, el art. 656 del estatuto procesal vigente, 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 pretensión.

En así que, el cargo que fue admitido al recurrente mediante auto de fecha 01 de noviembre de 2016, las 15h41 y sustentado bajo el sistema acusatorio oral se circunscribe al siguiente yerro intelectual: (i) contravención expresa del art. 16 núm. 1) del Código Orgánico Integral Penal.

Por lo anterior, este cuerpo colegiado, como metodología para responder el reproche contenido en los libelos de la pretensión, considera pertinente analizar en el orden inmediatamente anterior.

2.5.1 Sobre la contravención expresa del art. 16 núm. 1) del Código Orgánico Integral Penal⁴

Cuando se arguye como modalidad de error *in iudicando* la contravención expresa de la ley, el casacionista está en la obligación de precisar que “[...] el juez incurre en este error en el entendido de que la norma aplicable al caso es inexistente o inválida, en el tiempo o en el espacio, por lo que la omite o desecha, cuando en verdad es la aplicable”⁵.

Así desde la doctrina Humberto Murcia Ballén señala que, uno de los presupuestos por los cuales el juez cae en este error *in iure* se produce cuando se “aplica una norma derogada o una nueva que aún no ha entrado en vigor por la ultractividad de la ley anterior”⁶; y, es justamente esta dimensión del vicio intelectual el que el casacionista denuncia.

Para tal efecto y resumiendo la postura del libelista tenemos que, su censura apunta a que su defendido se le sentenció con una ley que no estaba vigente a la fecha de los hechos, toda vez que, a su criterio el delito se perpetró en el año 2012 cuando se encontraba todavía en vigencia el Código Penal lo cual afecta al contenido del principio de legalidad.

Para disipar el cargo admitido a trámite es necesario acentuar que, el principio de legalidad en

materia penal se encuentra identificado con el apotegma “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, el cual se proyecta sobre el ordenamiento jurídico para informar al destinatario de la ley, los modelos de conductas a perseguirse, las consecuencias que se derivan de los hechos, la forma de operar el juzgamiento y el cómo ha de ejecutarse.

Así, pues, el principio de legalidad se concreta mediante los requisitos de “*claridad de la ley, la plenitud de la ley, la jerarquía normativa, la irretroactividad de la ley, la estabilidad del derecho y la promulgación de la ley*”⁷; por tanto, su significado a decir de Beling, discurre entre su “tenor literal” que se identifica con la reserva de ley y el “significado esencial” que se concreta en el mandato de taxatividad y en las cuatro prohibiciones:

- i. Prohibición de retroactividad (*lex previa*)
- ii. Prohibición de la analogía (*lex stricta*)
- iii. Prohibición de crear leyes con contenido indeterminado (*lex certa*)
- iv. Prohibición de recriminar una conducta a través de normas distintas a las contenidas en una ley formal (*lex scripta*)

Es así que, el principio de legalidad hoy en día tiene un reconocimiento generalizado, plasmado en los instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10 y 11), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII y XXVI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 y 15) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8 y 9).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse al principio de legalidad, reconoce plenamente dicha garantía, bajo el siguiente argumento:

“[...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindar de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

⁴ Código Orgánico Integral Penal, “art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión [...]”.

⁵ Orlando Rodríguez, Casación y revisión Penal: evolución y garantismo, 2da edición, Edit. Temis S.A., 2008, p. 238.

⁶ Humberto Murcia Ballén, El recurso de casación civil, 4ta edición, Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1966, p. 317.

⁷ Alberto Suárez Sánchez, El debido proceso penal, 2ª edición, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 174.

En un Estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico⁸.

Bajo esta égida, nuestro texto constitucional regula el principio de legalidad en su art. 76.3, al tenor del siguiente texto:

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”.

En tanto que, el Código Orgánico Integral Penal proclama el axioma *“nullum crimen sine lege”*, a través de varios preceptos:

- I. El art. 5.1 fórmula la **garantía criminal y penal**: *“no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho...”* concomitante con el art. 16.1 que dice *“Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión”*.
- II. El art. 5.1 se refiere a la **garantía jurisdiccional**: *“la pena (...) se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenato-*

ria ejecutoriada”, lo cual guarda consonancia con el art. 53 que reza *“(...) el tiempo de duración de la pena debe ser determinado...”*.

III. El art. 666 recoge la **garantía de ejecución** al establecer que *“[...] La ejecución de penas y medidas cautelares corresponderá al Organismo Técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los jueces de garantías penitenciarias”*.

Conforme lo expuesto, es criterio de esta Sala que, el axioma recogido en nuestro sistema constitucional y legal –principio de legalidad de los delitos y las penas– constituye un mecanismo que limita el ámbito punitivo y garantiza la seguridad jurídica inherente al Estado constitucional de derechos y justicia.

En este contexto es claro que, una de las prohibiciones que encarna dicho principio –retroactividad de la ley penal– se basa en que “[la ley] es dictada para el futuro, e impera desde su nacimiento hasta su extinción, por lo que no cubre hechos anteriores a su consagración ni tampoco puede extenderse más allá de su ciclo vital”, de tal suerte que, solo se puede sancionar conductas disvaliosas cuando ellas estuviesen previstas al momento del acto, hacer lo contrario implica desconocer un principio y norma rectora del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Conforme lo anterior y descendiendo al caso *in examine* sucede que, el acto por el cual se condenó al acusado Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse es el previsto en el art. 173 del Código Orgánico Integral Penal, articulado bajo la rúbrica de *“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”*, el cual para respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica debe haber estado establecido con anterioridad a la comisión delictiva.

Para verificar dicho aspecto que se acuse a la sentencia impugnada es menester remitirnos a los hechos que el *ad-quem* declaró como probados y que no pueden ser alterados por este órgano jurisdiccional, así tenemos que, la Corte de Apelación en su acápite *Octavo*, titulado *“Fundamentación*

⁸ Caso Yvon Neptune vs. Haití, Sentencia del 06 de mayo de 2008, serie C. n° 180, párr. 125; Caso de la Cruz Flores. Sentencia del 18 de noviembre del 2014, serie C. n° 115, párr. 79-82, y caso Fermín Ramírez, Sentencia del 20 de junio del 2005, serie C. n° 126, párr. 90.

⁹ Fernando Velásquez, Fundamentos de Derecho Penal: Parte General, 1ra edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2017, p. 87.

dogmática del Tribunal de la Sala”, al referirse a la conducta que exige el tipo penal incoado establece que “[...] el denunciado de manera repetida y constante, desde el 2012 hasta el 2015, a través de medios electrónicos le enviaba correos electrónicos y mensajes de WhatsApp, mensajes con finalidad sexual o erótica [a la víctima]”; para lo cual toma como basamento el respectivo caudal probatorio actuado en la instancia judicial pertinente, del cual sin entrar en valoración alguna por parte de esta Sala de Casación Penal, puesto que aquello no constituye objeto de este recurso extraordinario, se aprecia que “[...] existen mensajes que estaban en inglés desde fines de diciembre de 2014, conversaciones que decían “te amo”, “necesito tocarte”, “amo tus curvas”, “me baño pensando en ti”, “quiero abrazarte”, “me gusta besarte” [...] la niña se mensajaba con el procesado desde el 2012, [...] que el profesor reconoció la autoría de los textos, [...] que los mensajes eran enviados en horarios inadecuados pues eran muy tarde en la noche de 22h00 a 23h00, otros de 01h00 a 02h00 [...]”¹⁰.

Lo expuesto nítidamente nos muestra que en el caso *sublite* existe la reiterada ejecución de una conducta punible, lo cual nos traslada a la figura del “delito continuado”, que ha sido conceptualizado desde la doctrina nacional como aquel hecho que “se integra con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito; sin embargo, debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito”¹¹. Por lo tanto, “se trata de una construcción teórica para darle solución al serio problema de precisar las conductas particulares de una comisión desarrollada en un período largo”¹².

De tal suerte que, para su configuración se requiere verificar: (i) unidad de sujeto activo; (ii) unidad o pluralidad del sujeto pasivo; (iii) unidad de acción final; (iv) similitud del precepto penal violado; y, (v) existencia de una sola intención delictiva continua.

Estos requisitos como acertadamente lo señaló la acusación particular confluyen en el caso en concreto, puesto que, de los hechos declarados como

probados y cuya intangibilidad obliga a este órgano jurisdiccional a no alterarlos, aparece que la conducta penalmente relevante fue llevada a cabo por Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse, agente realizador único de la infracción, la cual recayó sobre la titular del mismo bien jurídico protegido, en este caso, la adolescente D.E.G.V, llevado a cabo a través de una pluralidad de acciones enmarcados como delito único-mensajes a través de correo electrónico y vía WhatsApp realizados desde el 2012 al 2015 –cuyos actos infringen de manera reiterada el mismo precepto legal- art. 173 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal y de los cuales se observa la intención delictiva continua.

En este escenario queda claro que en el presente caso estamos ante un delito continuado cuyos hechos que generaron el procesamiento y enjuiciamiento penal tienen una fecha posterior a la expedición del Código Orgánico Integral Penal, esto es, el 10 de agosto de 2014, toda vez que, conforme el relato fáctico consignado en la sentencia que se impugna, algunos de los mensajes remitidos con finalidad sexual a la víctima datan de 30, 31 de enero de 2015, 01 de febrero de 2015 entre otros, con lo cual queda sin soporte la alegación de que se ha inobservado el principio de legalidad.

El planteamiento entonces, no está llamado a prosperar.

3.- DECISIÓN.-

Bajo estos presupuestos y al verificar *per se*, que la sentencia impugnada no adolece de error *in iudicando*, 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 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad: **RESUELVE**

1) **Declarar** improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente sentenciado **Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse**, al no

¹⁰ Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, fs. 26 a 32.

¹¹ Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I Parte General Código Orgánico Integral Penal, 1ra edición, Edit. Ediciones Legales, Quito, 2015, p. 118.

¹² Javier Villa Stein, Derecho Penal Parte General, 4ta edición, Ara Editores, Lima, 2014, p. 539.

haberse demostrado cuál es la violación de la ley en la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.

- 2) **No hay mérito** para casar de oficio la sentencia impugnada.
- 3) **Devuélvase** el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.
Notifíquese, cúmplase, y publíquese.

f) **Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL.**

AMPLIACIÓN

Juicio No. 0592-2016-JCC

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves, 09 de noviembre de 2017, a las 17h42.-

VISTOS: El ciudadano Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse interpone recurso horizontal de ampliación de la sentencia dictada con fecha 27 de septiembre de 2017, las 09h07, notificada a los sujetos de la relación procesal el mismo día señalado *supra*, las 10h08, fallo que en su parte pertinente declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado. De la petición realizada por el recurrente sentenciado se ha corrido traslado a las partes procesales, quienes no se han pronunciado hasta la fecha. Al ser éste el estado procesal, para resolver este Tribunal considera:

I

PRIMERO.- Resulta necesario recordar que el art. 253 del Código Orgánico General de Procesos, al texto dice: *“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”* De la lectura integral de la disposición legal citada, se desprende que la **aclaración**, tiene cabida cuando el fallo fuese confuso, falto de claridad, poco inteligible, siendo deber del recurrente señalar el texto, párrafo, acápite o raciocinio que conste plasmado en la sentencia, y que a su juicio resulte ambiguo e impreciso; mientras que la **ampliación**, da lugar cuando el juzgador omita pronunciarse sobre algún punto controvertido en la audiencia.

II

SEGUNDO.- En la especie, el escrito que se proveye apunta a las siguientes aristas: *“En el numeral 1.4.1, su Señoría establece que el compareciente propuso,*

como argumento para casar la sentencia, que la sentencia de segunda instancia no estableció la existencia del dolo en la ejecución de la conducta imputada al compareciente, a tal punto que no existe motivación al respecto. 2. El Art. 76, numeral 7, literales h y l, de la Constitución de la República establece que la persona procesada, al ejercer su derecho a la defensa, tiene derecho a presentar argumentos en forma verbal al juzgador y a recibir una contestación motivada sobre dichos argumentos. 3. De la revisión íntegra de la sentencia dictada por la Sala el día 27 de septiembre de 2017, a las 09h17, no consta la motivación constitucional, ni la resolución respecto del argumento señalado. 4. Por lo tanto, sobre la base de lo que establecen los Arts. 253 y 255 del Código Orgánico General de Procesos, le solicito ampliar la sentencia en el sentido antes señalado, para lo cual, su Señoría se servirán seguir el procedimiento establecido en el inciso tercero del Art. 255 de la norma mencionada”.

Al tenor de lo expuesto aparece necesario recapitular que, con fecha 01 de noviembre de 2016, las 15h41, el suscrito Tribunal de casación profirió el auto de admisión del recurso propuesto por el acusado Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse, que en su parte resolutoria señaló “[...] 1. Admitir a trámite el recurso interpuesto por el sentenciado Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse, **exclusivamente con relación a la contravención expresa del artículo 16.1 del Código Orgánico Integral Penal...**”, es decir que, el único cargo que fue admitido a trámite para ser resuelto en audiencia oral, reservada y contradictoria es el atinente a la contravención expresa del art. 16.1 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que recibió una respuesta oportuna, suficiente y apegada a derecho *-conforme se desprende del acápite 2.5 del fallo objetado-*

Por tanto, el escenario casacional versó exclusivamente sobre el cargo admitido a trámite, siendo cualquier otra alegación ajena al objeto de este

medio extraordinario, por lo que en la especie, la resolución de este cuerpo colegiado se encuentra debidamente motivada resolviendo en legal y debida forma el punto controvertido y dando respuestas únicamente a las censuras aceptadas a trámite.

III

TERCERO.- Por las consideraciones que anteceden, este Tribunal niega la petición de ampliación formulada por parte del señor Jean Damien Paúl Nicolás Jordán Toulouse de la sentencia expedida, pues lo único que pretende es alterar su contenido, lo que se halla expresamente prohibido según el art. 100 del Código Orgánico General de Procesos, que puntualiza: “[...] **Inmutabilidad de la sentencia.-** Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidi-

da y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas. Podrá, sin embargo, aclararla o ampliarla a petición de parte, dentro del término concedido para el efecto. Los errores de escritura, como de nombres, de citas legales, de cálculo o puramente numéricos podrán ser corregidos, de oficio o a petición de parte, aún durante la ejecución de la sentencia, sin que en caso alguno se modifique el sentido de la resolución” (lo resaltado fuera del texto).

Con todo lo expuesto, queda atendida la petición de ampliación formulada por el acusado recurrente. **Cumplase y Notifíquese.-**

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE. Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL. Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



X

Causa No. 17721-2016-1621
Resolución No. 1726-2017
Fecha: 30 de octubre del 2017

Tema: Delito Usura. En el delito de usura, el sujeto activo subsume su conducta a la de hacer o hacerse entregar intereses superiores a los permitidos por la ley de manera dolosa, conociendo que dicha situación le haría obtener los resultados típicos que desarrolla el delito, como son pagos excesivos a costa de la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo. El usurero, por la naturaleza de este delito, realiza actos simulados a fin de buscar la impunidad de su acción ilegal.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La presente causa tiene como antecedente la denuncia presentada por el señor José Eduardo Arévalo Orozco en la ciudad de Macará, Provincia de Loja; mediante la cual indica que él y la señora Gladys Dolores Sarango Asanza solicitaron a Ángel Salvador Jaramillo Celi, un préstamo por la cantidad de \$ 15.000 dólares, en el mes de agosto de 2010. A cambio firmaron varias letras de cambio (17), pagando de forma ininterrumpida mes a mes con cheque a nombre del acusado, por distintas cantidades (\$600 - \$300) depositados en la cuenta personal del acusado en el Banco de Loja. Ángel Salvador Jaramillo Celi les prestaba esa cantidad a un interés del 8% mensual, pagando capital más interés; siendo el último pago realizado en el mes de marzo de 2014. El Tribunal de Garantías Penales de Loja argumenta que el tipo de delito por su naturaleza obliga al usurero a realizar actos simulados, a fin de buscar la impunidad de su acción ilegal, sería normal, no emitir documento alguno que determine constancia de la conducta reprochable, por lo que sería lógico que en la letra dada en garantía solo constara la cantidad prestada y que a futuro fuera llenada y cobrada por una tercera persona. En consecuencia los argumentos presentados por la defensa quedaron como simples enunciados, logrando justificar solo las atenuantes previstas en los numerales 2,6,7 del artículo 29 del Código Penal (vigente a la fecha) esto es, ser mayor de sesenta años, conducta ejemplar anterior y posterior al hecho. El Tribunal de Garantías Penales de Loja, con fecha 11 de agosto de 2016, dicta sentencia condenatoria en contra del procesado, por considerarlo autor del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 del Código Penal y 584 ibídem, que guarda relación con el artículo 309 del COIP; por lo que al haber justificado atenuantes, le impone la pena de un mes y multa de dieciséis dólares, condenándolo al pago de cinco mil dólares por concepto de resarcimiento del daño moral producido.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El sentenciado Ángel Salvador Jaramillo Celi y el acusador particular, José Eduardo Arévalo Orozco, por mostrarse inconformes con lo resuelto por el a-quo, interponen recursos de apelación ante la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja; órgano jurisdiccional que con fecha 28 de octubre de 2016, no acepta el medio de impugnación incoado por el condenado y acoge parcialmente el propuesto por el acusador particular, en consecuencia reforman el fallo subido en grado, única y exclusivamente en cuanto a la indemnización a la víctima del ilícito, ordenándose el pago de diez mil novecientos cincuenta dólares(\$ 10.950) y de cinco mil dólares(\$ 5.000) por concepto de daño moral. El objeto principal de ordenar la reparación integral de la víctima en cuanto a los daños y perjuicios causados por el delito cometido, es: " volver las cosas al estado anterior y subsanar el daño causaso".

SÍNTESIS CASACIÓN

El procesado Ángel Salvador Jaramillo Celi y el acusador particular José Eduardo Arévalo Orozco, respectivamente, recurren de la sentencia dictada por el ad-quem por vía casacional, ante un Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado únicamente respecto a la causal de contravención expresa del artículo 583 del Código Penal (artículo 309 COIP) arguyendo que en el análisis no se ha determinado el verbo rector estipular y el dolo usurero propio del delito, llegando a la certeza bajo una normativa que se encuentra actualmente derogada. Por otro lado, también se admite el recurso de casación propuesto por el acusador particular, únicamente respecto a la causal de contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, arguyendo que se ha establecido una mala interpretación en cuanto a la reparación integral, señalando que ésta debería ser mayor a la que ha sido fijada. Con respecto a la fundamentación del recurso del procesado, el Tribunal de casación señala que es menestar efectuar las siguientes consideraciones con respecto a la tipicidad objetiva y subjetiva en el delito en comento: *Sujeto activo: no calificado; por lo que, podría ser cualquier persona que despliegue su accionar dentro de este tipo de actividades; por lo tanto no existe condición natural o contractual que le provea de esta calidad. *Sujeto pasivo: puede ser cualquier persona, la titular del bien jurídico patrimonial. *Objeto material: es la ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada. * Bien jurídico protegido: acaece en el patrimonio de la sociedad en general. * Conducta: consiste en hacerse prometer o hacerse dar. *Elementos normativos: son los términos préstamo e interés mayor que el permitido por ley, para lo cual, deberá remitirse a lo establecido en el Código Civil y demás legislación pertinente para el efecto. *Dolo: este delito es eminentemente doloso; para el efecto, es necesario que concurra el conocimiento y voluntad de todos los elementos del tipo objetivo. Al respecto, el Tribunal indica que las alusiones vertidas dentro de la intervención del impugnante carecen de soporte técnico, en virtud de que, de la sentencia incoada se desprende que se realiza un análisis en el que efectivamente se arriba a conclusiones en las que se subsume la conducta de hacer o hacerse entregar intereses superiores a los permitidos por la ley. Con relación al dolo, se puede colegir que el sujeto activo del delito se hizo entregar intereses superiores a los permitidos por la ley, conociendo que dicha situación le haría obtener los resultados típicos que desarrolla el delito, como son pagos excesivos a costa de la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo. Con respecto a la alegación de aplicación de normativa que se encuentra derogada, el Tribunal considera pertinente señalar que, si bien es cierto los hechos denunciados se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia del COIP, es notable que en lo formal se han aplicado todos los rituales procesales exigidos or la ley a fin de no afectar el derecho a la defensa de los sujetos intervinientes en la presente causa, deviniendo en un cargo que no guarda vinculación con la realidad procesal. En lo que respecta al análisis de la fundamentación del recurso interpuesto por el acusador particular, con relación a que el monto de la reparación integral debe ser superior al fijado por el Ad-quem, sobreviene en basamentos que pretenden guiar al Tribunal de Casación a revisar los hechos fácticos y vuelva a valorar medios probatorios que ya fueron conocidos en las etapas adecuadas; lo cual se encuentra vedado conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 656 del COIP. En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Casación resuelve declarar improcedentes los recursos planteados, por falta de fundamento; por lo tanto declara que no hay mérito para casar de oficio la sentencia impugnada.



RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1621-2016

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-**
Quito, lunes, 30 de octubre de 2017, a las 15h20
VISTOS:

Celebrada la audiencia oral, pública y de contradictorio, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a proferir el fallo por escrito y debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por los señores Ángel Salvador Jaramillo Celi y José Eduardo Arévalo Orozco, en contra de la sentencia de fecha 28 de octubre del 2016, las 15h42, a través de la cual el *ad-quem* desecha los recursos de apelación interpuestos por el procesado y el acusador particular reformando parcialmente la sentencia con respecto a la reparación integral.

1. ANTECEDENTES**1.1 Reseña fáctica.-**

El *A-quo* lo sintetizó de la siguiente manera:

“(...) en la ciudad de Macara, provincia de Loja, los señores José Eduardo Arévalo Orozco y Gladys Dolores Sarango Azanza, en el mes de agosto de 2010, solicitaron al acusado un préstamo por la cantidad de \$15.000 dólares americanos, firmaron una letra de cambio, pagaron de forma ininterrumpida mes a mes, con cheque a nombre del acusado, por distintas cantidades (600-300 dólares) depositados en la cuenta personal del acusado (banco de Loja Nro. 1101150547); que le prestaba a un interés del (8%) mensual; que pagaba capital más interés; que también cancelaba el préstamo en la casa del acusado (barrio Amazonas, calles Carlos Veintimilla y Salvador Valdivieso; que le firmó más de 17 letras de cambio, siendo el último pago en el mes de marzo de 2014; que la conducta se adecua a lo previsto en el Art. 583 y 584 del Código Penal, que guarda relación con el Art. 309 del Código Orgánico Integral Penal. (...)” [Sic]¹

1.2 Actuación procesal relevante.-

El Tribunal de Garantías Penales de Loja, con fecha 11 de agosto de 2016, las 09h58, dicta sentencia condenatoria en contra de Ángel Salvador Jaramillo Celi, por considerarlo autor del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 del Código Penal y 584 *ibidem*, que guarda relación con el artículo 309 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que por haber justificado atenuantes, se le impone la pena de un mes y la multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 16,00), y se le condena al pago de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 5,000.00) por concepto de resarcimiento del daño moral producido.

El sentenciado Ángel Salvador Jaramillo Celi, y el acusador particular, José Eduardo Arévalo Orozco, por mostrarse inconformes con lo resuelto por el *a-quo*, interponen sendos recursos de apelación ante la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, órgano jurisdiccional que con fecha 28 de octubre de 2016, las 15h42, no acepta el medio de impugnación incoado por el condenado, y acoge parcialmente el propuesto por el acusador particular, en consecuencia reforman el fallo subido en grado, única y exclusivamente en cuanto a la indemnización a la víctima del ilícito, ordenándose el pago de diez mil novecientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 10,950.00) y de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 5,000.00) por concepto de daño moral.

El condenado y el acusador particular, respectivamente, insistentes en su afán impugnatorio, recurren de la sentencia dictada por el *ad-quem*, por vía casacional, ante un Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

¹ Cfr. Cuaderno de Tribunal de Garantías Penales de Loja, fs. 1888.

1.3 Cargos admitidos a casación.-

En auto de 28 de marzo del 2017, las 09h03, se dio a conocer que se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el señor Ángel Salvador Jaramillo Celi, únicamente respecto a la causal de contravención expresa del artículo 583 del Código Penal (309 del Código Orgánico Integral Penal). Por otro lado, también se admite el recurso de casación propuesto por el señor José Eduardo Arévalo Orozco, únicamente respecto a la causal de contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador.

2. EXTRACTO DE LA FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

2.1. Síntesis de la fundamentación realizada por parte del recurrente Ángel Salvador Jaramillo Celi, a través de su abogado defensor Luis Renato Montoya Carrión:

- a) Indica que, existe contravención expresa de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal, arguyendo que no se determina el verbo rector estipular y que bajo estas premisas llega a la certeza con base a normativa derogada, aplicando inclusive el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil que tiene relación a un testimonio que no reúne las condiciones de idoneidad.
- b) Dentro de la misma temática, señala que, no se ha determinado el dolo usurero propio de este ilícito, más cuando la supuesta víctima tiene mayor capacidad económica que el procesado, deviniendo a su parecer a la supuesta entrega de intereses usureros, prescindiendo de efectuar un verdadero análisis en la sentencia.

2.2 Contestación por parte de la representante de Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés Cevallos:

- a) Expone que, existe una petición sesgada de una argumentación probatoria y acaece en carente de sentido.
- b) Señala que, existe contravención expresa del artículo 583 del Código Penal, sin embargo, la norma vulnerada es inválida actualmente.
- c) Dice que, se ha violentado las reglas de la sana crítica, de igual manera, que ya no son aplicables para la valoración de la prueba bajo el Código Orgánico Integral Penal.

d) Indica también que, existe suficiente prueba para justificar la existencia del nexo causal del delito cometido por el señor Ángel Salvador Jaramillo Celi.

e) Hace alusión de que, los argumentos expuestos por el recurrente ya fueron resueltos por la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja.

2.3 Réplica del abogado defensor Luis Renato Montoya Carrión, en representación del recurrente, Ángel Salvador Jaramillo Celi:

a) Se ratifica que, la contravención expresa del artículo 583 del Código Penal, señalando que no se ha determinado el verbo rector del delito, y que se ha establecido la conducta “estipular” bajo las reglas de la sana crítica que se encuentran derogadas.

b) Con respecto al dolo, no se han establecido las condiciones específicas de los sujetos activos y pasivos.

2.4 Intervención realizada por parte de la acusación particular José Eduardo Arévalo Orozco, a través de su abogado defensor Edison Hermel García Celi:

a) Explica que, existe contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, al realizar una mala interpretación en cuanto a la reparación integral, esgrimiendo que la cantidad que debía recibirse es mucho más alta.

b) Indica que, la reparación integral que ha fijado la Corte Provincial de Justicia de Loja no llega a cubrir el daño que se está causando un juicio ejecutivo que se sustancia en su contra.

2.5 Contestación por parte de la representante de Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés Cevallos:

a) Indica que, la reparación integral no solo es monetaria, sino también es inmaterial.

b) Que el tema indemnizatorio es netamente civil y no es parte de un recurso casacional.

2.6 Réplica del recurrente José Eduardo Arévalo Orozco, a través de su abogado defensor Edison Ermel García Celi:

No hace uso de la réplica.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

El Consejo de la Judicatura mediante Resolución No. 08-2015 de fecha 22 de enero de 2015, aprobó



la integración de la Corte Nacional de Justicia, misma que 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 y 02-2015 de 25 de febrero de 2015. El Tribunal está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, señor doctor Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional.

3.1 Trámite

De conformidad con 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 Orgánico Integral Penal.

3.2 Validez Procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal en observancia de lo contemplado en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez.

3.3 Reflexiones sobre el 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 iudicandi*), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitados 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 (...)”*²

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, 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.

Bajo 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 consideraciones su ámbito material de la validez: tiempo y espacio. Siendo así 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*”;

² Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en Materia Penal*, 2° ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

- 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 intelectual 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 realizada 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.

4. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y VULNERACIONES LEGALES INVOCADAS POR LOS RECURRENTES

Cuando la Corte de Casación, analiza las pretensiones expuestas por los recurrentes, concentra su estudio en comprobar el cumplimiento de las exigencias formales propias de este medio impugnatorio, en aras de preservar el carácter extraordinario del recurso de casación.

En este sentido, el artículo 656 del estatuto procesal vigente, conmina a que el casacionista señale la causal correspondiente, exponiendo los cargos en sustentación del recurso, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos que servirían del fundamento para construir su pretensión.

Como se puede evidenciar, los recurrentes, han sustentado los cargos casacionales que fueron admitidos a trámite, para lo cual es menester analizarlos de manera individualizada, así tenemos con respecto al señor Ángel Salvador Jaramillo Celi:

- Contravención expresa de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal.

Con relación al cargo expuesto por el señor José Eduardo Arévalo Orozco, tenemos el siguiente:

- Contravención expresa de la norma contenida en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador.

Luego de confrontados los fundamentos de los recursos de casación y la sentencia del Tribunal de Alzada con el ordenamiento jurídico vigente para el caso, corresponde a este Tribunal restringir su examen al cuestionamiento realizado en la fundamentación oral en los siguientes términos:

4.1 Análisis de la fundamentación del recurso del señor Ángel Salvador Jaramillo Celi:

4.1.1 De la contravención expresa de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal.

El casacionista en su exposición menciona que, el fallo dictado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, con fecha 28 de octubre de 2016, las 15h42, contiene errores de derecho, arguyendo que existe contravención expresa de la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal; para lo cual, este tribunal procede a realizar las siguientes consideraciones.

Con el fin de conceptualizar a la contravención expresa, el tratadista Heliodoro Fierro-Méndez, señala que ésta existe:

“(…) cuando el juez yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama. Ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta, debido a que ha incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o espacio.”³

Tomando el criterio del precitado autor, constatamos que el vicio de violación de la ley por contravención expresa de su texto, implica el hecho de que no se la tome en cuenta, o se la aplique de manera parcial, lo cual atenta contra la finalidad para la cual fue creada.

Como cargo, el impugnante ha afirmado que el tribunal *ad-quem* ha contravenido expresamente el artículo 583 del Código Penal⁴, arguyendo que

³ Heliodoro Fierro-Méndez, “Casación y Revisión Penal”, Editorial Leyer, Bogotá, 2013, p. 244.

⁴ Código Penal, Art. 583.- Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipule un interés mayor que el permitido por ley, u otras ventajas usurarias.

en el análisis no se ha determinado el verbo rector estipular y el dolo usurero propio del delito, llegando a la certeza bajo normativa que se encuentra actualmente derogada.

En consecuencia, el recurrente al argüir este yerro tiene la obligación de explicar si esta norma no fue aplicada o si solo lo fue en parte, enlazando su pretensión con argumentos que den soporte a lo fundado en la sentencia impugnada.

Ahora bien, a pesar de que la proposición formalmente se encuentra completa, es menester efectuar las siguientes consideraciones con respecto a la tipicidad objetiva y subjetiva en el delito en comento:

- **Sujeto activo:** no calificado; por lo que, podría ser cualquier persona que despliegue su accionar dentro de este tipo de actividades; por lo tanto, no existe condición natural o contractual que le provea de esta calidad.
- **Sujeto pasivo:** puede ser cualquier persona, la titular del bien jurídico patrimonial.
- **Objeto material:** es la ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada.
- **Bien jurídico protegido:** acaece en el patrimonio de la sociedad en general.
- **Conducta:** consiste en hacerse prometer o hacerse dar. El verbo hacer, según Edgardo Alberto Donna está condicionado a que "(...) usado de manera reflexiva, significa que el sujeto activo debe crear estructuras de la instigación. Se trata de instigar al sujeto pasivo, para que éste a su vez haga algo."⁵
- **Elementos normativos:** son los términos préstamo e interés mayor que el permitido por ley; para lo cual, deberá remitirse a lo establecido en el Código Civil y demás legislación pertinente para el efecto.
- **Dolo:** este delito es eminentemente doloso; para el efecto, es necesario que concurra el conocimiento y voluntad de todos los elementos del tipo objetivo.

Al respecto, cabe indicar que, las alusiones vertidas dentro de la intervención del impugnante carecen de soporte técnico, en virtud de que, de la sentencia incoada se desprende que se realiza un análisis en el que efectivamente se arriba a conclusiones

en las que se subsume la conducta de *hacer o hacerse entregar* intereses superiores a los permitidos por la ley, circunscribiendo el accionar del señor Ángel Salvador Jaramillo Celi bajo los siguientes términos:

"(...) 4) Con el testimonio de MELIDA PIEDAD RIVERA VINAN, como perito acreditado por el Consejo de la Judicatura en contabilidad y auditoría; quien en lo principal manifiesta que realizó un peritaje que consistía en revisar una letra de cambio, en el juicio 543-2014, y si existían cheques a nombre del señor Jaramillo Celi y el señor Arévalo Orozco; que en el mes de diciembre de 2015 fue notificada, para realizar una diligencia de inspección y que se fue al Consejo de la Judicatura a revisar el proceso 543-2014, en donde había una letra de cambio por \$15000; que se fue a la Policía Judicial a una inspección, que había unos cheques y microfílm, cobrados por el señor Ángel Jaramillo; que el señor Arévalo, le dijo que había realizado unos pagos, pero no tenía recibos, que le dio la versión y la adjunto como respaldo, que con esa información le procedió a notificar al acusado, pero no lo encontró, dejándole a una señorita quien le firmó el recibido; que según el señor Arévalo canceló cerca de \$37.200 dólares, y que alrededor de \$11000 dólares están sustentados por cheques y que la diferencia fue cancelado en efectivo, según la víctima; que el dinero cancelado sin respaldo y en efectivo es un aproximado de \$26000 dólares americanos; que la mayoría de cheques estaban girados a nombre del acusado y otros a nombre de Mireya Jaramillo y Andrea Jaramillo; (...) b) Certificación emitida por el Banco Central del Ecuador (fs. 1374-1384) de la cual se desprende que durante los años 2010 y 2014 el interés varió entre un promedio de 8,68%, a 8.19% anual. Con la cual se justifica que el interés mensual de \$600,00 que cancelaban los acusadores particulares estaban por encima del interés legal fijado, interés que claramente se colige, es el resultado del capital de \$15.000,00USD al 4% mensual (48% anual). (...) Por todo lo analizado, esta Sala llega a la certeza de que se ha justificado la existencia material del delito de usura y la responsabilidad del acusado señor Ángel Salvador Celi, delito penal previsto en el Art. 583 y 584 del Código Penal (vigente en su momento)."⁶ [Sic]

Por lo que, es claro que el administrador de justicia al confeccionar el fallo impugnado consideró que la conducta fue subsumida y por consiguiente se

⁵ Edgardo Donna, "Derecho Penal, Parte Especial", Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, tomo II-B, 1999, p. 721-722.

⁶ Cfr. Cuaderno de Corte Provincial de Justicia de Loja, fs. 57-59.

configuran todos los elementos objetivos del tipo, y posteriormente a ello se continuó con el análisis adecuado de la tipicidad subjetiva.

Con relación al dolo, de los argumentos expuestos *ut supra*, se puede colegir que el sujeto activo del delito se hizo entregar intereses superiores a los permitidos por la ley conociendo que dicha situación le hará obtener los resultados típicos que desarrolla el delito, como son pagos excesivos a costa de la situación de necesidad, ligereza o inexperiencia del sujeto pasivo.

Ahora bien, con respecto a la alegación de aplicación de normativa que se encuentra derogada, este tribunal considera pertinente señalar que, si bien es cierto los hechos denunciados se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, es notable que en lo formal se han aplicado todos los rituales procesales exigidos por la ley a fin de no afectar el derecho a la defensa de los sujetos intervinientes en la presente causa, deviniendo en un cargo que no guarda vinculación con la realidad procesal.

En conclusión, se encuentra que los juzgadores de la Corte de Apelaciones si aplicó la norma contenida en el artículo 583 del Código Penal, estableciendo de manera clara y suficiente el accionar del justiciable dentro de cada uno de los elementos de la categoría dogmática de la tipicidad del delito de usura, volviendo improcedente la proposición jurídica expuesta por el recurrente.

4.2 Análisis de la fundamentación del recurso del señor José Eduardo García Celi:

4.2.1 De la contravención expresa del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador.

El impugnante ha señalado que la sentencia de segundo nivel ha contravenido expresamente la norma contenida en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, arguyendo que se ha establecido una mala interpretación en cuanto a la reparación integral, señalando que ésta debería ser mayor a la que ha sido fijada, haciendo alusión a un juicio ejecutivo, a fechas y a cheques entregados al señor Ángel Salvador Jaramillo Celi; omitiendo por consiguiente, inteligenciar a este tribunal si la norma vulnerada no ha sido por completo o parcialmente aplicada y el modo de subsanar el error;

por lo cual, no ha cumplido con un requisito trascendental propio al recurso por su naturaleza extraordinaria y eminentemente técnica.

Por lo que, al no desarrollar una carga argumentativa casacional alrededor de normativa vulnerada, vuelve a la propuesta enunciada incompleta y por tanto en una alegación que no tiene prosperidad.

Ahora bien, con relación a la mención de que el monto de reparación integral debe ser superior al fijado por el *Ad-quem* sobreviene en basamentos que pretendan guiar a este Tribunal de Casación revise los hechos fácticos y vuelva a valorar medios probatorios que ya fueron conocidos en las etapas adecuadas; lo cual, se encuentra vedado conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, que señala:

“(...) No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.”

Este criterio es desarrollado por la Corte Constitucional, que al identificar los límites del recurso de casación, manifiesta:

“(...) 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 (...)”

Es por esto que, no cabe insistir en esta clase de petitorios, por estar prohibido expresamente, pues acorde a lo señalado rebasaría las atribuciones otorgadas por la ley, para el conocimiento y resolución de este recurso; por lo que, se deniegan los razonamientos exteriorizados por el impugnante.

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 a lo dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional No. 001-2013-SEP, Caso No. 1647-11-EP, de 06 de febrero de 2013

este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, por unanimidad:

RESUELVE:

- 1) Declarar improcedentes los recursos planteados por los señores Ángel Salvador Jaramillo Celi y José Eduardo Arévalo Orozco, por falta de fundamento conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.
- 2) No hay mérito para casar de oficio la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la presente resolución.-
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; Dr. Jorge Blum Carcelén, JUEZ NACIONAL.



Gaceta Judicial
año 2017

**SALA DE LO LABORAL
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA**

I

Causa Nro. 0097-2016

Resolución No. 141-2017

Fecha: 03 de marzo de 2017, a las 12h03

TEMA: En la sentencia impugnada se ha producido violación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, al haberse declarado el despido intempestivo en base a la confesión judicial sobre un hecho que no fue materia de la Litis, como es el supuesto abandono de trabajo.

ACTOR: Karen del Cisne Montaña Reyes

DEMANDADO: Compañía de Maquinarias y Vehículos S.A. MAVESA

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora interpone demanda individual de trabajo en contra de Compañía MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS S.A. MAVESA, el Presidente Ejecutivo de la compañía, y de forma solidaria contra la ingeniera Gabriela Vaca Rodríguez, por sus propios derechos y en su calidad de Gerente Nacional de Recursos Humanos, en lo principal manifiesta que fue despedida por Gabriela Vaca Rodríguez, como Gerente de Recursos Humanos de la entidad demandada, quien en forma grosera y altanera dijo que "ante el hecho de que su rendimiento no era conveniente, a partir de ese momento la empresa prescindía de sus servicios". La traba de la Litis se configura con la contestación a la demanda realizada por el accionado, evacuando las pruebas solicitadas por las partes. En la especie no se observa prueba alguna que contradiga el Juramento Deferido rendido por la actora en la audiencia definitiva, determina como periodo de labores desde el 13 de agosto de 2001 hasta el 30 de agosto de 2013. El Juez de primer nivel, declara parcialmente con lugar la demanda y se ordena que la demandada Compañía MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS S.A. MAVESA, paguen a la actora los rubros determinados en el considerando noveno de esta sentencia, procediendo a realizar la respectiva liquidación.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La parte accionada interpone recurso de apelación, al que se adhiere la actora. El tribunal de Segunda Instancia, confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado, incluyendo la liquidación practicada, por considerar que ha quedado probado el vínculo laboral entre los justiciables con la consignación de haberes laborales hecha por la parte demandada en la Audiencia Preliminar y el tiempo de servicio declarado en el juramento deferido al no haber otro medio que lo pruebe. Los rubros correspondientes a la parte proporcional de la décima tercera, décima cuarta remuneración y vacaciones, se encuentran consignados conforme el acta de entrega de valores de fecha 11 de julio del 2014. El despido intempestivo fue probado con la confesión judicial realizada a la demandada María Gabriela Vaca Rodríguez, quien declara que la actora "dejo de ir a la empresa y de ahí se enteraron del despido intempestivo", ante esta afirmación se produce la inversión de la carga de la prueba, con la cual la accionada debía justificar su declaración, que en caso del abandono solo lo podía hacer mediante trámite de Visto Bueno motivado por la primera causal del Art. 172 del Código del Trabajo, de lo cual no hay constancia procesal, por consiguiente se ordena el pago de la indemnización del Art 188 y la bonificación del Art. 185, ambos del Código Laboral.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los demandados interponen recurso de casación, por infringido el Art. 36 y 188 del Código del Trabajo y artículos 113, 114, 115, 116, 117, 121, 122 y 140 del Código de Procedimiento Civil que no han sido aplicados. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. El tribunal de casación considera que procede el yerro denunciado, al haberse declarado el despido intempestivo en base a una confesión judicial sobre un hecho que no fue materia de la Litis, como es el supuesto abandono del trabajo. Analizados los cargos bajo la causal primera, el tribunal de casación considera que en la sentencia recurrida, al no haber demostrado la actora que se haya producido el despido intempestivo, no se justifica la resolución de los jueces de alzada sobre el pago de la indemnización por hecho arbitrario y unilateral se haya producido; se configura de esta manera, como afirma la parte casacionista despido intempestivo, pues éste debe ser justificado de manera plena, segura y convincente por parte de quien lo alega; no debe quedar duda alguna a los juzgadores de que este la violación del artículo 188 del Código del Trabajo y falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales denunciados que indican: Fallo Jurisprudencial de 7-IX-1994 (R.O. 546. 12-X-1994).- En virtud de lo expresado acepta el cargo denunciado, al haberse demostrado el yerro del tribunal de instancia con respecto al artículo 188 del Código del Trabajo y los fallos jurisprudenciales denunciados, casa la sentencia y declara sin lugar la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0097-2016

Conjueza Ponente: Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, 03 de marzo de 2017, las 12h03.

VISTOS: En el juicio laboral que sigue Karen del Cisne Montaña Reyes contra la compañía MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS S.A. MAVESA, en la persona de su representante legal ingeniero Kléver Vaca Garzón, Presidente Ejecutivo de la compañía, y de forma solidaria contra la ingeniera Gabriela Vaca Rodríguez, por sus propios derechos y en su calidad de Gerente Nacional de Recursos Humanos; los demandados imponen recurso de casación de la sentencia dictada el 22 de diciembre de 2014, a las 11h28; por los jueces del Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; sentencia que confirma en todas sus partes la subida en grado, que acepta la demanda. Admito a trámite el recurso de casación de los demandados, encontrándose en estado de resolver, se considera:

PRIMERO: ANTECEDENTES.-

1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.- La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en la sentencia manifiesta:

“SÉPTIMO: DESPIDO INTEMPESTIVO.- Este fue probado con la confesión judicial realizada a la demandada María Gabriela Vaca Rodríguez, quien declara que la actora “dejó de ir a la empresa y de ahí se enteraron del despido intempestivo”, ante esta afirmación se produce la inversión de la carga de prueba, con la cual la accionada debía justificar su declaración, que en caso del abandono sólo lo podía hacer mediante trámite de Visto Bueno motivado por la primera causal del Art. 172 del Código de Trabajo, de lo cual no hay constancia procesal, por consecuente se ordena el pago de la indemnización del Art 188 y la bonificación del Art. 185, ambos del Código Laboral.- Por las consideraciones expuestas, los infrascritos Jueces Provinciales de la SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, confirman en todas sus partes de la sentencia venida en grado, incluyendo la liquidación practicada...”

1.1.1.- Los demandados solicitan ampliación de la sentencia, petición que es atendida en providencia de 27 de marzo de 2015, a las 10h56.

1.1.2.- Dentro del término respectivo, los demandados interponen recurso de casación

1.1.3.- El Conjuetz de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 3 de marzo de 2016, a las 09h25, admite a trámite el recurso de casación presentado por los demandados.

1.2.- NORMAS ALEGADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.- Los demandados manifiestan:

“Entre las normas infringidas por los Señores Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral del Guayas, se encuentra en el artículo 36 y 188 del Código de Trabajo y los artículos 113, 114, 115, 116, 117, 121, 122 y 140 del Código de Procedimiento Civil, entre otras normas precedentes jurisprudenciales que no han sido aplicados.”

1.3.- CARGOS ADMITIDOS.- Se admiten a trámite los cargos formulados por los demandados, con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante sorteo por las doctoras Paulina Aguirre Suárez y María del Carmen Espinoza Valdiviezo, quien es reemplazada por el doctor Efraín Duque Ruiz y la doctora Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Conjuetz Nacional, en virtud del oficio No. 106-SG-CNJ de 01 de febrero de 2016, es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código de Trabajo.

2.2.- MOTIVACIÓN: La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 ha dispuesto 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: (...) D) 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*

te motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N°. 024-13-SEP-CC, dentro del caso N°. 1437-11-ep, determinó que *“(...) Corresponde a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vincula los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por lo tanto, la motivación no es sólo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de la autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado”.*

En este mismo sentido, dicha Magistratura Constitucional se pronunció determinando criterios que permiten entender la debida y adecuada motivación dentro del fallo N°. 2227-12-SEP-CC, en el caso N°. 1212-11-P, de la siguiente forma: *“Para determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar como los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión **razonable** es aquella fundamentada en los principios constitucionales. El fallo **lógico**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión así como entre ésta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.”* En virtud de lo expuesto se puede considerar que los argumentos y las razones empleadas por los jueces para sustentar la sentencia se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del oficio del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la garantía de la motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico que rige el *thema decidendum*, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna

arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia.

Respecto de la Motivación Taruffo manifiesta: “la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita, de fácil comprensión para el gobernado, por lo que no se satisface este último requisito formal si se consigna mediante expresiones abstractas, genéricas o a través de signos, fórmulas o claves, que el destinatario del acto tenga que interpretar porque siendo equívocas esas expresiones pueden hacerlo incurrir en error y formular defectuosamente su defensa, lo que equivale a colocarlo en estado de indefensión” (La Motivación de la Sentencia Civil, Editorial Lorenzo Córdova Vianello México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pág. 12). Acerca de esta obligatoriedad el mismo jurista expresa: “(...) este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica “privatista” del control ejercido por las partes y la óptica “burócrata” del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica “demócrata” del control que se debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia”. (La Obligación de Motivación de la Sentencia Civil, editorial Trotta, Madrid España, 2011, p. 361). Cumplimiento con la obligación de motivación antes señalada, este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

2.3.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.-

Resulta indispensable iniciar conceptualizando la expresión “recurso” constituido por “aquellos medios de impugnación que trasladan el conocimiento del asunto a otro órgano judicial superior distinto al que se dictó la resolución que se pretende impugnar, definiendo de tal forma al recurso de casación como un medio de impugnación de la resolución carente de firmeza, que viabiliza la reparación jurídica, material y moral de la insatisfacción ocasionada a quien no obtuvo un acto judicial conforme a sus aspiraciones de justicia” (Fairén Guillén, Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y la Ley Procesal, editorial Bosch, Barcelona España, 1990, p. 479).

Respecto de la institución jurídica que nos ocupa y específicamente en materia laboral, el tratadista José Ignacio Ugalde González ha manifestado que “el recurso de casación laboral es un recurso extraordinario cuyo propósito básico consiste en la defensa del ordenamiento jurídico, así como en la uniformidad de jurisprudencia, y en todo ello tutelando los dere-

chos de los litigantes al resolver el conflicto litigioso planteado. Este recurso permite en el orden jurisdiccional laboral, combatir la protección de la norma jurídica con la protección de los derechos de los litigantes.” (El Recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32).

En esta misma línea, es importante recalcar que esta judicatura procederá el respectivo control de legalidad del fallo cuestionado, en atención a lo dispuesto en el artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la República, especificando que el recurso de casación, solo procede en los casos taxativamente establecidos en la ley, esto es por causales *in judicando* ó también conocidos como vicios de juicio del tribunal o infracción de fondo; por causales *in procedendo* o vicios de actividad o infracción en las formas, de ahí que, las resoluciones emitidas por instancias inferiores puedan ser revisadas por esta Sala evitando generar agravio a las partes procesales. A través del recurso de casación se protege el derecho constitucional a la igualdad en aplicación de la Ley y la seguridad jurídica contenidos en los artículos 11 numeral 2 y 82 de la Constitución de la República, lo que equivale a afirmar mediante este recurso se intenta obtener una interpretación homogénea del Derecho en todo el territorio nacional o lo que es lo mismo, la uniformidad de la jurisprudencia.

En el recurso de casación se produce un verdadero debate entre la sentencias y la ley, por lo que a decir de Víctor Hugo Usme Perea: “(...) la naturaleza del recurso de casación, no hay duda que es netamente dispositiva, lo que obliga al recurrente a presentar argumentos concretos y precisos encaminados a demostrar la manera como el juzgador violó la norma, acreditando con razones persuasivas, más no con un discurso tipo alegato propio de las instancias, la vulneración de la ley sustancial en la sentencia impugnada”. (Recurso de Casación Laboral, Enfoque Jurisprudencial, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, p. 102). La casación es un recurso cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación, está supeditado a que el recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, la Corte de Casación está sujeta a los límites que los recurrentes fijan al deducir el recurso.

TERCERO: EXAMEN DE LOS CARGOS ADMITIDOS.- En virtud del principio dispositivo



contemplado en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con el objeto de examinar el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, corresponde a este Tribunal revisar la sentencia de alzada en relación a las alegaciones realizadas por los recurrentes, para lo cual, por razones de técnica jurídica, se procede a analizar en primer lugar los cargos por la causal tercera y luego los denunciados por la causal primera, de lo que se tiene lo siguiente:

3.1.- CARGOS BAJO LA CAUSAL TERCERA:

La causal tercera, que ha servido de fundamento para formular el recurso de los casacionistas, tiene como principio, tutelar la autonomía de la que gozan los jueces de instancia para examinar los hechos, actividad limitada a los tribunales de casación. Sin embargo, la ley atribuye al Tribunal de Casación la posibilidad de revisar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de prueba, únicamente, si al hacerlo violaron los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa, fundamentando su resolución en pruebas actuadas contraviniendo la ley, o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido. Encontrándose por la presente causal, en el caso de la infracción indirecta de la norma jurídica sustancial, en el cual el vicio de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, ha generado la aplicación equivocada o inaplicación de otra norma de derecho; sin que baste citar el precepto infringido, sino señalando también la norma sustantiva que ha sido violada como resultado de la infracción al momento de valorar la prueba; cabe tener presente que los criterios valorativos del Juzgador que han ocasionado la insatisfacción del recurrente, no constituyen *per se* un elemento para oponer el recurso de casación, la ley expresamente exige para ello, se infrinjan las disposiciones jurídicas positivas que regulan la apreciación de la prueba, demostrando que esta es absurda o que ha existido una evidente arbitrariedad; obligando aquello al recurrente a precisar el elemento lógico o principio de la sana crítica que se ha vulnerado, y que el juez estaba obligado a aplicar; y explicar cómo dicho error produjo el vicio que se alega; por ello, es necesario que el recurrente: a) explique en qué consiste individualmente cada prueba mal apreciada o dejada de apreciar; b) Determine los

preceptos jurídicos supuestamente violados en esa valoración de la prueba; c) Precise si la violación de la norma ha sido por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; y d) Indique como tal violación ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho, que hayan sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia.

3.1.1.- Los recurrentes manifiestan de manera general que, en la sentencia impugnada ha existido errónea interpretación de los artículos 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil; al respecto, es necesario indicar que la simple indicación de normas supuestamente quebrantadas en la sentencia no constituye fundamentación; correspondía a los recurrentes, a más de determinar las normas, indicar el vicio que lesiona a cada una de ellas, si hay aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, indicar por qué así lo considera, pues estos son vicios excluyentes e incompatibles, y no puede dejar esa tarea al juez de casación, quien sólo puede actuar en virtud de la alegación de las partes y en la forma que ellos proponen.

Previo a entrar en el análisis de los cargos formulados a la sentencia, este tribunal precisa que, los artículos 113, 114, 118, 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil, no son preceptos de valoración de la prueba, pues éstos se refieren: a la carga de la prueba de los hechos que han sido afirmados por el actor y que han sido negados por el reo; que cada parte está obligada a probar los hechos que alega; la potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio; que toda prueba debe ser pedida y actuada en el término respectivo y su práctica previa notificación a la parte contraria; la publicidad de la prueba y finalmente el artículo 121 indica cuáles, entre otros, pueden ser considerados medios de prueba. Son normas de valoración de la prueba aquellas que contienen un mandato expreso de la ley, en que se determina cómo se ha de valorar un medio probatorio; al no contener estas normas preceptos de valoración probatoria, no debían ser traídas al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, relevándonos por consiguiente de realizar su análisis.

Respecto a los artículos que son considerados como de valoración probatoria: 115 que se refiere a que la prueba debe ser apreciada en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica; 116 que las pruebas deben concretarse al asunto que

se litiga y a los hechos sometidos al juicio; y 117 a la pertinencia de la prueba, la que debe ser pedida, presentada y practicada de acuerdo a la ley para que haga fe en juicio; para fundamentarlos por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de casación, a los recurrentes les correspondía demostrar que en la sentencia del Tribunal de alzada se han producido dos transgresiones con sus respectivos cargos, esto es, la violación directa de las normas contentivas del precepto de valoración de la prueba y la violación indirecta de una norma de derecho sustancial como consecuencia de la primera; lo que no ha sido cumplido por los recurrentes, y por consiguiente no hace posible entrar a su examen, pues no se puede determinar si se ha producido una equivocada aplicación o la no aplicación de normas de derecho en el fallo de instancia, que es lo que produciría una sentencia equivocada que afectaría el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva de los justiciables.

3.1.2.- Sin embargo de las falencias del recurso, en atención a lo manifestado por la Corte Constitucional. “(...) los jueces casacionales, durante la fase de admisión, ya efectuaron una verificación del cumplimiento con los requisitos establecidos en la norma constitucional, de tal forma que no cabe que en sentencia nuevamente se pronuncien sobre aspectos de forma, negándose a conocer el fondo del asunto controvertido, pues una vez admitido a trámite el recurso deben resolver sobre las pretensiones del recurrente, garantizando así una adecuada tutela judicial”. (Sentencia de la Corte Constitucional No. 307-15-SEP-CC, caso No. 0133-13-EP), con el objeto de examinar si se ha lesionado el derecho a la defensa del impugnante y cumpliendo con el principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, nos corresponde a este Tribunal revisar la sentencia recurrida en relación a las alegaciones realizadas por los recurrentes, de lo que se tiene lo siguiente:

3.1.2.1.- Los accionados manifiestan: “Esto representa señores Jueces de la Exma. Corte Nacional de Justicia, un caso dentro de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, puesto que ha existido en definitiva, una errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por cuanto se ha violado el precepto jurídico de la producción de aquellas, transfiriendo de forma ilegal la carga de la prueba en contra del demandado, todo por cuanto la parte actora no pudo probar fehacientemente la existencia del hecho cierto, como lo es el despido intempestivo alegado, COMO PUEDE

INVERTIRSE LA CARGA DE LA PRUEBA ??? si el abandono JAMAS FUE ALEGADO COMO EXCEPCION????. *Cómo puede pretenderse que demuestre un hecho que jamás alegue en mi contestación a la demanda???? Como puede invertirse la carga de la prueba si mi excepción fue de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho propuestos por la actora.*”

3.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- El problema jurídico a resolver consiste en: determinar si procede la inversión de la carga de la prueba cuando al contestar la demanda, respecto del despido intempestivo alegado, la parte demandada únicamente se exceptiona con negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

3.2.1.- En todo proceso, la litis se traba con la demanda y las excepciones planteadas a la misma. El jurista Manuel Tama, al referirse al poder jurídico de la defensa expresa: “Así como tú tienes un “poder jurídico, constitucional, cívico, subjetivo y público” de ejercer el derecho de acción por medio de la demanda, como el vehículo más idóneo para alcanzar la tutela judicial, yo como demandado, lo tengo también, en igual e idéntica medida, es decir, gozo del mismo modo de un “poder jurídico, constitucional, cívico, subjetivo y público” de defenderme; y, el vehículo más idóneo para hacerlo, como tal escudo protector, son mis defensas y excepciones; y aún cual espada, puedo en ciertos casos, reconvenirte.” (Tama Manuel, “Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil”, Segunda Edición, 2012, Edilex S.A., Guayaquil, págs. 18, 19). El artículo 102 del Código de Procedimiento Civil indica lo que en general debe contener la contestación a la demanda: datos generales del o los demandados, pronunciamiento expreso sobre las pretensiones de la parte actora y de los documentos adjuntos a la demanda, debiendo indicarse lo que se admite y lo que se niega; y en el punto “3. Todas las excepciones que se deducen contra las pretensiones del actor.”

La traba de la litis con la demanda y la contestación (excepciones planteadas a la acción) es de especial importancia, pues tanto accionante como accionado tendrán muy claro el marco dentro del cual deberán ejercitar su derecho a la defensa para que este no sea conculcado. Manuel Tama manifiesta: “Una vez contestada la demanda, se traba la litis, y las partes deben, dentro del término legal, justificar sus respectivos asertos propuestos en la demanda y en su contestación, siendo obligación del juzgador velar que la prueba pedida y presentada sea pertinente, esto



es, que se concrete al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio, sin que se pueda considerar la prueba que versa sobre un hecho no controvertido...” Situación que concluye en sentencia, la que por expresa disposición del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil: “... 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.”

Revisada la contestación dada a la demanda en la audiencia respectiva, consta entre las excepciones: “1. Negativa pura, simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;...”, ante esta negación es la actora quien debía justificar por cualquier medio probatorio que el despido intempestivo se había producido.

3.2.1.1.- La norma contenida en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la apreciación de la prueba en conjunto que realice el juez en base a su sana crítica; precepto que el profesor uruguayo Eduardo Couture lo señala como: “...una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento...” (Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Editorial B de F, cuarta edición póstuma, 2002, pp. 221-222).

3.2.1.2.- Revisada la sentencia recurrida, la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el considerando SÉPTIMO, manifiesta: “**DESPIDO INTEMPESTIVO.-** Este fue probado con la Confesión Judicial realizada a la demandada María Gabriela vaca

Rodríguez, quien declara que la actora “dejo de ir a la empresa y de ahí se enteraron del despido intempestivo”, **ante esta afirmación se produce la inversión de la carga de la prueba, con la cual la accionada debía justificar su declaración**, que en caso del abandono solo lo podía hacer mediante trámite de Visto Bueno motivado por la primera causal del Art. 172 del Código del Trabajo, de lo cual no hay constancia procesal, por consiguiente se ordena el pago de la indemnización del Art. 188 y la bonificación del Art. 185, ambos del Código laboral.” (lo resaltado es nuestro).

Al respecto este tribunal de casación considera, que el principio de la causal tercera es tutelar la autonomía de la que gozan los jueces de instancia para examinar los hechos, lo que no está en la esfera de los jueces de Casación; y así se ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia N.º 028-14-SEP-CC que resuelve el caso N.º 1926-12-EP; destacando que: “esta Corte reitera que en el recurso de casación está prohibido actuar prueba o admitir incidentes, pues al hacerlo se desconocería la naturaleza jurídica propia de dicho recurso, que es realizar un análisis de la sentencia frente a la ley, lo que implica que no se puede discutir acerca de las pretensiones que originaron el litigio que produjo aquella sentencia”. Sin embargo, la ley le atribuye al Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, la posibilidad de examinar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de prueba, únicamente, si al hacerlo se han los preceptos jurídicos que gobiernan la actividad valorativa, cimentando su resolución en pruebas actuadas contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido, como lo indica Fernando De la Rúa, el órgano casacional no puede inmiscuirse en la valoración de las pruebas que hace el juzgador “sólo puede controlar si son válidas (control de legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (control de logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación” (De la Rúa, El recurso de casación en el derecho positivo, pág. 153). En el caso subjuice los jueces de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de manera absurda, ilegal y arbitraria, sin lógica manifiestan que se ha probado el despido intempestivo con la confesión judicial de la demandada María Gabriela Vaca Rodríguez, “... quien declara que la actora “dejo de ir a la empresa

y de ahí se enteraron del despido intempestivo”, ante esta afirmación se produce la inversión de la carga de la prueba, con la cual la accionada debía justificar su declaración...” declaración que la demandada la realiza recién en su confesión judicial en la audiencia definitiva, y que, por tanto, no fue parte de la contienda judicial, por consiguiente es arbitrario y absurdo del tribunal ad quem el haber determinado un despido intempestivo sin prueba que lo justifique y con una reinversión de prueba que no procedía. La inversión de la carga de la prueba se ocasiona cuando la parte demandada, al deducir sus excepciones, realiza afirmaciones que deben ser probadas, lo que no sucede en el caso subjujice. Si bien la demandada en la audiencia definitiva, al momento de rendir su confesión judicial manifiesta que la demandante “dejó de ir a la empresa y de ahí se enteraron del despido intempestivo”, éste no es un hecho por el cual se trabó la litis y el aceptarlo como tal afectaría la igualdad procesal y del derecho constitucional a la defensa de los accionados, quienes negaron simple y llanamente toda la afirmación de la actora y de esta manera se encontraba preparada su defensa. En razón de lo expuesto, este tribunal de casación considera que procede el yerro denunciado, al haberse declarado el despido intempestivo en base a una confesión judicial sobre un hecho que no fue materia de la Litis, como es el supuesto abandono del trabajo.

3.3.- CARGOS BAJO LA CAUSAL PRIMERA.- La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación imputa vicio in iudicando, esto es cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente, o atribuye a una norma de derecho un significado equivocado; procura igualmente proteger la esencia y contenido de las normas de derecho que consta en los códigos o leyes vigentes, incluidos los precedentes jurisprudenciales, recayendo por tanto sobre la pura aplicación del derecho; lo que, el vicio de juzgamiento contemplado en esta causal se da en tres casos 1. Cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en yerro hermenéutica jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole

un sentido y alcance que en realidad no lo tiene. El error por la causal primera debe ser únicamente en la parte dispositiva, nunca en la considerativa, pues para los efectos de la causal alegada, se entien- de que está perfectamente constituido y por ello le merece conformidad; así “Al invocar la causal primera, el recurrente está reconociendo que el tribunal de instancia acertó en las conclusiones sobre los hechos contenidos en las pruebas” (Andrade Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Edit Andrade, Quito, 2005, p. 195) por lo que, el juzgador no tiene la posibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos que se dan por aceptados, pues la esencia de esta causal es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia.

3.3.1.- Fundamentada en esta causal primera, la parte accionada manifiesta: “... errónea interpretación del Art. 188 del Código de Trabajo y la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios que han sido determinantes de su parte dispositiva: El despido intempestivo es un hecho que acaece en un momento determinado y en un lugar determinado y que por tal razón debe ser para casos como el que motiva esta sentencia debidamente probado, situación que en ningún momento se ha producido y demostrado dentro del proceso, es decir no se ha demostrado por parte del actor que día, a qué hora y en que lugar supuestamente se produjo el despido intempestivo, por lo que hay una errónea interpretación del Art. 188 del Código de Trabajo, (...) Por lo expuesto, correspondía a la Sala aplicar los siguientes fallos jurisprudenciales donde se señala a quien corresponde demostrar el despido intempestivo y que circunstancias en torno a este hecho y requisitos deben cumplirse, así: Fallo Jurisprudencial 7-IX-1994 (R.O. 546. 12-X-1994): (...) Fallo Jurisprudencial 9-IX-1994 (R.O. 542. 6-X-1994): (...) La errónea interpretación del art. 188 y la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales que cometen los jueces al expedir su sentencia, motivan el presente recurso a fin de que la Sala Especializada de lo Laboral de la Excm. Corte Nacional de Justicia, luego de un ponderado análisis realicen las correcciones jurídicas necesarias evitando la arbitraria como ilegal interpretación normas de Derecho.”

3.3.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- El problema a resolver consiste en determinar si hay error en la aplicación del artículo 11 del Código del Trabajo, al indicar la sentencia



que por cuanto la parte demandada no ha probado el abandono de la trabajadora, se manda a pagar la indemnización por despido intempestivo.

3.3.2.1.- El despido intempestivo es un acto cierto, producido en un lugar y tiempo determinados, mediante el cual, la parte empleadora, por un medio cualquiera hace conocer al trabajador su voluntad unilateral de dar por terminada la relación laboral, sin que medie ninguna causal legal para hacerlo. El tratadista Guillermo Cabanellas refiriéndose al despido intempestivo, dice: “... *Por despido se entiende estrictamente la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por declaración unilateral del patrono o empresario, que de tal modo extingue el vínculo jurídico que lo une con el trabajador a su servicio.*” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 26ª. Edición, 1998, Editorial Helias, Tomo III, pág. 208), de lo que se colige que el despido intempestivo es la ruptura violenta de una relación laboral por decisión unilateral del patrono, y que es un hecho real acaecido en un lugar y momento determinados, que debe ser probado en forma fehaciente.

La Corte Nacional de Justicia, sobre la institución del despido intempestivo se ha pronunciado: “*la jurisprudencia producida por esta Sala, dice que el despido intempestivo es un hecho circunstancial que ocurre en determinados tiempo y lugar, que debe ser probado fehacientemente, dado que, de hacerse evidente el hecho, trae consigo sanciones pecuniarias en contra del empleador; por tanto, y no habiendo en efecto prueba suficiente para demostrar el despido intempestivo, no se encuentra que la Sala de alzada haya transgredido las normas señaladas.*” (Expediente 247, Registro Oficial Suplemento 324, 25 de Abril del 2008. No. 247-2005). Y la Corte Constitucional refiere: “*El despido intempestivo es considerado como el medio por el cual el empleador, de forma unilateral, da por terminada la relación laboral, sin que medie ninguna causal legal para hacerlo. De esta manera, al considerar la existencia de un despido intempestivo, la relación entre empleador y trabajador se convierte en un conflicto jurídico que debe ser conocido y solucionado por medios jurisdiccionales, estableciendo además que es el demandante a quien corresponde “demostrar el despido intempestivo del que afirma fue víctima; puesto que, siendo este un hecho que sucede en determinado tiempo y lugar era de su obligación justificarlo”, de lo que se entiende que el despido intempestivo no es una mera declaración proveniente de la presunta afectada; al contrario, debe existir una declaración judicial sobre este hecho.*”

SENTENCIA No. 004-12-SAN-CC-CASO No. 0036-09-AN.

En la sentencia recurrida, al no haber demostrado la actora que se haya producido el despido intempestivo, este tribunal considera que no se justifica la resolución de los jueces de alzada sobre el pago de la indemnización por despido intempestivo, pues éste debe ser justificado de manera plena, segura y convincente por parte de quien lo alega; no debe quedar duda alguna a los juzgadores de que este hecho arbitrario y unilateral se haya producido; se configura de esta manera, como afirma la parte casacionista la violación del artículo 188 del Código del Trabajo y falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales denunciados que indican: Fallo Jurisprudencial de 7-IX-1994 (R.O. 546. 12-X-1994): “... *en lo concerniente al despido intempestivo que la Sala de alzada estima que ha existido, este Tribunal por su parte considera que tal apreciación es equivocada ya que, de la simple lectura del testimonio de J.M., no puede deducirse que efectivamente ocurrió tal decisión unilateral y arbitraria por parte del empleador. Sobre el asunto es oportuno reiterar que el despido intempestivo es un hecho que acaece en un momento determinado y en un lugar determinado y que por tal razón debe ser para casos como el que motiva esta resolución debidamente probado. En la especie tal cosa no ocurre pues de la atestación en referencia se advierte que no le constó al deponente el hecho del despido así lo expresa al contestar a la pregunta undécima del contrainterrogatorio...*”

Fallo Jurisprudencial de 9-IX-1994 (R.O. 542. 6-X-1994): “... *a) El despido intempestivo ya sea este directo o indirecto debe ser justificado de manera plena y convincente por parte de quien lo alega: ya que constituyendo las indemnizaciones que este hecho genera una verdadera penalidad a la que se hace acreedor el empleador infractor, no debe quedar duda alguna a los juzgadores que este hecho arbitrario y unilateral, que rompe la estabilidad laboral, efectivamente se ha producido. b) En la especie, R.O. con el propósito de justificar el mencionado despido intempestivo que dice haber sufrido, ocurrió tanto a la prueba documental, como a la prueba testifical; pero ninguno de los dos caminos que buscó el actor resultan convincentes para la Sala...*”. En virtud de lo expresado, se acepta el cargo denunciado, al haberse demostrado el yerro del tribunal de instancia con respecto al artículo 188 del Código del Trabajo y los fallos jurisprudenciales denunciados.

3.4.- Este Tribunal de Casación no puede dejar de observar que la sentencia casada, confirma la de

primer nivel que ordena el pago de bonificación e indemnización por despido intempestivo, con intereses, lo que viola la disposición del artículo 614 del Código del Trabajo.

CUARTO FALLO.- En orden a todo 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,** casa la sentencia de la Sala Especializada de lo laboral de la Corte Provincial de

Justicia del Guayas, de 22 de diciembre de 2014, a las 11h28 y declara sin lugar la demanda. De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Casación, se dispone se entregue la totalidad de la caución a la parte demandada. Actúe el Dr. Segundo Ulloa Tapia en calidad de secretario relator en cargado. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) **Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL; Dr. Efraín Duque Ruíz, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL.**

AMPLIACIÓN / ACLARACIÓN

Juicio No. 0097-2016

Jueza Ponente: Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, viernes 7 de abril, las 16h22.-

VISTOS: En la presente causa laboral, la parte accionante, en tiempo oportuno solicita ampliación y aclaración de la sentencia dictada el 3 de marzo de 2017, las 12h03.- **PRIMERO:** De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 281 y 282 del Código de Procedimiento Civil, la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre, intereses o costas.- **SEGUNDO:** En la especie, el

contenido de la resolución es clara e inteligible; es decir, no existe ambigüedad en su texto; y, en ella se han resuelto todos los puntos materia de la Litis, no existiendo omisión alguna en la decisión de la cusa; consecuentemente, la petición de la parte accionante tiende a conseguir la reforma del fallo, vía recurso horizontal de ampliación y de aclaración; lo cual deviene en improcedente, por lo que se rechaza la solicitud de la parte accionante. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dra. Rosa Jaqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E); Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; y, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.**

II

Causa Nro. 1681-2016
Resolución Nro. 146-2017
Fecha: 13 de marzo de 2017, las 09h03

TEMA: Principio de indivisibilidad de la prueba. La prueba documental debe ser valorada en su integridad, falta de valoración del acta de finiquito por omisión del rubro "bonificación imputable a cualquier reclamo posterior", lo que implica que su contenido no fue atendido en su integridad.

ACTOR: Genaro Eusebio Balón Mata
DEMANDADO: Compañía ECUANAVE C.A.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor, presenta demanda laboral en contra de la Compañía ECUANAVE C.A., manifestando que prestó sus servicios lícitos y personales para el grupo naviero, iniciando su relación laboral desde el 1 de octubre de 1984, y que a partir de esa fecha laboró para varias empresas con el mismo empleador hasta que la Compañía ECUANAVE C.A. cesó de funciones el 30 de junio de 2012. Con la finalidad de acogerse a la jubilación por vejez del IESS., presentó su desahucio y de ese modo culminó su relación laboral por más de 27 años de trabajo continuo. La compañía generó la correspondiente Acta de Finiquito sin embargo hizo notar a la Autoridad de Trabajo que la liquidación que se le pagó es incorrecta porque solo se considera el último tramo de trabajo, como si sólo hubiere laborado desde el 1 de Agosto del 2008, cuando en realidad su vínculo con el grupo de empresas, se inicia el primero de Octubre de 1984, por lo que es rigor legal proceder a la reliquidación del Acta de Finiquito que suscribió. El Juez de primera instancia, luego de revisar las pruebas aportadas declara parcialmente la demanda y ordena que la parte demandada paguen a la actora: 1. Despido intempestivo, artículo 188 del Código del Trabajo; 2. Bonificación por desahucio, Art. 185 ibídem.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la sentencia de primera instancia, los demandados Apelan por sus propios derechos y por los que representan de la Compañía ECUANAVE C.A., en sus calidades de Gerente General y Presidente, respectivamente y concedidos los recursos por oportunamente deducidos, se adhiere el accionante, al que también le fue concedido. La Sala concuerda con el criterio expuesto por el Juez A quo en el fallo impugnado en cuanto a que se encuentra probado con la Libreta de Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y corroborado con las Actas de Finiquito celebradas, que el accionante laboró para el mismo grupo empresarial dedicado a la comercialización de combustibles por la vía marítima, de lo que se concluye que efectivamente dicho nexo se inició el 1 de octubre de 1984 y finalizó el 30 de junio del 2012. El 7 de agosto del 2012 entre los justiciables se celebró el Acta de Finiquito, mediante la cual se le pagó, entre otros rubros, la bonificación por desahucio considerándosele como tiempo de servicio del 1 de agosto del 2008 hasta el 30 de junio del 2012, es procedente disponer la reliquidación de dicha bonificación y del valor que restare, deberá descontarse los \$2.018.40 entregados mediante dicho Finiquito.- Con este antecedente, los jueces del tribunal ad quem confirma la sentencia del Juez de Primer Nivel recurrida procediendo únicamente a actualizar la liquidación.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los demandados interponen recurso de casación, argumentando que las normas infringidas en la sentencia impugnada son los artículos: 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; 9, 23, 129 numeral 1, 130 numerales 1, 2, 3 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; Arts. 114, 115, 116, 117 del Código de Procedimiento Civil; Arts. 42 numeral 1, 185 y 595 del Código del Trabajo. Los cargos formulados por los demandados se encuentran fundamentados en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Del documento de finiquito constante en el proceso se determina que al final de este consta un rubro "bonificación imputable a cualquier reclamo posterior", valor que no ha sido impugnado y por el contrario según el mismo finiquito, fue recibido por el trabajador a satisfacción, si la referida acta fue considerada por el Tribunal ad quem al momento de resolver respecto del tiempo de servicios del trabajador, su contenido no fue atendido en su integridad, por cuanto se omite tomar en cuenta la "bonificación imputable a cualquier reclamo posterior" y atribuirle a la liquidación que corresponde al trabajador al haber sido aceptada la acción planteada. El Tribunal de Casación casa parcialmente la sentencia y se dispone que en la liquidación de bonificación por desahucio lo que le corresponde al trabajador, sea descontado el valor recibido como bonificación imputable a cualquier reclamo posterior constante en el acta de finiquito.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1681-2016

Conjueza Ponente: Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, 13 de marzo de 2017, las 09h03.-

VISTOS: En el juicio laboral que sigue Genaro Eusebio Balón Mata en contra de la empresa ECUANAVE CIA. LTDA., representada por Ramón Alberto Espinel Febres Cordero, María del Rosario Escobar Manrique y María Gabriela Baquerizo Villacrés; los demandados interponen recurso de casación de la sentencia dictada el 16 de mayo de 2016, a las 16h26 por los Jueces del Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; fallo que confirma el de primera instancia, procediendo únicamente a actualizar la liquidación. Admitido a trámite el recurso de casación, encontrándose en estado de resolver, se considera:

PRIMERO: ANTECEDENTES.-

1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.- El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en la sentencia manifiesta: *"Por las consideraciones precedentes, esta Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBE-*

RANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, en los términos de este fallo, confirma la sentencia del Juez de Primer Nivel recurrida procediendo únicamente a actualizar la liquidación: por pensiones jubilares, de junio del 2015 a abril del 2016, \$292.00 x 11 meses = \$3.212.00; por décima tercera pensión jubilar, calculada del 1 de diciembre del 2014 al 30 de noviembre del 2015, \$292.00 y por décima cuarta pensión jubilar, calculada del 1 de junio del 2015 al 31 de marzo del 2016, \$243.33. La suma de los rubros liquidados en esta instancia es = a \$3.747.33 que sumada a los \$12.162.80 liquidados pro el Juez de Primer Nivel, totaliza \$15.910.13 a lo que se deberá agregar los intereses legales pertinentes a los rubros que lo generan en cumplimiento a lo determinado en el art. 614 del Código Laboral."

1.1.1.- La parte accionada solicita aclaración de la sentencia, pedido que es atendido en providencia de 24 de junio de 2016, las 15h33.

1.1.2.- Dentro del término respectivo la parte demandada interpone recurso de casación, el que es admitido por la Corte Provincial;

1.1.3.- El Conjueza de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 7 de septiembre de

2016, las 12h27, admite a trámite el recurso de casación presentado por los accionados, por cumplir los requisitos exigidos por la ley.

1.2.- NORMAS ALEGADAS DENTRO DEL RECURSO DE CASACIÓN.- Los recurrentes manifiestan que las normas infringidas en la sentencia impugnada son los artículos: 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; 9, 23, 129 numeral 1, 130 numerales 1, 2, 3 y 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; 114, 115, 116, 117 del Código de Procedimiento Civil; 42 numeral 1, 185 y 595 del Código del Trabajo.

1.3.- CARGOS ADMITIDOS.- Se han admitido a trámite los cargos formulados por los demandados con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1.- JURISDICCión Y COMPETENCIA.-

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, integrado mediante sorteo por las doctoras Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional, Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional, en virtud del oficio No. 106-SG-CNJ de 01 de febrero de 2016 y doctor Efraín Duque Ruiz, Conjuez Nacional por licencia de la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo; Jueza Nacional, según oficio No. 218-SG-CNJ-ROG de 21 de febrero de 2017, es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 184 y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación y 613 del Código de Trabajo.

2.2.- MOTIVACIÓN: La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 ha dispuesto 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: (...) d) 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.”*

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N°. 024-13-SEP-

CC, dentro del caso N°. 1437-11-EP, determinó que: *“(...) Corresponde a los jueces realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos, pues no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto. Por tanto, la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico del juez y por tanto comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado”.*

En este mismo sentido, dicha Magistratura Constitucional se pronunció determinando criterios que permiten entender la debida y adecuada motivación dentro del fallo N°. 227-12-SEP-CC, en el caso N°. 1212-11-P, de la siguiente forma: *“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacerse de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión **razonable** es aquella fundada en los principios constitucionales. El fallo **lógico**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.”* En virtud de lo expuesto, se puede considerar que los argumentos y las razones empleadas por los jueces para sustentar la sentencia se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del oficio del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la garantía de la motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico que rige el *thema decidendum*, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia.

Respecto de la Motivación Taruffo manifiesta: *“la fundamentación debe ser específica al caso de que se trate y la motivación explícita, de fácil comprensión*

para el gobernado, por lo que no se satisface este último requisito formal, si se consigna mediante expresiones abstractas, genéricas o a través de signos, fórmulas o claves, que el destinatario del acto tenga que interpretar, porque siendo equívocas esas expresiones pueden hacerlo incurrir en error y formular defectuosamente su defensa, lo que equivale a colocarlo en estado de indefensión” (La Motivación de la Sentencia Civil, Editorial Lorenzo Córdova Vianello México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pág. 12). Acerca de esta obligatoriedad el mismo jurista expresa: “(...) este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica “privatista” del control ejercido por las partes y la óptica “burocrática” del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica “democrática” del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia”. (La Obligación de Motivación de la Sentencia Civil, editorial Trotta, Madrid-España, 2011, p.361). Cumpliendo con la obligación de motivación antes señalada, Éste Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

2.3.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.- Resulta indispensable iniciar conceptualizando la expresión “recurso” constituido por “aquellos medios de impugnación que trasladan el conocimiento del asunto a otro órgano judicial superior distinto al que dictó la resolución que se pretende impugnar, definiendo de tal forma al recurso de casación como un medio de impugnación de una resolución carente de firmeza, que viabiliza la reparación jurídica, material y moral de la insatisfacción ocasionada a quien no obtuvo un acto judicial conforme a sus aspiraciones de justicia” (Fairén Guillen, Doctrina General del Derecho Procesal, Hacia una teoría y la Ley Procesal, editorial Bosch, Barcelona España, 1990, p. 479).

Respecto a la institución jurídica que nos ocupa y específicamente en materia laboral, el tratadista José Ignacio Ugalde González ha manifestado que “el recurso de casación laboral es un recurso extraordinario cuyo propósito básico consiste en la defensa del ordenamiento jurídico, así como en la uniformidad de la jurisprudencia, y en todo ello tutelando los derechos de los litigantes al resolver el conflicto litigioso planteado. Este recurso permite en el orden jurisdiccional laboral, combatir la protección de la norma jurídica con la protección de los derechos de los liti-

gantes.” (El recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32).

En esta misma línea, es importante recalcar que esta judicatura procederá el respectivo control de legalidad del fallo cuestionado en atención a lo dispuesto en el artículo 76 numeral tercero de la Constitución de la República, especificando que el recurso de casación, sólo procede en los casos taxativamente establecidos en la ley, esto es por causales *in judicando* o también conocidos como vicios de juicio del tribunal o infracción de fondo; por causales *in procedendo* o vicios de actividad o infracción en las formas, de ahí que, las resoluciones emitidas por instancias inferiores pueden ser revisadas por esta Sala evitando generar agravio a las partes procesales. A través del recurso de casación se protege el derecho constitucional a la igualdad, en aplicación de la Ley y la seguridad jurídica contenidos en los artículos 11 numeral 2 y 82 de la Constitución de la República, lo que equivale a afirmar que mediante este recurso se intenta obtener una interpretación homogénea del Derecho en todo el territorio nacional, o lo que es lo mismo, la uniformidad de la jurisprudencia.

En el recurso de casación se produce un verdadero debate entre la sentencia y la ley, por lo que a decir de Víctor Julio Usme Perea: “(...) la naturaleza del recurso de casación, no hay duda que es netamente dispositiva, lo que obliga al recurrente a presentar argumentos concretos y precisos encaminados a demostrar la manera como el juzgador violó la norma, acreditando con razones persuasivas, más no con un discurso tipo alegato propio de las instancias, la vulneración de la ley sustancial en la sentencia impugnada”. (Recurso de Casación Laboral, Enfoque Jurisprudencial, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, p. 102). La casación es un recurso cuya procedencia exige el cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en la Ley que lo regula, de manera que el control de legalidad de los fallos impugnados por parte del Tribunal de Casación está supeditado a que el recurrente al formular su ataque contra la sentencia recurrida, satisfaga dichos requisitos y las condiciones legalmente establecidas, la Corte de casación está sujeta a los límites que los recurrentes fijan al deducir el recurso.

TERCERO: EXAMEN DE LOS CARGOS ADMITIDOS.- En virtud del principio dispositivo contemplado en el artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico



de la Función Judicial, y con el objeto de examinar el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, corresponde a este Tribunal revisar la sentencia de alzada en relación a las alegaciones realizadas por los recurrentes, para lo cual, por razones de técnica jurídica, se procede a analizar en primer lugar los cargos por la causal quinta, luego los denunciados por la causal tercera, y finalmente la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, de lo que se tiene lo siguiente:

3.1.- CARGOS BAJO LA CAUSAL QUINTA, la misma que procede: *“Cuando la sentencia o auto no contuviere los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contrarias o incompatibles”*. Tenemos por tanto dos vicios de casación que podría presentarse en el fallo: el primero se relaciona con los requisitos de fondo y forma de toda sentencia; la motivación es el requisito de fondo, por ello, el Juez se ve conminado a establecer las normas legales o principio jurídicos en los que sustenta su pronunciamiento. El segundo vicio, opera frente a sentencias contradictorias o incompatibles, en las cuales no existe una lógica entre la parte resolutive y los argumentos determinados en la parte considerativa, por tanto, el fallo se torna incompatible y no es posible su ejecución. Al respecto, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, sostiene que *“Debe entenderse que estos vicios deben emanar del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre este, la demanda y la contestación, 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; el recurrente deberá efectuar el análisis demostrativo de la incongruencia o inconsistencia acusadas a fin de que el tribunal de casación pueda apreciar si existe o no el vicio alegado.”* (La casación Civil en el Ecuador, Fondo Editorial Andrade y Asociados. 2005. p. 15 y 16).

3.1.1.- La acusación de que en la sentencia se infringe la disposición constitucional de falta de motivación es de especial importancia y trascendencia, pues, su consecuencia inmediata, implicaría la anulación de dicha sentencia, por tanto, cuando se acusa de la vulneración de motivación disciplinada como deber en toda resolución judicial, se exige que el recurrente indique si la fundamentación de la sentencia ha sido mínima, ha sido insuficiente o carece totalmente de motivación y cuáles han sido las razones o elementos, que llevaron al tribunal ad quem a no motivarla debidamente (Resolución

No. 0175-2012, de 19 de junio de 2012, Juicio No 83-2012). No se debe olvidar que, en atención a que la motivación es un principio de carácter general, no es posible acusarla en forma directa, es indispensable indicar cuáles son las normas legales que desarrollan dicho principio, y cómo han sido infringidas por los jueces de instancia.

3.1.2.- Con fundamento en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, la inconformidad de la compañía accionada viene dada por considerar que la sentencia motivo de este recurso es contradictoria, apreciación que la justifica con la referencia del considerando séptimo del fallo, en donde la Sala de alzada manifiesta estar de acuerdo con el criterio del juez a quo, en cuanto al tiempo en que duró la relación laboral entre los contendientes, confrontándola con la afirmación del actor de esta causa, en cuyo documento de finiquito motivo de la impugnación se determina que el accionante ingresó a laborar en junio de 2006, centrando el reproche en este hecho, refiere jurisprudencia al respecto y concluye que la contradicción no únicamente debe darse en la parte resolutive de la sentencia sino también en la parte considerativa de la misma, cuando los argumentos sean contradictorios entre lo que se argumenta y se resuelve en sentencia, razones por las que concluye existe pertinencia de la causal quinta.

3.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- Con la fundamentación presentada por los impugnantes, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la sentencia impugnada es contradictoria en su parte considerativa y en la resolución.

3.2.1.- Revisada la sentencia con respecto a la impugnación realizada, se observa que el tribunal ad quem para determinar el inicio y fin de la relación laboral, efectúa un examen de todas las pruebas existentes, haciendo un análisis lógico jurídico, entrelazando los hechos que han sido debatidos en el proceso; llegando a la conclusión en base no únicamente a los hechos referidos por quien recurre, sino también en razonamientos en atención a todas las constancias procesales, de allí que, al ser facultad del Tribunal de apelación el empleo de la sana crítica, que permite sopesar una prueba sobre otra, en este caso en particular otorgándole eficacia jurídica a los documentos del Instituto de Seguridad Social, corroborado con la contestación a la demanda y las actas de finiquito celebradas, en donde se concluye que el accionante laboró para un mismo grupo empresarial, esto unido a otras

probanzas analizadas en la sentencia, y que han sido discernidas en la conclusión del considerando séptimo del fallo que se acusa, no constituye una contradicción, puesto que las sentencias deben ser analizadas de forma integral, de tal forma que tanto las premisas como la conclusión guarden la correspondiente armonía y coherencia. De otra parte, es necesario tener presente que la contradicción debe darse en la parte resolutive del fallo, en donde confluyen disposiciones contradictorias e incompatibles, es decir, excluyentes una de la otra. Debe tenerse claro que para que la sentencia sea válida, debe ser clara, precisa y congruente con las pretensiones y excepciones deducidas oportunamente, haciendo las declaraciones que estas requieran decidiendo sobre todos los puntos del debate en forma armónica; abundando sobre este particular, cabe decir que para que esta causal de casación se constituya, no basta que haya entre las disposiciones del mismo fallo una contradicción cualquiera, sino que la contradicción sea tan arbitraria, evidente y de tal magnitud, que no sea factible saber cuál es el genuino o legítimo mandato u orden jurisdiccional que debe ser objeto de cumplimiento.

Piero Calamandrei al referirse a esta causal dice: *“En el caso en que la sentencia de apelación contenga disposiciones contradictorias, la misma que sin embargo ha alcanzado la categoría de cosa juzgada en sentido formal, no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial), ya que si la parte dispositiva contiene pronunciamientos que están en contradicción, de modo que el uno no puede ser ejecutado sin que el otro se convierta en inejecutable, se puede decir que los mismos se neutralizan y se eliminan recíprocamente, de la misma manera que algebraicamente la suma de dos cantidades iguales, la una positiva y la otra negativa, equivale a cero”* (La Casación Civil, t. II Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1961, p. 344), características que no se advierten en la sentencia impugnada, por tanto, no procede el yerro denunciado por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, al no existir la contradicción denunciada.

3.3.- CARGOS BAJO LA CAUSAL TERCERA:

La causal tercera, que también ha servido de fundamento para formular el recurso de los casacionistas, tiene como principio, tutelar la autonomía de la que gozan los jueces de instancia para examinar los hechos, actividad limitada a los tribunales de Casación. Sin embargo, la ley le atribuye

al Tribunal de Casación la posibilidad de revisar la apreciación que los jueces de instancia hubieren hecho de los medios de la prueba, únicamente, si al hacerlo violaron los preceptos jurídicos que rigen esta actividad valorativa, fundamentando su resolución en pruebas actuadas contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido.

Encontrándonos por la presente causal, en el caso de la infracción indirecta de la norma jurídica substancial, en el cual el vicio de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, ha generado la aplicación equivocada o inaplicación de otra norma de derecho; sin que baste citar el precepto infringido, sino señalando también la norma sustantiva que ha sido violada como resultado de la infracción al momento de valorar la prueba, cabe tener presente que los criterios valorativos del Juzgador que han ocasionado la insatisfacción del recurrente, no constituyen *per se* un elemento para oponer el recurso de casación, la ley expresamente exige para ello, se infrinjan las disposiciones jurídico positivas que regulan la apreciación de la prueba, demostrando que esta es absurda o que ha existido una evidente arbitrariedad; obligando aquello al recurrente a precisar el elemento lógico o principio de la sana crítica que se ha vulnerado, y que el juez estaba obligado a aplicar; y explicar cómo dicho error produjo el vicio que se alega; por ello es necesario que el recurrente: a) explique en qué consiste individualmente cada prueba mal apreciada o dejada de apreciar; b) Determine los preceptos jurídicos supuestamente violados en esa valoración de la prueba; c) Precise si la violación de la norma ha sido por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; y, d) Indique como tal violación ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho que hayan sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia.

3.3.1.- Amparada en la causal tercera la parte recurrente denuncia que en la sentencias tanto de primera como de segunda instancia, los juzgadores omiten hacer una valoración en conjunto de la prueba al momento de la resolución, por cuanto no se toma en cuenta el valor constante en la primera acta de finiquito, en donde se hace constar un rubro de bonificación voluntaria por \$10.298.78 imputable a cualquier reclamo posterior, que a pesar de que el juez a quo en la parte considerativa de la sentencia de primer nivel dispone se tenga en



cuenta para efectos de liquidar el rubro del artículo 185 del Código del Trabajo, emite un pronunciamiento omitiendo calcular este rubro; sentencia que al ser confirmada por el Tribunal ad quem adolece del mismo vicio de falta de aplicación en lo que respecta a esta prueba, lesionando de esta manera los derechos de la accionada, quien debe cancelar una liquidación superior a la que tiene derecho el trabajador. La compañía recurrente acusa que existe errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha traído como consecuencia la transgresión del artículo 42 numeral 1 del Código del Trabajo, obligando a la compañía a pagar una suma de dinero que no se adeuda al accionante.

3.3.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- Con la fundamentación presentada por los recurrentes, el problema jurídico a resolver consiste en: determinar si en la sentencia impugnada se ha producido violación de los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, al no haberse tomado en cuenta la prueba aportada por los accionados, en relación a las actas de finiquito presentadas.

3.3.2.1.- Al respecto es necesario puntualizar que la norma contenida en el Art. 115 se refiere la apreciación de la prueba en conjunto que realice el juez en base a su sana crítica; precepto que el profesor uruguayo Eduardo Couture lo señala como: *“... una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento...”* (Fundamentos del derecho procesal ci-

vil, Buenos Aires, Editorial B de F, cuarta edición póstuma, 2002, pp. 221-222). Este Tribunal recuerda a los recurrentes que el recurso de casación no es una tercera instancia, y que no está en la esfera de la Corte de Casación el revalorar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal de última instancia. Por ello, el recurso de casación es improcedente cuando se discuten las conclusiones de hecho del tribunal ad quem y se formula una distinta valoración de las pruebas que sirven de base a la sentencia, o se discute la simple eficacia probatoria de los elementos de convicción utilizados por el tribunal de última instancia, o se intenta una consideración crítica relativa a la falta de correspondencia entre los elementos probatorios utilizados por la sentencia y la conclusión que ellos motivan, o un disentimiento con la valoración de la prueba efectuada en el mérito o discutiendo su valor, o incidiendo de otro modo en el criterio de apreciación sobre su eficacia, o discrepando con los motivos de hecho expresados por la sentencia dictada por el tribunal ad quem; los jueces inferiores son libres para la apreciación de la prueba siempre y cuando no se demuestre evidente arbitrariedad o absurdo en dicha valoración, ya que no se puede recurrir de una sentencia por la sola discrepancia con la valoración de la prueba hecha por el tribunal de alzada. Al tener el recurso de casación el carácter extraordinario, su competencia se encuentra limitada a examinar las violaciones de derecho en la aplicación de las normas legales relativas a la valoración de la prueba, o de las reglas de la lógica, la experiencia o de la psicología, que el Juez debió aplicar en la valoración de la prueba. En conclusión como lo indica Fernando De la Rúa, el órgano casacional no puede inmiscuirse en la valoración de las pruebas que hace el juzgador *“sólo puede controlar si son válidas (control de legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (control de logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación”* (El recurso de casación en el derecho positivo, pág. 153).

3.3.2.2.- Confrontada la acusación con la sentencia y revisado el documento de finiquito de fs. 31, que es motivo de la acusación de falta de valoración por parte de los jueces de instancia, efectivamente se observa que en el acta de finiquito de fecha 9 de enero de 2006, al final de ésta, consta el

rubro: **“bonificación imputable a cualquier reclamo posterior 10.298,78”**, valor que no ha sido impugnado y por el contrario –según el mismo finiquito– fue recibido por el trabajador a satisfacción; ahora bien, si la referida acta fue considerada por el Tribunal ad quem al momento de resolver respecto del tiempo de servicios del trabajador, su contenido no fue atendido en su integralidad, por cuanto se omite tener en cuenta el monto de **“bonificación imputable a cualquier reclamo posterior”** y atribuirlo a la liquidación que corresponde al trabajador al haber sido aceptada la acción planteada, en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, pues el documento en cuestión debe hacer prueba plena en todo su contenido y para las dos partes en conflicto, no siendo permitido utilizarlo únicamente en lo que contribuya a uno de los contendientes, en desmedro de la otra parte litigante, de allí que, la denuncia formulada por la parte recurrente tiene asidero legal, por cuanto la resolución de los jueces de instancia al resolver el reclamo del trabajador respecto de la bonificación por desahucio, sin hacer la respectiva deducción del monto recibido en el acta de finiquito, imputable a cualquier reclamo posterior, trajo consigo la vulneración de los derechos de la compañía empleadora.

3.4.- CARGO BAJO LA CAUSAL PRIMERA:

La causal primera, se encuentra reservada para errores de derecho, en donde las alegaciones probatorias no son objeto de análisis; es procedente cuando no se han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, dentro de la hipótesis normativa adecuada, porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, porque no se ha aplicado la que corresponde, o porque aplicando la norma pertinente se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo; de invocarla, el recurrente al fundamentar la causal debe tener en cuenta, por un lado, que una norma sustancial tiene dos partes: un supuesto y una consecuencia y de no contenerlo, se complementa con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa; al respecto el doctor Santiago Andrade Ubidia, ha manifestado: *“... debe recordarse que toda norma jurídica 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; la segunda es una consecuencia, un efecto; cuando en una norma de derecho no se encuentran estas dos partes, es porque ella se halla incompleta y hay que comple-*

tarla o complementarla con otra norma o normas para formar la proposición jurídica completa...” (La Casación Civil en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, pág. 199); y por otro, se debe puntualizar el vicio o yerro, ya que éstos son independientes y se excluyen entre sí, y el no identificarlo o escoger el incorrecto, llevará al fracaso del recurso. 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: a) 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; b) 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, c) 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, ni las pruebas; pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Otro aspecto importante en esa 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.

3.4.1.- Al fundamentar la causal primera, los recurrentes consideran que los jueces de la sala de instancia, han interpretado de manera errónea tanto el precedente jurisprudencial obligatorio referido respecto de la impugnación de las actas de finiquito, como el artículo 595 del Código del Trabajo. Expresan que en los finiquitos que fueron debidamente aportados al proceso, no existe renuncia de derecho alguno ni omisión de rubros sino que más bien se le proporcionaron al actor todos los valores que le correspondían por ley; finiquitos suscritos de forma legal, manifiestan que los jueces de la sala como el juez aquo, incurrieron en una errada interpretación y aplicación indebida del precedente jurisprudencial publicado en el Registro Oficial 54 de 10 de abril de 2000, Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia y del artículo 595 del Código del Trabajo.



3.4.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- Con la fundamentación presentada, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si en la sentencia recurrida los jueces plurales han interpretado erróneamente el precedente jurisprudencial obligatorio, así como el artículo 595 del Código del Trabajo.

3.4.2.1.- Este tribunal recuerda al impugnante que el recurso de casación se lo plantea contra las sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las corte provinciales; no como en el presente caso que el recurrente se refiere al juez *a quo* o juez de primer nivel.

Respecto a la impugnación por esta causal, es menester puntualizar que la errónea interpretación se da, cuando el tribunal sin entrar a discutir la prueba de los hechos, al escoger la norma aplicable al caso, realiza una interpretación equivocada o inaceptable, afectando el contenido del texto legal y sus efectos, es decir el error ocurre cuando el juez/a reconociendo la norma aplicable al caso, eligiéndola correctamente, se equivoca en la interpretación en cuanto al alcance general y abstracto dándole un sentido contrario, haciendo derivar de ella consecuencias que no concuerdan con su contenido; son en estos dos momentos en los que se da el error de interpretación, y que la técnica jurídica recomienda plantearlos de este modo, esto es el acierto en la elección de la norma aplicable al caso, y luego el equivocado razonamiento que emplea el juez/a para justificar la interpretación que realiza en cuanto al alcance y sentido que se le quiere dar a la norma; en cambio, la indebida aplicación de las normas de derecho, se comete por el juzgador en el proceso intelectual de dictar sentencia, al equivocadamente atribuir una disposición legal sustantiva, general, impersonal y abstracta que regula una relación 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. En el caso que nos ocupa, la acusación formulada no subsume de manera específica ni determinada los hechos que denuncia en las hipótesis de estos vicios contemplados en la Ley Casacional, sino por el contrario la acusación simultáneamente fusiona sus argumentos para concluir que la sala y el juez a quo incurrieron en una errada interpretación y

aplicación indebida del precedente jurisprudencial obligatorio y el artículo 595 del Código del Trabajo; fusionando estos dos yerros en la imputación por la causal primera, sin especificar ni determinar exactamente cuál fue la intención de quien recurre, faltando al principio de taxatividad, sin que este Tribunal Casacional tenga facultades de presumir respecto de cuál era la intención de los casacionistas; de otra parte, el yerro debe ser determinante en la parte dispositiva del fallo, advirtiéndose que las normas invocadas como vulneradas a través de esta causal, no están inmersas en dicha parte resolutive, para examinar la existencia de los mencionados vicios, ya sea porque se erró en la interpretación de la disposición o por aplicación indebida de las normas jurídicas utilizadas por los juzgadores al momento de resolver la contienda. Particularidades que le restan eficacia a la censura por la causal primera.

CUARTO FALLO.- En orden a todo 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**, casa parcialmente la sentencia del tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 16 de mayo de 2016, a las 16h26 en los términos expresados en el numeral 3.3.2.2. de este fallo, disponiendo que en la liquidación de bonificación por desahucio que le corresponde al trabajador, sea descontado el valor recibido como bonificación imputable a cualquier reclamo posterior constante en el acta de finiquito de 9 de enero de 2006, esto es: bonificación por desahucio que se ordena pagar USD 14.181,80 – USD 10.298,78 = USD 3.882,82 valor que le corresponde en concepto del artículo 185 del Código del Trabajo; en lo demás se estará a lo dispuesto en la sentencia de segunda instancia. De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Casación se dispone se entregue el 50% de la caución a la parte actora y el otro 50% se devuelva a la parte demandada. Actúe el Dr. Segundo Ulloa, Secretario Relator encargado. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Efraín Duque Ruiz, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL.

III

Causa No: 0324-2016

Resolución No: 0247-2017

Fecha: 03 de abril de 2017, las 09h10

TEMA: El cálculo del tiempo de servicio para efecto de la jubilación patronal proporcional, más de 20 años y menos de 25 se considerarán años completos cumplidos y no fracciones de año, que solo se aplica en el caso de despido intempestivo.

ACTOR: Eddy Milagro Miranda Sacon

DEMANDADO: Compañía MADEPRON CIA. LTDA.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor presenta la demanda en contra de la Compañía MADEPRON CIA LTDA, manifiesta que prestó sus servicios para la empresa demandada desde el 9 de septiembre de 1993 cumpliendo funciones de operador de máquina, argumenta que a partir del mes de agosto del 2012 se presentaron irregularidades respecto al pago de sus remuneraciones, al igual que sus décimos y que se encontraba impago en sus obligaciones con el IESS, desde el mes de diciembre del 2010. Que con fecha 22 de abril del 2013 presentó una solicitud de visto bueno para dar por terminado el contrato de trabajo por disminución o falta de pago o de la puntualidad en el abono de la remuneración pactada. Si bien se asimila, en estricto derecho no constituye despido intempestivo ya que este le distingue la separación que sin desahucio o visto bueno realiza el empleador en contra de su trabajador y no se puede confundir este hecho con la voluntad del trabajador al acogerse a una de las causales puntualizadas en el Art. 173; y por ello los rubros que le corresponden son la indemnización del Art. 188 y la bonificación del Art. 185 del Código del Trabajo. En razón del rubro de jubilación que solicita el actor el mismo es procedente por así disponerlo el Art. 188 del Código del Trabajo.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la sentencia de primer nivel, el accionado interpone recurso de apelación, no hacen referencia como culminaron las relaciones de trabajo, por lo que hay lugar a la indemnización del Art. 188 y 185 del Código del Trabajo, no habiendo justificado el accionado los meses reclamados por el actor, es decir agosto a diciembre del año 2012 y de enero al 20 de mayo del 2013 en que las relaciones de trabajo culminaron por visto bueno valores que deberá pagar con el recargo determinado en el Art. 94 del Código del Trabajo. En lo referente a la Jubilación Proporcional, se establece que el actor no ha cumplido los veinte años de servicio continua o ininterrumpidamente en la compañía demandada, ya que ingresó a prestar sus servicios el 3 de septiembre de 1993 y las mismas finalizaron el 20 de mayo del 2013 con la resolución de visto bueno emitido por la autoridad laboral, por lo que consta como prueba en el proceso, el actor solo tiene 19 años, 8 meses y 19 días de labores, por lo que se desecha este reclamo, en consecuencia se reforma la sentencia venida en grado, disponiendo que la parte demandada pague al actor proporcional de décimo tercer y cuarto sueldo, proporcional de vacaciones, indemnización del Art. 188 y 185 del Código del Trabajo.



SÍNTESIS CASACIÓN

El actor interpone recurso de casación, fundamenta su recurso amparado en las causales quinta y primera del Art. 3 de la Ley de Casación, considera que infringe las siguientes disposiciones jurídicas Art. 76 de la Constitución de la República; 584 y 188 inciso cuarto y sexto del Código del Trabajo, 275, 276, 279, 280, 281 del Código de Procedimiento Civil y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que el Tribunal ad quem ha incurrido en la falta de aplicación del inciso cuarto del Art. 188 del Código del Trabajo, al negar el pago del proporcional de la jubilación patronal del actor de este juicio. “la fracción de un año se considerará como año completo”, es aplicable para el cálculo de la indemnización por despido intempestivo en aquellos casos que los trabajadores en la escala de labores registran haber prestado sus servicios lícitos y personales en una fracción de año, la misma que deberá según la norma calcularse como año completo. Sin embargo en el contexto de la disposición legal objeto del análisis, se evidencia que la misma no puede ser aplicada para efectos del reconocimiento de la pensión jubilar patronal proporcional, pues la norma es clara en señalar que este beneficio sólo corresponde a los trabajadores que de una parte hubieran cumplido 20 años y menos de 25 años de trabajo de forma continua o ininterrumpidamente para el mismo empleador, y, de otra, que la relación laboral hubiere concluido por despido intempestivo, al tenor de lo prescrito en la misma parte del inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0324-2016

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, lunes 3 de abril de 2017, las 09h16.-

VISTOS: ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio oral de trabajo seguido por Eddy Milagro Miranda Sacón en contra de la Compañía Industrias de Maderas Ecuatorianas Madepron C. Ltda. A través de su Gerente y Representante Legal Aldo Antonio Serini Castro y de Elva Luz Castro Herrera, en su calidad de Presidenta, a quienes demanda también por sus propios y personales derechos; la parte actora interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 3 de septiembre de 2015, a las 11h47, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, que reformó el fallo subido en grado disponiendo que se pague al actor los valores que constan en los considerandos séptimo, octavo y noveno de la decisión jurisdiccional recurrida. **b) Actos de sustanciación del recurso y cargos admitidos:** Mediante auto de 22 de abril de 2016, a las 14h41, el doctor Alejandro Magno Arteaga García, Conjuez de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso interpuesto por cumplir con los requisitos

formales establecidos en el artículo 6 de la Ley de Casación. **c) Cargos admitidos:** Se admitieron los cargos formulados al amparo de las causales quinta y primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por los doctores Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Merck Benavides Benalcázar y doctora Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en atención al Oficio N° 106-SG-CNJ de 1 de febrero de 2016, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: “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.”, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: “Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.”; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece: “La Sala Especializada de lo Laboral conocerá:

1. Los recursos de casación en los juicios laborales nacidas del contrato individual de trabajo;” en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Casación y el artículo 613 del Código del Trabajo; y del sorteo realizado de acuerdo al artículo 183 inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, cuya razón obra de autos.

SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación:

El actor fundamenta el recurso en las causales quinta y primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Considera que la sentencia recurrida infringe las siguientes disposiciones jurídicas: artículos 76 de la Constitución de la República; 584 y 188 inciso cuarto y sexto del Código del Trabajo; 275, 276, 279, 280, 281 del Código de Procedimiento Civil; y, 140 del Código Orgánico de la Función Judicial. El casacionista señala en su recurso: **2.1.** Que la resolución dictada por los Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, es contradictoria entre su parte considerativa y resolutoria en cuanto a la liquidación de las remuneraciones adeudadas al actor; **2.2.** Que el Tribunal ad quem ha incurrido en falta de aplicación del inciso 4 del artículo 188 del Código del Trabajo, al negar el pago del proporcional de la jubilación patronal, del actor de este juicio. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación.

TERCERO.- Ámbito del recurso de casación:

Este recurso procesal debe cumplir con requisitos para su calificación, admisión y procedencia, los cuales están determinados en la Ley; el recurso de casación tiene como finalidad el control de legalidad de las sentencias de instancia para la defensa de la normativa jurídica objetiva y por tanto de la seguridad jurídica, la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios que pudiere ocasionar a las partes procesales una decisión judicial que infrinja las disposiciones jurídicas aplicables. Ricardo Vescovi, 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, 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 in-

termedio 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). De conformidad con lo expuesto, el Ecuador al ser 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 deban garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución, los derechos fundamentales de los justiciables y el principio de seguridad jurídica; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, 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...” (Sentencia N° 066-10-SEP-CC, caso No. 0944-09-EP).

CUARTO.- Análisis del recurso interpuesto:

El recurso de casación se fundamenta en los siguientes cargos: **4.1. CAUSAL QUINTA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.** Con fundamento en esta causal el recurrente manifiesta que: “...la Sala en la parte dispositiva de su resolución es contradictoria con lo expresado en sus considerandos, por cuanto en el considerando NOVENO expresa que se manda a pagar las remuneraciones impagas correspondientes a los meses de Agosto a Diciembre de 2012 y de Enero a 20 de Mayo de 2013. Sin embargo, al momento de realizar la liquidación únicamente toma en consideración los meses de Marzo, Abril y remuneración hasta el 20 de Mayo de 2013 más el triple de recargo conforme manda la Ley”. En este sentido señala que los jueces de la Sala al momento de liquidar no consideraron “EL VALOR DE LAS REMUENRACIONES IMPAGAS QUE HABÍA ORDENADO MANDAR A PAGAR, ESTO ES, LOS MESES DE AGOSTO A DICIEMBRE DE 2012 Y DE ENERO DEL 2013 Y FEBRERO DE 2013...” **4.1.1. Identificación del problema jurídico:** De acuerdo con las alegaciones que constan en el recurso de casación



interpuesto por el accionante, se desprende que el problema jurídico radica en determinar si la sentencia dictada por el Tribunal ad quem, en su parte dispositiva adoptó una decisión contradictoria con lo expresado en sus considerandos, en relación a la liquidación de las remuneraciones no pagadas al actor por la Compañía Industrias de Maderas Ecuatorianas MADEPRON C. Ltda. **4.1.2. Consideraciones de la causal quinta:** La causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación considera inicialmente dos factores: el primero, “cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley.”; es decir, cuando la sentencia no se estructura por las partes: expositiva, considerativa y dispositiva, o la identificación de los justiciables, el lugar y la fecha de la expedición del fallo o la firma de quien o quienes la emitieron; la falta de una de estas partes o elementos vuelve susceptible de impugnación a la sentencia vía recurso de casación en la forma; y, el segundo factor tiene lugar cuando “en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”, vicio que la doctrina lo llama incongruencia del fallo; así la causal prevé defectos en la estructura de la sentencia, que pueden ser vicios de inconsistencia o incongruencia, y de contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva. Estos vicios deben ser perceptibles al analizar la decisión impugnada. En este sentido, el fallo será incongruente cuando se contradiga a sí mismo, pues las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes en todas sus partes; de ser las disposiciones del fallo contradictorias indudablemente que la sentencia no cumple con la misión de ser clara y precisa, provocando su inejecutabilidad. En cambio, será inconsistente cuando la conclusión del silogismo no esté debidamente respaldada por las premisas del mismo; mientras que la característica del fallo contradictorio es el hecho de que sus declaraciones se excluyan mutuamente, de modo tal que lo prevenido en la parte considerativa descarte lo dispuesto en la resolutive, ya que entre la una y la otra debe existir una relación de causa efecto y formas una unidad. Otro vicio imputable a la sentencia por medio de esta causal quinta, es la falta de motivación, garantía del derecho al debido proceso que, según el artículo 76 numeral 7 literal l dela Constitución de la República, consiste 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: l) Las resoluciones de los poderes pú-

blicos 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.”, norma concordante con el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial. **4.1.3. Examen de los cargos:** A continuación, se analizará el cargo formulado por el casacionista para resolver el problema jurídico planteado atendiendo a la naturaleza jurídica del recurso de casación y en virtud de la causal interpuesta. **4.1.3.1. La sentencia dictada por el Tribunal ad quem, en la parte dispositiva de su resolución, es contradictoria con lo expresado en sus considerandos, en relación a la liquidación de las remuneraciones no pagadas al actor por la Compañía Industrias de Maderas Ecuatorianas MADEPRON C. Ltda.** El recurrente al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, sostiene que la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, adolece de una contradicción entre lo expresado en sus considerandos y lo constante en la parte dispositiva. En este sentido el casacionista manifiesta que en el considerando noveno de la sentencia impugnada “se manda a pagar las remuneraciones impagas correspondientes a los meses de Agosto a Diciembre de 2012 y de Enero a 20 de Mayo de 2013...” sin embargo, al momento de liquidar el valor de las remuneraciones impagas tomó en cuenta únicamente los meses de marzo, abril y 20 días del mayo de 2013 más el triple de recargo que manda la Ley, esto es no efectuó la liquidación previamente dispuesta por el propio Tribunal relacionada con los meses de agosto a diciembre de 2012 y enero y febrero de 2013. En líneas posteriores agrega que de conformidad con los artículos 584 del Código del Trabajo; y, 275, 276, 279, 280 y 281 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia no podía ser revocada ni alterada, pero si ampliada o aclarada, conforme lo había solicitado en el recurso horizontal interpuesto. **4.1.3.1.1.** En relación al problema planteado y las acusaciones efectuadas, se observa que los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en el considerando noveno del fallo manifiestan: “REMUNERACIONES IMPAGAS: No habiendo la accionada justificado que ha pagado los meses reclamados por el actor, agosto a diciembre de

2012 y de enero al 20 de mayo de 2013, en que por resolución de visto bueno finalizaron las relaciones laborales, valores que deberá pagar con el recargo determinado en el art. 94 del Código del Trabajo”, y a continuación en la parte resolutive del fallo dispone entre otros que la parte demandada pague al actor de este proceso lo manifestado en el considerando noveno, conforme la liquidación que practica y que en la parte pertinente determina: “Por remuneraciones impagas (art. 94 C.T.): marzo y abril 2013: \$ 636,00 más triple \$ 1.908.00; por 20 días de mayo del 2013: \$ 212,00 más triple 636...”. De lo manifestado y una vez realizado el análisis integral del fallo, se observa que el Tribunal de alzada pese a que dispuso el pago de los meses de agosto a diciembre de 2012 y enero y febrero de 2013 omitió liquidar estos valores en la parte dispositiva de la sentencia, pues se observa que únicamente tomó en cuenta la liquidación de los meses de marzo, abril y mayo de 2013, lo que genera una contradicción entre la pretensión reconocida por el Tribunal y lo que liquidó en la parte resolutive, provocando la contradicción a la que hace referencia el actor con fundamento en esta causal, a consecuencia de lo cual se acepta el cargo del recurrente y se procede a liquidar los valores por el tiempo que el Tribunal de instancia dispuso en la sentencia recurrida: **remuneraciones adeudadas y no liquidadas**, según sueldo constante en la copias certificadas del certificado de aportaciones conferido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (fs. 20 a 34): **de agosto a diciembre de 2012= USD \$ 292 x 5 meses= USD \$1.460; enero y febrero de 2013= USD \$ 318 x 2 meses = USD \$ 636 SUMAN EN TOTAL: USD \$ 2.096**, cantidad que deberá agregarse al valor a pagar dispuesto en la sentencia de segundas instancia. **4.2. CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.** Al amparo de esta causal, el recurrente acusa que el Tribunal ad quem ha incurrido en falta de aplicación del inciso cuarto del artículo 188 del Código del Trabajo, que dispone que “La fracción de un año se considerará como año completo”, al negar el pago proporcional de la jubilación patronal, a la que el actor dice tener derecho **4.2.1. Identificación del problema jurídico:** De acuerdo con las alegaciones que constan en el recurso de casación interpuesto por la parte accionante, se desprende que el problema jurídico radica en determinar si el Tribunal ad quem transgredió el inciso cuarto del artículo 188 del Código del Trabajo, al negar al actor Eddy Milagro Miranda Sacón el pago proporcional de la pensión de jubilación patronal.

4.2.2. Consideraciones de la causal primera: La causal primera se configura en los casos de: “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 partes dispositiva”; es decir que está reservada a los errores de juzgamiento conocidos como “in iudicando”, cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios en donde los reproches probatorios son inadmisibles, pues ocurre cuando no se ha subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa a que corresponde, porque se ha aplicado una norma jurídica que no corresponde, porque no se ha aplicado la que corresponde, o porque aplicando la que corresponde se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo. Por tanto, quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto y una consecuencia y de no contenerlo se complementa con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente el supuesto de hecho y por tanto el efecto jurídico respectivo; de modo que si se fundamenta el recurso en esta causal se debe puntualizar el vicio o yerro, teniendo en cuenta que estos son independientes y se excluyen entre sí, y al no identificarlo o escoger el incorrecto, el recurso puede no surtir los efectos que la o el recurrente espera. En definitiva, se reitera que el análisis que realiza este tribunal en el conocimiento de las acusaciones formuladas al amparo de la causal primera, se circunscribe a determinar si, en función de los hechos reconocidos y establecidos en la sentencia recurrida, se han provocado las infracciones argumentadas por el casacionista. **4.2.3. Examen del cargo formulado por el actor:** A continuación, se analizará el cargo formulado por el casacionista para efectos de resolver el problema jurídico planteado, en atención a la causal interpuesta. **4.2.3.1. El Tribunal ad quem, transgredió el inciso cuarto del artículo 188 del Código del Trabajo, al negar al actor Eddy Milagro Miranda Sacón el pago proporcional de la pensión de jubilación patronal.** El recurrente al amparo de la causal primera considera infringido el inciso cuarto del artículo 188 del Código del Trabajo que dice: “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. Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año. En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinticinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código. Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje. Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones. Si el empleador en la indicada comparecencia no se ratifica en el despido constante en el escrito pertinente, alegando para el efecto que el escrito donde consta el despido no es de su autoría o de representantes de la empresa con capacidad para dar por terminadas las relaciones laborales, se dispondrá el reintegro inmediato del trabajador a sus labores” (Lo resaltado corresponde al Tribunal). En este sentido el actor manifiesta tener derecho al pago proporcional de la pensión de jubilación patronal, pues si bien no ha trabajado los veinte años, sino 19 años, 8 meses y varios días, la norma en referencia señala que la fracción de año se considerará como año completo. **4.2.3.1.1.** Al respecto, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, en relación a la jubilación proporcional, en el considerando décimo señala: “Atendiendo lo expresado en el inciso sexto del art. 188 del Código Laboral,

que indica ‘En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años y menos de veinte y cinco años de trabajo continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo a las normas de éste Código’, se establece que el actor no ha cumplido los veinte años de servicio continuado o interrumpidamente en la compañía demandada, ya que ingresó a prestar sus servicios el 3 de septiembre de 1993 y las mismas finalizaron el 20 de mayo del 2013 con la resolución de visto bueno, emitido por la autoridad laboral, por lo que, vistas las fechas el actor solo tiene 19 años, 8 meses y 19 días de labores, por lo que se desecha el reclamo”. **4.2.3.1.2.** En este contexto, se debe precisar que el artículo 188 del Código de Trabajo, se divide en varios apartados, así en el primer inciso, señala que el trabajador que fuere despedido intempestivamente por su empleador, tendrá derecho a ser indemnizado de conformidad con el tiempo de servicios que haya prestado. En el segundo y tercer inciso, establece la escala que deben observar tanto empleadores como autoridades laborales, para calcular la indemnización que le corresponde al trabajador que hubiere sido despedido intempestivamente, y en tal sentido, refiere en su inciso segundo: “Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración”, mientras que en el inciso tercero establece un límite al señalar: “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”. A continuación, en el inciso cuarto señala: “La fracción de un año se considerará como año completo”, el mismo que en el contexto normativo, se refiere a la indemnización por despido intempestivo, y que en relación a la escala y forma de cálculo antes referidas, precisa que si el trabajador no hubiere laborado un año sino solamente una fracción del año, esta se considerará como un año completo, pero se insiste, esta consideración surte efectos únicamente en cuanto a la liquidación de la indemnización por despido intempestivo. En el inciso quinto del referido artículo 188 del Código del Trabajo, dispone que, para el cálculo de la indemnización por despido intempestivo, se tomará como base la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido. El inciso sexto, establece la forma de calcular la remuneración mensual en los trabajos a destajo. En el inciso séptimo, el legislador ha considerado pertinente incluir el derecho del trabajador a percibir la jubilación patronal

proporcional, cuando hubiere sido despedido intempestivamente, siempre y cuando hubiere cumplido 20 años y menos de 25 años de trabajo continuada o interrumpidamente para el mismo empleador. Como se puede observar, esta disposición normativa es clara al señalar que para acceder a esta prestación se requiere haber cumplido un tiempo de trabajo que fluctúa entre los 20 años y menos de 25 años, en este sentido se debe entender que todo tiempo de trabajo menor a los 20 años queda excluido de esta prestación; por lo tanto, al ser la norma clara y precisa con respecto al tiempo de labores que debe cumplir el trabajador para acceder a esta prestación, es improcedente aplicar lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 188 *Ibidem*. El inciso octavo permite mejorar por acuerdo de las partes la indemnización por despido intempestivo. En los incisos noveno y décimo se establece el procedimiento que debe observar la autoridad de trabajo que conozca el despido, en aquellos casos en los que exista constancia escrita del empleador de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo. **4.2.3.1.3.** En el caso sub examine, los jueces de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 188 del Código del Trabajo, han “desechado” el reclamo del actor en torno al pago proporcional de la jubilación patronal, sin que este modo de resolver implique falta de aplicación del inciso cuarto del artículo 188 *Ibidem*, pues como se dejó expuesto en líneas anteriores la frase “La fracción de un año se considerará como año completo”, es aplicable únicamente para el cálculo de la indemnización por despido intempestivo en aquellos casos en que los trabajadores en la escala de labores registran haber prestado sus servicios lícitos y personales en una fracción de año, la misma que deberá según la norma calcularse como año completo. Sin embargo, en el contexto de la disposición legal objeto de análisis, se evidencia que la misma no puede ser aplicada para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación patronal proporcional, pues en ese sentido la norma es clara al señalar que este beneficio corresponde a los trabajadores que de una parte hubieren cumplido 20 años y menos de 25 años de trabajo de forma continuada o interrumpida para el mismo empleador; y, de otra, que la relación laboral haya concluido por despido intempestivo, al tenor de lo prescrito en la misma parte del inciso séptimo del artículo 188 del Código Laboral, lo cual no ocurre en el presente caso, en el que el trabajador acredita y reconoce ha-

ber laborado menos de 20 años, razón por la cual no se observa que el Tribunal ad quem haya incurrido en la falta de aplicación del inciso cuarto del artículo 188 del Código del Trabajo. En cuanto a los artículos 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que contiene las garantías básicas del derecho al debido proceso; y, 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece la obligación de los jueces de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, han quedado como simples enunciados, sin que de la lectura del recurso se evidencien los argumentos necesarios que conlleven a determinar qué tipo de infracción se acusa, esto es: “aplicación indebida”, “falta de aplicación” o “errónea interpretación” de las normas señaladas, por lo que se niega los cargos formulados por el recurrente, con relación a las normas invocadas. Por todo 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, casa parcialmente la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 03 de septiembre de 2015, a las 11h47, en relación a los sueldos no liquidados, del modo que consta en el numeral 4.1.3.1.1, debiendo pagar la cantidad de USD \$ 2.096 por dicho concepto; y, en los demás se estará a lo dispuesto en la sentencia dictada por el Tribunal Ad quem. Por tanto, los demandados deben cancelar al actor los rubros dispuestos en la sentencia de segunda instancia: USD \$ 11.707 más los sueldos impagos adeudados de agosto a diciembre de 2012 y de enero y febrero del 2013, por un valor de USD \$ 2.096, conforme la liquidación constante en el numeral 4.1.3.1.1 de este fallo, lo que da en **TOTAL: TRECE MIL OCHOCIENTOS TRES DÓLARES CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (USD \$ 13.803,54)**. Se calcularán los intereses respectivos según lo previsto en el artículo 614 del Código del Trabajo, en los rubros que corresponda. Sin costas ni honorarios que regulara. **CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.-**

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL.



IV

Causa No: 0834-2012

Resolución No: 0327-2017

Fecha: 08 de mayo de 2017, las 15h55

TEMA: Despido Intempestivo.- Ilegitimidad de Personería Pasiva. El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador. Por tanto no es obligación del trabajador saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una empresa o institución.

ACTOR: Fausto Alberto Galarza Padier

DEMANDADO: Banco del Austro S.A., Leonardo Guerra Hoyos

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor presenta la demanda laboral en contra de "BANCO DEL AUSTRO S.A., LEONARDO GUERRA HOYOS", manifiesta que laboró para la entidad demandada desde 1ro de abril del 2002 hasta el día miércoles 26 de diciembre de 2007, fecha en la se produjo el despido intempestivo, el juez de primer nivel, una vez analizada la resolución, desecha la excepción de ilegitimidad de personería planteada por el accionado. De los documentos procesales se establece que la relación laboral entre los hoy litigantes, no terminó de manera intempestiva, ni en forma unilateral por parte de su ex empleador, en tal virtud se niega el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo. Revisada la prueba documental aportada por el demandado se advierte que se encuentran incorporadas al proceso los roles de pago correspondientes desde abril del 2002 hasta diciembre de 2007 en el que constan las remuneraciones mensuales recibidas por el demandante, las que no son menores a las remuneraciones legales vigentes a cada período de trabajo del actor, por consiguiente se niega el pago de diferencias salariales que reclama el actor en su demanda. Constan las copias certificadas de los informes empresariales sobre la decimotercera remuneración y cuarta remuneración del pago realizado por estos conceptos, con respecto al pago de utilidades, copias certificadas que obran en el proceso, que se cancelaron dichos valores, no procede el pago de la bonificación complementaria por cuanto su vigencia permaneció hasta diciembre del año 1999, fecha en la que fue suprimida de la legislación laboral, no existe prueba de que el ex empleador no ha proporcionado ropa de trabajo durante la prestación de servicios del actor lo cual se niega esta reclamación, el pago por vacaciones está justificado con los documentos originales, por falta de prueba se niega el pago de horas suplementarias y extraordinarias, este juzgado no es competente para ordenar la falta de afiliación del actor al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por lo que deja a salvo el ejercicio de este derecho ante el órgano competente. Con respecto al pago de fondos de reserva, en virtud que el demandado no ha justificado se dispone que le cancele al trabajador el valor correspondiente por fondos de reserva. En cumplimiento de la Resolución emitida del Tribunal de la Ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el R.O. 138 de 1º de marzo de 1999, se cuantifica el rubro que se ordena pagar en el considerando "Sexto" de la sentencia.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Ante la inconformidad de la sentencia de primer nivel, el actor y el demandado interponen recursos de apelación, del contenido de la demanda se deduce que el demandado

es el BANCO DEL AUSTRO S.A., y el actor le atribuye la representación legal al señor Leonardo Guerra Hoyos, en calidad de Gerente Regional, sin embargo el actor no ha demostrado bajo ningún medio de prueba que el demandado ejerza la representación judicial de una institución. La Corte Provincial de Justicia, considera que no se puede subsanar como lo analiza la Jueza aquo, que le basta al trabajador dirigir la demanda contra la persona que ejerce función de dirección o administración, aun sin tener poder escrito. En consecuencia habiéndose contravenido la solemnidad tercera del Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, existe ilegitimidad de personería de la parte demandada o falta de legitimidad de personería como establece la ley, al no estar legalmente representada; por lo que en aplicación de la norma citada en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 349 y 1011 del indicado cuerpo legal; y habiendo la excepción, desestimando el recurso de apelación del actor y acogiendo el recurso del demandado se acepta la excepción de falta de personería pasiva y se desecha la demanda. En los términos señalados se revoca la sentencia subida en grado.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor interpone recurso de casación, recurso que lo fundamenta en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, las normas que considera infringidas son: Arts. 33, 76 numerales 1 y 7 letra 1 de la Constitución de la República; 7, 36 y 581 del Código del Trabajo y 113, 115, 122, 123, 124 y 132 del Código de Procedimiento Civil. Respecto a la alegación del trabajador que, el Tribunal ad quem ha incurrido en el vicio de errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, pues no se determinado quien es el representante legal del Banco del Austro S.A.; la sala considera, que no es obligación del actor saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una compañía, así como la jurisprudencia que se refiere la solidaridad pasiva, que establece que el trabajador puede interponer su demanda en contra de la persona bajo cuya dependencia ha laborado. En virtud de lo demostrado en el proceso se dispone que el Banco del austro S.A., a través de su apoderado, y este por sus propios derechos en forma solidaria pague al actor los valores calculados en el Considerando Primero de la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0834-2012

Juez Ponente: Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, lunes 8 de mayo de 2017, las 15h55.-

VISTOS:

ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio oral de trabajo seguido por Fausto Alberto Galarza Padier en contra de Leonardo Guerra Hoyos, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de Gerente Regional del Banco del Austro S.A., la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 03 de mayo

de 2012, a las 14h09, dicta sentencia en la que desestima el recurso de apelación del actor y acogiendo el recurso de apelación del demandado, acepta la excepción de falta de legitimidad de personería pasiva y desecha la demanda. Inconforme con esta resolución el actor interpone recurso de casación.

b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de fechas 26 de febrero de 2013, a las 08h25, la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, integrada por el Dr. Efraín Duque Ruiz; Dr. Alejandro Arteaga García y Dra. Consuelo Heredia Yerovi, resolvió admitir a trámite el recurso interpuesto, por cumplir con los requisitos formales



exigidos en el artículo 6 de la Ley de Casación. c) **Cargos admitidos:** Se admitieron los cargos formulados al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO.- COMPETENCIA: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia conformado por los doctores Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Paulina Aguirre Suárez y Dra. Rosa Álvarez Ulloa, en atención al Oficio N° 106-SG-CNJ de 1 de febrero de 2016, es competente para conocer y decidir el presente recurso de casación, al amparo de lo dispuesto en los Arts. 184 numeral 1 de la Constitución de la República que dispone: “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”; 184 del Código Orgánico de la Función Judicial que prescribe: “Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley”; y 191 numeral 1 *Ibidem* que dice: “La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo”, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y Art. 613 del Código del Trabajo; y del sorteo realizado de acuerdo al artículo 183 inciso quinto del Código Orgánico de la Función Judicial, cuya razón obra de autos.

SEGUNDO.-Fundamentos Del Recurso: El actor considera que en la sentencia recurrida sean infringido las siguientes normas: artículos 33,76 numerales 1 y 7 letra l de la Constitución de la República; 7, 36 y 581 del Código del Trabajo; y, 113, 115, 122, 123, 124 y 132 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta el recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. En estos términos fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de este Tribunal.

TERCERO: Del recurso de casación: Este remedio procesal debe cumplir con requisitos para sus calificación, admisión y procedencia, los cuales están determinados en la Ley; el recurso de casación tiene como finalidad el control de legalidad de las sentencias de instancia para la defensa de la normativa jurídica objetiva y por tanto de la seguridad jurídica, la unificación de la jurisprudencia y la reparación de los agravios que pudiere ocasionar a las

partes procesales una decisión judicial que infrinja las disposiciones jurídicas aplicables. Ricardo Vés-covi, 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 IEDEA, 1979, p. 25). Por su parte, 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). De conformidad con lo expuesto, el Ecuador al ser 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 deban garantizar en todo acto jurisdiccional los principios de supremacía de la Constitución, los derechos fundamentales de los justiciables y el principio de seguridad jurídica; por tanto, es necesario tener en cuenta como señala la Corte Constitucional, en la sentencia No. 066-10-SEP-CC, caso No. 0944-09-EP, que: “El establecimiento de la casación en el país, además de suprimir el inoficioso trabajo de realizar la misma labor por tercera ocasión, en lo fundamental, releva al juez de esa tarea, a fin de que se dedique únicamente a revisar la constitucionalidad y legalidad de una resolución, es decir, visualizar si el juez que realizó el juzgamiento vulneró normas constitucionales y / o legales, en alguna de las formas establecidas en dicha Ley de Casación...”.

CUARTO.- Análisis del recurso interpuesto: El recurso de casación se fundamenta en el siguiente cargo: **4.1. CAUSAL TERCERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN. 4.1.1.- Fundamentos del recurso:** Con fundamento en esta causal el actor acusa la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de

la prueba que han conducido a una equivocada aplicación de las normas de derecho, conforme consta en el recurso de casación propuesto, ya que a su decir, el Tribunal Ad-quem en la sentencia violó sus derechos consagrados en el Art. 33 de la Constitución y en el Código del Trabajo, así como en la Jurisprudencia, al manifestar que el actor no ha demostrado bajo ningún medio de prueba que el demandado ejercía la representación legal del Banco del Austro S.A., como tampoco que sea representante del empleador y que por el contrario ha quedado evidenciado que el Banco del Austro S.A., se encuentra representado legalmente por el economista Luis Patricio Rovayo Idrovo. En este sentido, el casacionista hace referencia a las resoluciones 63-94, publicada en el Registro Oficial 522 de 8 septiembre de 1994; 100-99 dictada por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial N° 249 de 5 de agosto de 1999; y, el Repertorio de Jurisprudencia Tomo XLVII julio-diciembre 1999, pág. 106, preparado por el Dr. Juan Larrea Holguín y José L. Chávez Rivera, en las que se indica que no es obligación del actor saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una compañía o institución, por lo tanto el trabajador puede dirigir su demanda contra las personas que ejercen funciones de dirección y administración aunque no tengan poder por escrito, pues basta que conozca el trabajador el nombre y la identificación de la persona bajo cuya dependencia efectivamente ha laborado, para que pueda entablar contra él una demanda, sin que esté obligado a indagar si efectivamente es o no representante legal de la persona jurídica.

4.1.2.- Identificación del problema jurídico: El problema jurídico radica en establecer si en el presente caso existe ilegitimidad de personería pasiva al haber sido demandado el Banco del Austro a través del señor Leonardo Guerra Hoyos.

4.1.3.- Consideraciones de la causal tercera: La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación procede por: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”. De lo expuesto se desprende que 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, yerro 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 artículo 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).

4.1.4. Examen del cargo.- El recurrente señala que la sentencia dictada por el Tribunal Ad-quem, ha incurrido en



el vicio de errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba lo que ha llevado a los jueces de segunda instancia a manifestar que el actor no ha demostrado bajo ningún medio de prueba que el demandado Leonardo Enrique Guerra Hoyos, ejercía la representación legal del Banco del Austro S.A., como tampoco que sea representante del empleador; con lo cual a decir del accionante, han contrariado la jurisprudencia que señala que no es obligación del actor saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una compañía; así como la jurisprudencia que se refiere a la solidaridad pasiva, que establece que el trabajador puede interponer su demanda en contra de la persona bajo cuya dependencia ha laborado; y, lo previsto en el artículo 36 del Código de Trabajo que enumera quienes son los representantes de los empleadores.

4.1.4.1.- La sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el Considerando Segundo manifiesta: “Obligación primaria y fundamental de los jueces y Tribunales es la de verificar la validez procesal presupuesto que conlleva el análisis sobre la observancia de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y que no se ha violado el trámite inherente a la naturaleza de la especie en forma tal que podría influir en la decisión...” y luego de analizar: la demanda en la que el actor incoó su acción en contra del “Banco del Austro S.A., representado por su Gerente Regional y Representante Legal el señor Leonardo Guerra Hoyos”; la certificación conferida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la que consta que el representante legal en su calidad de Gerente General es el economista Luis Patricio Robayo Idrovo; y, la confesión judicial rendida por el actor en la que declara conocer al señor Eco. Patricio Robayo Idrovo como Gerente General del Banco del Austro, concluye en líneas subsiguientes que al no haber demostrado el actor que el demandado ejerza la representación legal del Banco del Austro S.A., como tampoco que sea representante del Empleador, ha contravenido la solemnidad sustancial tercera del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil «por lo que en aplicación de la norma citada en concordancia con lo dispuesto en los artículos 349 y 1014 del indicado cuerpo legal; y habiendo la excepción de “ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA PASIVA O FALTA DE LEGITIMACIÓN AD PROCESUM”, planteada por el demandado, corres-

ponde acoger dicha excepción...», por lo que desecha la demanda. **4.1.4.2.-** En referencia a la impugnación realizada por el actor a la sentencia dictada por los jueces de segunda instancia, se debe tener en cuenta que el Art. 36 del Código del Trabajo, prescribe que son representantes de los empleadores: “(...) los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración aún sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador”; es decir, que en el ámbito laboral y por disposición expresa de la norma citada, para que ciertas personas sean consideradas como representantes de los empleadores, se atenderá dos criterios: el primero, que consiste en la denominación del cargo como director, gerente, administrador o capitán de barco; y, el segundo, el ejercicio de las funciones de dirección y administración, aunque tales personas no cuenten con un poder escrito y suficiente. Además y con el objeto de garantizar los derechos laborales del trabajador, ante la posibilidad de que el empleador para eludir sus responsabilidades haga actuar a nombre suyo a otras personas, se ha establecido en la norma objeto de análisis que, tanto empleador como representantes son solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador. En este sentido, la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto de la acción laboral contra quien ejerce funciones de dirección en los siguientes términos: “no es obligación del trabajador saber cuál es la persona que ejerce la representación judicial de una empresa o institución, para dirigir contra él su acción. Bástale dirigirse en la demanda, contra las personas que ejercen funciones de dirección y administración”. (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Fallos de Triple Reiteración Unidad de Capacitación-Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo II, 2004, P. 9-18), por tanto, no es obligación del actor conocer en detalle el nombre o razón social de sus empleadores, el tipo de sociedad o quienes son los representantes legales de la misma, pues solo se requiere conocer el nombre o nombres de las personas con quienes ha laborado bajo subordinación. En el caso sub júdice se constata que el trabajador dirige su demanda en contra del Banco del Austro S.A., que según el actor se halla representado por su Gerente Regional y Representante Legal el señor

Leonardo Guerra Hoyos, a quien demanda también por sus propios derechos, cumpliéndose con la citación mediante tres boletas conforme consta de las razones de citación (fs.5 del cuaderno de primer nivel), las mismas que se han entregado en la dirección señalada por el actor en su demanda y que dice corresponder a las oficinas del Edificio Banco del Austro S.A. Posteriormente, el demandado ha comparecido a juicio a través del Dr. Romel Armijos Peña y Dr. Marco Vallejo Jijón, autorizados legalmente mediante escritura de poder especial y procuración judicial suscrita ante la Dra. Mariela Pozo Acosta, Notaria Trigésima Primera del Cantón Quito, el 14 de abril del año 2008 (fs. 6-8 del cuaderno de primer nivel), observándose que el indicado documento de procuración judicial se encuentra firmado por el demandado y en cuyo pie de firma dice: “f) ING. LEONARDO GUERRA HOYOS APODERADO ESPECIAL BANCO DEL AUSTRO S.A.”. Así mismo consta del proceso que el Dr. Romel Armijos Peña, en calidad de Procurador Judicial del Ing. Leonardo Guerra Hoyos, en la audiencia preliminar, de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas solicita la práctica de varias diligencias, entre las cuales consta la contenida en el numeral 4 de su escrito de fs. 13 del cuaderno de primer nivel, a fin que el Banco del Austro S.A. remita “toda la documentación referente al pago de remuneraciones y más beneficios de ley, así como el contrato de trabajo, roles de pago o acreditaciones bancarias, etc., correspondientes al señor FAUSTO ALBERTO GALARZA PADIER...”. De igual forma, en el numeral 5 solicita se oficie al señor Director Regional del Trabajo del Austro, a fin de que remita “una certificación de los Informes Empresariales sobre la Décima Tercera, Décima Cuarta remuneraciones y Utilidades que el Banco del Austro S.A. presentó en dicha dependencia y de la que consta si el señor FAUSTO ALBERTO GALARZA PADIER, recibió o no los pagos de dichos rubros desde el año 2003 hasta el año 2007”. En el numeral 6, solicita que el señor “Director Regional del IESS, de la ciudad de Cuenca, certifique respecto del tiempo de servicios y de las aportaciones patronales que se han realizado a favor del señor FAUSTO ALBERTO GALARZA PADIER, con C.I. N° XXXX, por parte del Banco del Austro”. En este contexto, de las copias certificadas conferidas por el Banco del Austro S.A. y agregadas al proceso a petición de la parte demandada, se evidencia que los informes empresariales sobre participación en

utilidades remitidos por la referida institución bancaria al Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, correspondientes a los años 2003 y 2004 (fs. 66 a la 69 del cuaderno de primera instancia), registran al señor Leonardo Enrique Guerra Hoyos en la ocupación “Gerencia Regional”, quien además consta como beneficiario de la décimo cuarta remuneración en el informe empresarial remitido al Ministerio del Trabajo y Empleo correspondiente a los períodos de septiembre 01 al 31 de agosto de 2002 (fs. 86 y 87); y, de 01 de septiembre de 2006 al 31 de agosto de 2007 (fs. 96 y 97); a esto se debe agregar que a fs. 99 y 99 vta. Se halla el pliego de preguntas de la confesión judicial solicitada por el demandado Leonardo Guerra Hoyos por intermedio de su procurador judicial al señor Fausto Alberto Galarza Padier, que en la posición 1 pregunta: “Diga el confesante si es verdad que suscribió con el banco del Austro S.A., el 01 de abril del 2002, un contrato de trabajo. Se le exhibirá el contrato de trabajo al confesante”, a la que el actor responde “Si es verdad”, pregunta y respuesta de las que se establece que el contrato de trabajo reposaba en manos del demandado. Adicionalmente, llama la atención el contenido del recurso de apelación presentado por el procurador judicial del demandado Leonardo Enrique Guerra Hoyos (fs. 108), en el que textualmente dice: “Por no estar de acuerdo con la misma, en especial con el considerando sexto del citado fallo ni tampoco con el considerando séptimo en el que se liquida y se manda a pagar al Banco del Austro, en favor del actor los fondos de reserva, sin que exista fundamento y derecho para tal mandamiento...”, todo lo cual lleva a determinar que la actuación procesal del Ing. Leonardo Guerra Hoyos pone en evidencia el ejercicio pleno del derecho a la defensa de la institución demandada Banco del Austro con el objeto de demostrar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la institución demandada con relación al actor. En consecuencia, todos estos hechos determinan que si bien es cierto y conforme se desprende de la certificación emitida por la Superintendencia de Bancos y Seguros (fs. 15) en la cual consta que el Representante Legal del Banco del Austro S.A., es el economista Luis Patricio Robayo Idrovo, no es menos cierto que de conformidad con los documentos agregados al proceso por petición del legitimado pasivo, se evidencia que el demandado Leonardo Enrique Guerra Hoyos, fue Gerente Regional del Banco del Austro en la ciudad de Quito, y que inclusive firma el poder



especial que obra de fs. 6 a 8 del cuaderno de primer nivel, como apoderado Especial del Banco del Austro, y como tal facultó a sus procuradores judiciales Dr. Romel Armijos Peña y Dr. Marco Vallejo Jijón, para que: “a) (...) concurren en el referido juicio de trabajo con procedimiento oral a la Audiencia Preliminar de Contestación a la Demanda y Formulación de Pruebas (...) b) para que concurren en dicho juicio a la Audiencia Definitiva (...) c) (...) para absolver posiciones, transar con el actor (...)”. A esto se debe agregar que en la copia certificada conferida por la entidad bancaria, que contiene el informe empresarial sobre la décima tercera remuneración del período que va del 01 de diciembre de 2006 al 30 de noviembre de 2007 (fs. 74 y 75), consta que el señor Leonardo Guerra Hoyos recibió por este concepto la suma de “4.746,72”, valor mucho más elevado que el resto del personal de la nómina, y que se entiende que era cancelado en atención a las funciones desempeñadas por aquel. En cuanto a la solidaridad entre el empleador y sus representantes, en sus relaciones con el trabajador, prevista en el inciso segundo del citado artículo 36 del Código del Trabajo, ésta se fundamenta en la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores ante la posibilidad de que ciertos empleadores, para eludir sus responsabilidades, hagan que a su nombre obren otras personas; o que el representante al ejecutar actos en ejercicio de sus funciones, ocasione perjuicio en los derechos de las personas que trabajen bajo sus órdenes por cuenta de la empresa que representa. En el presente caso y en virtud de las consideraciones expuestas en líneas precedentes, el Tribunal casacionista llega a la convicción de que al haber sido demandado el señor Leonardo Guerra Hoyos, por sus propios derechos y por los que representa en calidad de Gerente Regional del Banco del Austro y habiendo el mismo contestado la demanda del modo como lo ha hecho, esto es a través de procuración judicial en la cual al insertar su firma y rúbrica, pone como pie de firma “f) ING. LEONARDO GUERRA HOYOS APODERADO ESPECIAL BANCO DEL AUSTRO S.A.”, como ha quedado expuesto, debe responder solidariamente por las obligaciones laborales demandadas. Por lo manifestado, este Tribunal determina que la sentencia emitida por la Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia, incurre en el yerro acusado por el recurrente al haber aceptado la excepción propuesta por el demandado de

“ilegitimidad de personería pasiva o falta de legitimación ad procesum”, que implica la incapacidad legal para comparecer en juicio; o, cuando hay falta o insuficiencia de poder o carencia de facultad legal para intervenir en representación o a nombre de otra persona conforme regula el Art. 100 del Código de Procedimiento Civil. **4.1.4.3.-** Del análisis efectuado se observa que la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al pronunciarse en sentencia sobre la ilegitimidad de personería del modo que lo ha hecho, ha incurrido en errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que manifiesta que la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que ha conducido a una equivocada aplicación del artículo 36 del Código del Trabajo, y de la jurisprudencia referida a la representación de los empleadores y a la solidaridad entre estos y sus representantes, como alega el recurrente, consecuentemente esta Sala encuentra procedente el recurso de Casación deducido por Fausto Alberto Galarza Padier, fundamentado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Por lo expresado, al haberse justificado la causal de casación propuesta por la parte recurrente, se admite el recurso de casación y de conformidad con la norma del artículo 16 de la Ley de Casación, procede a dictar sentencia de mérito. **QUINTO.-** Fausto Alberto Galarza Padier, en su demanda manifiesta que desde el día 1° de abril de 2002, hasta el miércoles 26 de diciembre de 2007 ha venido prestando sus servicios lícitos y personales a órdenes del Banco del Austro S.A., representado por su Gerente Regional Leonardo Guerra Hoyos, en la Sucursal mayor de la ciudad de Quito, en calidad de Jefe Regional de recuperaciones, percibiendo como salario la suma de quinientos dólares americanos mensuales, el mismo que ha sido cancelado íntegramente hasta el mes de diciembre de 2007. Refiere que el día miércoles 26 de diciembre de 2007, a las 08h15, en circunstancias que se prestaba a ingresar a su lugar de trabajo, fue impedido por el guardia de seguridad que ese encontraba laborando en ese momento, quien le manifestó que por orden del Gerente Regional y Representante Legal del Banco del Austro S.A., señor Leonardo Guerra Hoyos, no podía ingresar a trabajar, toda vez que, ya no era trabajador de dicha Institución Bancaria, por haberse dado por terminadas las relaciones laborales unilateralmente, con lo cual se ha producido el despido intempestivo, centrando sus pretensiones en los doce numerales que constan en

la demanda. Una vez que el demandado fue citado, conforme consta de las razones de fs. 5, se realiza la Audiencia Preliminar de Conciliación, Contestación a la Demanda y Formulación de Pruebas, a la que el demandado comparece a través de su procurador judicial el Dr. Romel Armijos Peña, y formula las siguientes excepciones: 1.- Negativa pura y simple a todos los fundamentos tanto de hecho como de derecho constantes en la demanda propuesta; y 2.- Ilegitimidad de personería pasiva o falta de legitimación ad procesum, señalando que el Ing. Leonardo Guerra Hoyos, no es Gerente Regional ni Representante Legal del Banco del Austro S.A., del cual tampoco tiene responsabilidad solidaria, por lo que al no tener legitimación en la presente causa, no le corresponde contradecir las reclamaciones y pretensiones formuladas por el demandante. En estos términos se traba la Litis y a continuación cada parte procesal formula la prueba de cargo y de descargo. A fs. 103 consta el acta de Audiencia Definitiva, llevada a efecto el 25 de agosto de 2008, a las 10h00, en la que no se recepta la confesión judicial del demandado, el mismo que a pesar de haber sido notificado legalmente, no ha comparecido a esta diligencia, razón por la que se lo ha declarado confeso al tenor del interrogatorio formulado por el actor, a excepción de las preguntas 6, 7 y 8; también se recepta la confesión judicial y juramento deferido del actor y finalmente las partes procesales presentan sus alegatos. Concluido el trámite, el Juez Cuarto del Trabajo de Pichincha, dicta sentencia aceptando parcialmente la demanda, y se dispone que el demandado BANCO DEL AUSTRO S.A., a través de su Representante Legal, el Ing. Leonardo Guerra Hoyos, por sus propios derechos, paguen al actor FAUSTO ALBERTO GALARZA PADIER, la cantidad de tres mil cuarenta y cuatro dólares con veinte y cuatro centavos, por concepto de obligaciones laborales adeudadas y honorarios profesionales; inconformes con la misma tanto actor y demandado en tiempo oportuno interponen recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que desestima el recurso de apelación del actor y acoge el del demandado, acepta la excepción de falta de legitimidad de personería pasiva y desecha la demanda. **SEXTO.-** En relación a que la parte demanda ha alegado como excepción que existe ilegitimidad de personería pasiva o falta de legitimación ad procesum, se observa que esta se produce cuando hay incapacidad legal para comparecer en juicio; o, cuando hay falta o insufi-

ciencia de poder o carencia de facultad legal para intervenir en representación o a nombre de otra persona conforme se desprende del contenido del Art. 100 del Código de Procedimiento Civil. En el presente caso y como quedó analizado en el numeral 4.1.4.2., de esta sentencia, el demandado señor Leonardo Enrique Guerra Hoyos, se ha desempeñado como Gerente Regional del Banco del Austro S.A. en la ciudad de Quito, y ha ejercido su derecho a la defensa y contradicción, conforme obra del proceso, por lo tanto es legitimado y en consecuencia el llamado por la Ley a contradecir las pretensiones del actor, deviniendo en improcedente la excepción de “ilegitimidad de personería pasiva o falta de legitimación ad procesum” alegada por la parte demandada. Por lo expuesto, al no haberse omitido solemnidad sustancial alguna ni violado el trámite sin que por tanto exista causa de nulidad, se declara la validez procesal. **SÉPTIMO.-** Presupuesto fundamental de esta clase de procesos, es la existencia de la relación laboral en los términos del artículo 8 del Código del Trabajo, pues de él nacen los derechos y obligaciones entre las partes. En el caso bajo examen consta agregado al expediente el contrato de trabajo suscrito entre la señora Amada Centeno Almeida como APODERADA del Banco del Austro y el señor Fausto Alberto Galarza Padier (fs. 17 del cuaderno de primer nivel), del cual se establece que entre el actor y la entidad bancaria demandada, representada actualmente por su apoderado Leonardo Guerra Hoyos, ha existido relación laboral. **OCTAVO.-** Probada la relación laboral, de conformidad con el artículo 42 numeral 1 del Código del Trabajo, la carga de la prueba se invierte, a consecuencia de lo cual corresponde a la parte demandada justificar que ha cumplido con las obligaciones constantes en la norma laboral indicada, por lo que una vez efectuado el análisis de las pretensiones del actor en su demanda y a falta de justificación de pago por parte del empleador, se dispone el pago de los siguientes rubros: **a)** Las vacaciones, pendientes de pago, de los períodos que van del 1 de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004, señalando que no se considera el documento de fs. 20 por cuanto el mismo no contiene la firma del actor de este juicio; del 1 de abril de 2006 al 31 de marzo del 2007; y, del 1 de abril de 2007 al 26 de diciembre de 2007. Dejando constancia que obran del proceso los documentos originales denominados “informe de actualización de personal”, que demuestran que el actor hizo uso efectivo de su derecho de vacaciones en los períodos del 2002 al



2003; del 2004 al 2005 y del 2005 al 2006. **b)** El pago de los fondos de reserva desde el año 2003 al 2007, de conformidad con el artículo 202 del Código del Trabajo, por cuanto el demandado no ha demostrado que el actor se encontraba afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y no haber constancia procesal de dicho pago. **NOVENO.-** Se niega el pago de los siguientes rubros: **a)** El pago de las diferencias salariales ya que de la prueba aportada al proceso, constan las transferencias realizadas a la cuenta bancaria del accionante (fs. 22 a 63 del cuaderno de primer nivel), cuyos valores no son inferiores a las remuneraciones legales vigentes en cada año de trabajo del actor, por tanto la parte actora no ha demostrado que existan diferencias salariales. **b)** El pago de los décimos tercero, cuarto y sexto sueldos, ya que obran del proceso las copias certificadas de los informes empresariales del año 2002 al año 2007, sobre el pago de la décimo tercera remuneración (fs. 74 a 85), y décimo cuarta remuneración (fs. 86 a 97), evidenciándose de esta forma que el actor de este juicio percibió los valores por los conceptos antes referidos durante todo el tiempo de la relación laboral. En cuanto al décimo sexto sueldo, este Tribunal señala que la Ley para la Transformación Económica en el Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 34 de 13 de marzo del 2000, estableció la unificación salarial y dispuso que dicho componente (décimo sexto) ya no se sea pagado en el sector privado, por tanto la vigencia de la referida remuneración adicional terminó el 13 de marzo de 2000. **c)** La ropa de trabajo, por cuanto no hay constancia procesal que permita determinar el valor de aquella. **d)** El pago por horas suplementarias y extraordinarias, que consta en la pretensión número 9 de la demanda, por falta de prueba de haber laborado en las indicadas jornadas. **e)** Los aportes personales y patronales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pues este Tribunal no es competente para disponer el referido pago ya que se trata de un procedimiento administrativo, por lo que se deja a salvo el derecho del actor a recurrir ante la entidad competente. **f)** Utilidades, porque la parte empleadora ha demostrado procesalmente que las mismas han sido canceladas (fs. 64 a 73). **g)** Los componentes salariales y bonificación complementaria, por cuanto los mismos ya no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico. **DÉCIMO.-** En cuanto a la alegación formulada por el actor, referida al despido intempestivo, se advierte: a) La abundante jurisprudencia que existe respecto del

despido intempestivo se pronuncia en sentido de que, el despido es un hecho que se produce en determinado momento y en un lugar específico, esto es, que la terminación de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empleador, ocurre bajo circunstancias de tiempo y espacio, salvo situaciones excepcionales a las que el legislador les otorga los mismos efectos que el despido. **b)** El tratadista Américo Plá Rodríguez, sostiene que el principio de continuidad es uno de aquellos en los que se fundamenta el derecho del trabajo y al analizar su noción y alcance, expresa: “Para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo...”, (Los Principios del Derecho del Trabajo, Biblioteca de Derecho Laboral, Edición actualizada, p. 151). **c)** Alfredo Montoya Melgar, al tratar sobre la extinción del contrato de trabajo a partir de la voluntad del empresario, analiza y desarrolla la institución del despido como “...el acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo. Se trata, pues, de un acto jurídico fundado en la autonomía negocial privada, que produce la extinción ad futurum del contrato por decisión del empresario y cuyos caracteres son: Es un acto unilateral del empresario; la extinción del contrato se produce por la sola voluntad de aquél, sin participación alguna de la del trabajador (...). Es un acto constitutivo; el empresario no se limita a proponer a otra instancia distinta de sí mismo la extinción del contrato, sino que es él quien realiza el acto extintivo (...) Es un acto recepticio; su eficacia pende de su conocimiento por parte del trabajador destinatario. Es un acto que produce la extinción contractual; los efectos del contrato se extinguen ad futurum por el acaecimiento de circunstancias posteriores a la celebración del pacto...”. (Derecho del Trabajo, Vigésima Primera Edición, Editorial Tecnos-Grupo Amazonas S.A.-2000, Madrid, pp. 461 y 462). **d)** Mario de la Cueva, en la línea de Montoya Melgar, al abordar sobre la estabilidad en el trabajo, distingue entre estabilidad absoluta y estabilidad relativa y al respecto sostiene: “Se habla de estabilidad absoluta cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada que deberá probarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje

en caso de inconformidad del trabajador. Y se habla de estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, mediante el pago de una indemnización...”. Observándose que a partir de esta concepción del jurista mexicano, en el Ecuador se ha adoptado en nuestra legislación laboral el principio de la estabilidad relativa. Por lo que de la doctrina como de la jurisprudencia a la cual nos hemos referido, se desprende que el despido intempestivo es un hecho unilateral, a través del cual el empleador pone fin a la relación laboral. Por lo que de la doctrina como de la jurisprudencia a la cual nos hemos referido, se desprende que el despido intempestivo es un hecho unilateral, a través del cual el empleador pone fin a la relación laboral, cuya consecuencia al probarse y declararse en juicio que la relación laboral ha concluido por la decisión unilateral de la parte empleadora, da derecho al pago de las respectivas indemnizaciones según cada caso. En el caso bajo examen, el actor señala que la declaratoria de confeso del demandado demuestra la existencia del despido intempestivo conforme la jurisprudencia que ha reproducido en el escrito de casación. En este sentido obra del proceso la demanda del actor en la que constan como pretensiones el pago de la indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo y la bonificación por desahucio de conformidad con el artículo 185 *Ibidem*. La parte demandada al contestar la demanda opuso la excepción de “Negativa pura y simple a todos los fundamentos tanto de hecho como de derecho constantes en la demanda propuesta”, al respecto, al referirse a esta excepción, Juan Isaac Lovato V. manifiesta “(...) al actor corresponde probar estos fundamentos, o sea los hechos que el propuso afirmativamente en la demanda y que han sido negados por el demandado” (Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1962, p. 188). De ahí que, conforme lo dicho y en virtud del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, que establece “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigante puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario”, por lo que la prueba del despido intempestivo alegado recayó sobre el actor de este juicio, quien en su demanda refiere que ha sido despedido el día miércoles 26 de diciembre de 2007 a eso de las 08h15, en circunstancias en que

el guardia de seguridad le ha impedido el ingreso a su lugar de trabajo, por orden del señor Leonardo Guerra Hoyos, Gerente Regional del Banco del Austro S.A. y con el propósito de demostrar lo afirmado, dentro de la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, solicita en su escrito de prueba (fs. 10 a 12) en el acápite XIX “Que se sirva señalar día y hora oportunos dentro de los cuales comparezca a su Despacho el señor LEONARDO GUERRA HOYOS, por sus propios derechos y en su calidad de Gerente Regional BANCO DEL AUSTRO S.A., personalmente y no por interpuesta persona, y rinda una confesión de acuerdo con el pliego de preguntas que oralmente realizaré en la audiencia de prueba (...)”, diligencia probatoria que no se cumple por inasistencia del demandado a causa de lo cual el juez A quo le declara confeso al tenor de las preguntas del interrogatorio formulado, a excepción de las preguntas 6, 7 y 8” conforme consta en el acta de audiencia definitiva, debiendo precisarse que las preguntas formuladas por el actor, que no fueron admitidas por el juez, estaban encaminadas a demostrar el despido intempestivo; esta particularidad, que sumada al hecho de que el actor al rendir su confesión judicial, particularmente al contestar la pregunta 6 del pliego de posiciones presentado por el procurador judicial del demandado, que dice: “¿Diga el confesante si es verdad que ni el Ing. Leonardo Guerra Hoyos, ni otro funcionario del Banco del Austro nunca le han expresado en forma verbal ni escrita para despedirle intempestivamente del trabajo en el Banco del Austro S.A.?” responde: “En este caso las agresiones del señor Leonardo Guerra Hoyos daban por entendido su afán de que renuncie”, poniendo en evidencia que existe una contradicción con lo aseverado en su demanda, esto es que el guardia de seguridad del Banco le impidió el ingreso a su lugar de trabajo, en tanto que al rendir la confesión judicial solicitada por su empleadora expresa que las agresiones del señor Leonardo Guerra Hoyos “...daban por entendido su afán de que renuncie”, además, dentro del proceso no se hallan demostradas las agresiones a las que hace referencia el actor, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que señala, que la prueba será apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que ha decir de Eduardo J. Couture: “Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ella interfieren las



reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos (...) tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Argentina-Buenos Aires, Tercera edición 1958, pp. 270-271). Por lo expuesto este Tribunal concluye que no procede el pago de la indemnización por despido intempestivo prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo y la bonificación por desahucio constante en el artículo 185 *Ibídem*, ya que procesalmente se ha verificado que la relación laboral inició el 1 de abril del 2002 y concluyó el 26 de diciembre del 2007, sin que el actor de la presente causa haya demostrado procesalmente que la relación laboral con el BANCO DEL AUSTRO S.A. terminó por voluntad unilateral del empleador, razón por la que no procede el pago de las pretensiones dos y tres de la demanda. **DÉCIMO PRIMERO.-** En cumplimiento de la Resolución emitida por la ex Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial N° 138 de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordena pagar en el Considerando Octavo de esta sentencia. Se toma como tiempo de servicio desde el 1 de abril del 2002 conforme consta del contrato de trabajo (fs. 17) hasta el 26 de diciembre del 2007 según el juramento deferido (fs. 103 vta.); y como última remuneración percibida en el mes de diciembre de 2007 y que consta en el estado de cuenta (fs. 62) esto es la cantidad de USD \$ 427,58: **a) Vacaciones pendientes de pago:** USD \$ 95,36 por el período de 1 de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004; USD \$ 150,91 de 1 de abril de 2006 al 31 de marzo del 2007; USD \$ 160,34 por el períodos de 1 de abril de 2007 al 26 de diciembre de 2007, lo que da un total de **USD \$ 406.61**. **b) Fondos de reserva:** 2003 USD \$ 193.32; 2004 USD \$ 229.46; 2005 USD \$ 237.11; 2006 USD

\$316.22; 2007 USD \$ 397.08; lo que suma la cantidad de USD \$ 1.373,19, más el 50% de recargo previsto en el inciso tercero del artículo 202 del Código del Trabajo USD \$ 686.60, lo que suma: **USD \$ 2059.79**, valor al que deberá incluirse el interés del 6% anual sobre cada uno de los fondos devengados, hasta el momento en que se cumpla con la obligación, valor que será calculado al momento de la ejecución de la sentencia, lo que da un total general de **DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS (USD \$ 2.466.40)**. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, en los términos de este fallo, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 03 de mayo de 2012, a las 14h09 y dispone que el Banco del Austro S.A. a través de su apoderado especial Ing. Leonardo Guerra Hoyos, y este por sus propios derechos en forma solidaria, pague al actor Fausto Alberto Galarza Padier, los valores calculados en el considerando Décimo Primero de esta sentencia y que ascienden a la suma de **DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON CUARENTA CENTAVOS (USD \$ 2.466.40)**, más los intereses en el rubro de vacaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 614 del Código del Trabajo vigente a la fecha. En los fondos de reserva, además se pagará el interés del 6% anual, sobre cada uno de los fondos devengados a partir de la fecha en que fueron causados y hasta el momento en que se cumpla con la obligación, intereses tanto de vacaciones como de fondos de reserva, que serán liquidados al momento de la ejecución de la sentencia. Con costas.- Se regula los honorarios del abogado del actor en el 5% del valor que se ordena pagar en sentencia. Actúe el Dr. Segundo Ulloa Tapia en calidad de Secretario Relator Encargado.-**Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL; Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Álvarez Ulloa JUEZA NACIONAL (E).

V

Causa Nro. 2891-2016
Resolución Nro. 0457-2017
Fecha: 15 de junio de 2017, a las 09h07

TEMA: La jubilación patronal global debe tener el carácter de consensual, esto es, con el acuerdo de voluntades del trabajador y del empleador, pero de ninguna manera podría ser impuesta, ni aun mediante decisión judicial.

ACTOR: Martha Victoria Bajaña Briones

DEMANDADO: Asociación de profesores de la Universidad de Guayaquil, A.P.U.G", en la persona del Ab. Sergio Marzo Vanegas

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora, presenta la demanda laboral en contra de "ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL, A.P.U.G", manifiesta que laboró para la entidad demandada desde el 5 de agosto de 1980 hasta 31 de diciembre de 2012, que la relación laboral culminó en virtud de su decisión libre y voluntaria para acogerse a la jubilación patronal, que se suscribió un acta de convenio en el que consta la aceptación de las partes respecto a los valores por la liquidación de haberes a favor de la trabajadora incluida una bonificación de desahucio pagada voluntariamente y aceptación del cálculo de la pensión jubilar patronal mensual con la correspondiente determinación de los valores por pago anticipado de la jubilación patronal. Revisada el acta de convenio se establece que no se refiere a fondo global, así como tampoco queda extinguida la obligación del pago de las pensiones jubilares adelantadas por 10 años, hecho que no ha sido negado por el demandado en consecuencia se concluye de que los valores acreditados por pensión jubilar se proceda a deducir de los veinte mil dólares recibidos por la actora de las pensiones jubilares canceladas más las pensiones adicionales de la siguiente manera \$ 245,71 x 12=2948,52 x 5años 8 meses =16.707,68. Lo que representa los valores cancelados por pensiones jubilares adelantadas. El juzgado declara parcialmente con lugar la demanda y se dispone que la entidad demandada pague a la actora las pensiones jubilares más las pensiones adicionales de la ley, con la salvedad que al momento de su ejecución de la sentencia se descontará lo cancelado por el demandado a favor de la actora por concepto de pensiones jubilares adelantadas.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La actora inconforme con la sentencia de primera instancia, interpone recurso de apelación, en lo principal de su recurso solicita el pago de los beneficios sociales establecidos en el Art. 42, numeral 1 del Código del Trabajo, la proporción de décima tercera y cuarta remuneración, vacaciones, y jubilación patronal. De autos se ha demostrado la existencia que del acta convenio celebrados entre las partes, en donde constan que las obligaciones que la demandada tenía para con la trabajadora ya han sido satisfechas a favor de ésta, siendo por tanto improcedente realizar cálculo alguno, más aun que la accionante en su libelo de su demanda, no ha impugnado los documentos antes descritos, con estos antecedentes el Tribunal de apelación, revoca la sentencia recurrida, declarando sin lugar la demanda por indemnizaciones laborales y jubilación propuesta por la ex trabajadora en contra de la entidad demandada.



SÍNTESIS CASACIÓN

La actora interpone recurso de casación, fundamentando el recurso en la causal 3 del Art. 3 de la Ley de Casación. Las normas que considera infringidas son Arts. 11 numeral 8; 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador, artículos 4, 7, 169 del Código del Trabajo; fallos de tripe reiteración sobre Jubilación Patronal. En su recurso la actora manifiesta: haber laborado por más de 25 años ininterrumpidamente, y por tanto tener derecho a la jubilación patronal.- La jubilación patronal globalizada debe tener el carácter de consensual, esto es, con el acuerdo de voluntades del trabajador y empleador, pero de ninguna manera podría ser impuesta ni aun mediante decisión judicial. La obligación del empleador es el de reconocer el pago de una pensión mensual vitalicia, no obstante como una excepción se establece la posibilidad de que mediante un acuerdo se le entregue un sólo valor a esto le llaman fondo global, que debe cumplir con los requisitos previstos en el Art. 216. 3 del Código del Trabajo, pues el derecho de la trabajadora percibir la pensión jubilar una vez de deducidos los valores recibidos, es intangible, irrenunciable e imprescriptible. Por estas consideraciones casa la sentencia, dejando a salvo el derecho de la accionante para reclamar el pago de jubilación patronal cuando se hubiere devengado el valor total recibido en concepto de anticipo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 2891-2016

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, 15 de junio del 2017, las 09h07.-

VISTOS.- Antecedentes: a) Relación de la causa impugnada:

En el juicio de trabajo seguido por María Victoria Bajaan Briones en contra de la "Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil, A.P.U.G", en la persona del Ab. Sergio Marzo Vanegas, por los derechos que representa y por sus propios derechos; la actora interpone recurso extraordinario de casación de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas de 16 de marzo de 2016, las 15h44, que revoca la sentencia recurrida, declarando sin lugar la demanda. **b) Actos de sustanciación del recurso:** Mediante auto de 2 de marzo de 2017, las 12h12 la Dra. María Teresa Delgado Viteri, Conjueza de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, admite a trámite el recurso presentado. **c) Cargo admitido:** El cargo admitido en relación al recurso de casación es por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Encontrándose en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala es competente para conocer el recurso de casa-

ción 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, por lo que corresponde a este Tribunal la resolución del recurso 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 del recurso de casación:** El recurso de casación motivo de este análisis se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Las normas de derecho que considera infringidas son: artículos 11 numeral 8; 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 4; 7; 169 del Código del Trabajo; Fallos de Triple reiteración sobre Jubilación Patronal. 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. **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; este recurso tiene como finalidad el control de la legalidad de las sentencias de instancia, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva y la unificación de la jurisprudencia, en orden a un interés público; y la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido, en la esfera del interés particular del recurrente. El tratadista Humberto Fernández Vega, señala que: “*El recurso de casación, en su base política y jurídica, tiene por objeto velar por la recta y genuina aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo la infracción de la misma, y logrando en esta misión, al ser ejercida por un mismo y sólo tribunal, la uniformidad de la jurisprudencia. Esta finalidad de interés público, el respeto de la ley, sobrepasa en importancia a aquella otra de orden privado, cual es la reparación de los agravios que se pueden inferir a las partes con las resoluciones violatorias de la ley.*” (Fernández Humberto, El recurso extraordinario de Casación Penal, Leyer Editorial, Bogotá - Colombia, pág. 79).- El autor Luis Armando Tolosa Villabona señala respecto a la casación que: “... el marco filosófico político de la Casación en general, permite deducir que este recurso no sólo en Colombia, sino en el derecho occidental, tiene como finalidad la defensa de las garantías fundamentales en cuanto pretende defender el principio de legalidad y el debido proceso frente a la arbitrariedad de las decisiones judiciales en la aplicación de la ley material o procesal.” (Tolosa Luis, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones doctrina y Ley Ltda., Bogotá - Colombia, 2005, pág. 87). **CUARTO.- Motivación:** Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución.- En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y coherentes, sustentados en el ordenamiento legal vigente y en principios del derecho, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordina-

ria 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.*” (La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, págs. 407-408). **QUINTO: ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN:** El recurso de casación se fundamenta en el siguiente cargo: **5.1.- CAUSAL PRIMERA: 5.1.1.- Fundamentos del recurso en la causal primera:** La actora alega que en el numeral octavo de la sentencia recurrida se establece conforme a derecho la existencia de relación laboral y el tiempo de servicio, es decir, desde el 8 de mayo de 1980 hasta el 8 de abril de 2013 (32 años, 9 meses, 0 días), por lo tanto afirma haber trabajado más de 25 años ininterrumpidamente y tener derecho a la jubilación patronal, derecho que la sentencia no reconoce y declara sin lugar, violando por falta de aplicación los artículos 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 4 y 7 del Código del Trabajo. Que, en el numeral Undécimo de la sentencia se hace un análisis de la figura jurídica del despido y del artículo 169 del



Código del Trabajo, declarando sin lugar el despido intempestivo; sin considerar que en la legislación laboral ecuatoriana, dentro de las “causas para la terminación del contrato individual”, no existe la figura jurídica de la renuncia, por lo tanto si la terminación de la relación laboral fue el 31 de diciembre del 2013, según como lo establece el acta de convenio de fecha 4 de febrero de 2013, por lo que resulta ilógico que la actora presente su renuncia el 8 de abril de 2013; es decir 4 meses después de la terminación de la relación laboral; además que en el expediente no consta la aceptación de la renuncia por parte del empleador; por lo que considera que los jueces aplican indebidamente el artículo 169 del Código del Trabajo. Que, la sentencia al declarar sin lugar la demanda con sus pretensiones de indemnizaciones y jubilación patronal, viola los principios de aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución como irrenunciables e intangibles. **5.1.2.- Identificación del problema jurídico:** El problema jurídico así planteado consiste en establecer si en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de los artículos 11 numeral 8 y 326 numerales 2 y 3 de la Constitución, en concordancia con los artículos 4 y 7 del Código del Trabajo y de los Fallos de Triple reiteración; así como la indebida aplicación del artículo 169 del Código del Trabajo; al haberse desechado las pretensiones de la accionante relativas a indemnización por despido intempestivo y jubilación patronal.- **5.1.3.- Consideraciones sobre la causal primera:** 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: a) 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; b) 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, c) 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 ni las pruebas; pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Otro aspecto importante en 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.- **5.1.4.- Examen circunstanciado de los cargos: Primer cargo:** La recurrente acusa a la sentencia impugnada de incurrir en falta de aplicación de los artículos 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República; 4 y 7 del Código del Trabajo; porque a pesar de haber demostrado que laboró bajo la dependencia de la Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil A.P.U.G, durante 32 años, 9 meses no se reconoce su derecho a percibir la jubilación patronal que le corresponde.-Revisada la sentencia y confrontada con los yerros que se alegan, se obtiene: En el Considerando Octavo de la sentencia se establece la existencia de relación laboral entre las partes; señalando que ésta fue aceptada por la parte demandada.- En el Considerando Duodécimo se pronuncia respecto a que una de las pretensiones de la actora en su demanda es la reliquidación del pago recibido en concepto de jubilación patronal; derecho que a criterio del Tribunal de alzada fue satisfecho, por así reconocerlo la actora en el documento de fs. 93 y por así demostrarse con un “acta de convenio celebrada entre los hoy debatientes” que obra a fs. 87. Como analiza el Tribunal Ad-quem una de las pretensiones de la actora en su demanda es que se ordene el pago de la pensión jubilar global hasta los 81 años de edad. En el convenio celebrado entre las partes que obra de fs. 88 a 89 (no

87 como señala el juez plural), al que se refiere la sentencia en la cláusula Tercera se estipula: “*Por la renta mensual que por ley le corresponde recibir a la señora María Victoria Bazaña Briones de \$ 245,71 por jubilación patronal se le hará la entrega de \$ 20,000*”.- El artículo 216 del Código del Trabajo, determina que, el trabajador que hubiere prestado servicios continuos e ininterrumpidos por veinticinco años o más para un mismo empleador, tendrá derecho a la jubilación patronal. De acuerdo a las reglas que contempla esa disposición, este beneficio podrá ser percibido bajo dos modalidades: a) La primera, mediante el pago de una pensión fija mensual que se calculará siguiendo las reglas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación respecto de los coeficientes, tiempo de servicio y edad. b) Esta disposición establece una segunda posibilidad que es cuando el trabajador solicite que el empleador deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste lo jubile por su cuenta, o que el empleador le entregue directamente un fondo global en base a un cálculo debidamente fundamentado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinadas en la ley, para que el trabajador administre ese capital por su cuenta; estableciendo además que el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración mínima unificada sectorial que corresponda al puesto que ocupa el jubilado al momento de acogerse al beneficio multiplicado por los años de servicio.- En este caso, se exige además que el acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador.- Esta última parte de la disposición establece que la denominada “*jubilación patronal globalizada*” debe tener el carácter de consensual, esto es, con el acuerdo de las voluntades del trabajador y del empleador, pero de ninguna manera podría ser impuesta, ni aún mediante decisión judicial. En consecuencia, la obligación del empleador, y por tanto, el derecho del trabajador, es el de reconocer y pagar la jubilación patronal, mediante el pago de una pensión mensual vitalicia, más los adicionales de ley; sin embargo, como excepción, se establece la posibilidad de que mediante acuerdo el ex trabajador y el empleador, puedan acordar la entrega de un solo valor (fondo global), pero esta segunda opción no es obligatoria,

sino producto de la voluntad de las partes.- Ahora bien, en el caso en estudio en el Acta Convenio a la que se hizo referencia, se realiza el cálculo de la pensión de jubilación patronal mensual que por Ley le corresponde a la accionante fijando la misma en la cantidad de USD 245,71 y luego se le entrega la cantidad de USD 20,000; suscribiendo el acta tanto el empleador como la trabajadora; sin que la trabajadora, hoy recurrente hubiere demostrado, como se analiza en la sentencia impugnada que su decisión y suscripción del convenio adolezca de uno de los vicios del consentimiento previstos en el artículo 1467 del Código Civil. En el convenio mencionado a través del cual se liquidan cuentas con la trabajadora no se pacta que la cantidad entregada constituye un fondo global de pensiones jubilares; observándose además que dicho convenio no ha sido celebrado ante un notario o autoridad judicial o administrativa competente, con lo cual se extinguiría definitivamente la obligación del empleador; por tanto, no constituye un pago de fondo global que cumple con los requisitos previstos en el artículo 216.3 del Código del Trabajo, debiendo entonces entenderse que el valor recibido por la accionante es un pago adelantado de las pensiones jubilares mensuales cuantificadas en USD 245,71 hasta que se encuentren cubiertas.- La pretensión de la actora en su demanda y por tanto lo que constituye materia de la litis es que se ordene el pago del fondo global de pensiones jubilares hasta la edad de 81 años; pretensión que deviene en improcedente; pues como ya se analizó para que la persona trabajadora reciba en concepto de jubilación patronal un fondo global, el acuerdo al que lleguen las partes debe celebrarse en la forma prevista en el artículo 216.3 del Código del Trabajo, lo que no ocurrió; sin que corresponda a los juzgadores ordenar el pago de un fondo global, que debe ser consensuado. No obstante ello, si la pretensión de la accionante fue la de que se ordene el pago de la diferencia entre lo pagado en concepto del valor recibido en el concepto ya señalado, para establecer si no existe renuncia de derechos de la trabajadora, se procede a calcular la pensión mensual vitalicia aplicando las reglas del artículo 216 del Código del Trabajo: Pensión mensual USD 245.71 (pensión fijada en forma correcta en el acta convenio de fs. 88 a 89).- Pensiones vencidas desde el día siguiente de terminación de la relación laboral hasta la de la sentencia: 1 enero 2013 hasta abril 2017: USD 245.71 x 52 meses = USD 12,776.92.- Décimo tercera pensión: enero



2013 a noviembre 2016 = USD 962,36.- Décimo cuarta pensión; enero 2013 a marzo 2017 = USD 1,514,50.- Total General = USD 15,253.78.- La actora recibe un pago anticipado de USD 20,000; por tanto a la fecha en que se presenta la demanda y se emite esta resolución, si bien no existe perjuicio para la trabajadora; al considerar el Tribunal Ad-quem que con el pago anticipado de la pensión jubilar se ha extinguido la obligación, incurre en falta de aplicación del artículo 326.2 de la Constitución de la República; pues el derecho de la trabajadora a percibir y reclamar la jubilación patronal mensual vitalicia, una vez que se hubiere devengado las pensiones con el valor recibido, es intangible, irrenunciable e imprescriptible; por tanto al verificarse el yerro mencionado corresponde casar la sentencia dejando a salvo el derecho de la trabajadora para accionar, de así considerarlo, cuando ocurra el evento señalado; o llegar a un acuerdo con su empleador respecto al pago de un fondo global, debidamente calculado aplicando la disposición contenida en el artículo 216.3 del Código del Trabajo y celebrado ante autoridad competente.- **Segundo cargo:** En cuanto a la indebida aplicación del artículo 169 del Código del Trabajo; porque según alega la recurrente en esta norma no consta como una de las formas de terminar la relación laboral la renuncia voluntaria, este Tribunal observa, que si bien en el Considerando Undécimo de la sentencia el Tribunal de alzada, llega a la conclusión que la relación laboral terminó por renuncia voluntaria presentada por la trabajadora (fs. 91) y aceptación de la misma, lo cual constituye un acuerdo entre las partes; es incoherente que la actora hubiere presentado renuncia el 8 de abril de

2013, cuando, según el convenio de fs. 88 a 89 la relación laboral terminó en diciembre de 2012; por tanto como consta en el convenio la actora ha expresado su voluntad de no continuar laborando para acogerse al beneficio de la jubilación patronal; pretensión acogida por el empleador al celebrar el “Acta Convenio” y liquidar cuentas con la trabajadora; es decir esta relación laboral termina por acuerdo entre las partes; siendo improcedente su pretensión de que se ordene el pago de la indemnización y bonificación que por despido intempestivo prevé la Ley, como se pronuncia el Tribunal de alzada; por tanto esta acusación no prospera.- **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**, en los términos del numeral 5.1.4 de este fallo, casa la sentencia dictada, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 16 de marzo de 2016, las 15h44 y se desecha la demanda, dejándose a salvo el derecho de la accionante para reclamar el pago de jubilación patronal cuando se hubiere devengado el valor total recibido en concepto de anticipo, de así considerarlo. Actúe el Dr. Segundo Ulloa Tapia, en calidad de Secretario Relator encargado.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**
f) **Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Rosa Jacqueline Alvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E); Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.**

VI

Causa Nro. 1472-2014
Resolución Nro. 0496 -2017
Fecha: 26 de junio de 2017, a las 14h28

TEMA: Despido intempestivo a la mujer en estado de gestación. Para que sean aplicables las garantías de la mujer en estado de gestación, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora.

ACTOR: Vilma Alexandra Rojas Rey

DEMANDADO: Cooperativa de Ahorro y Crédito Progreso CIA. LTDA., REP. LEGAL. Iván Tobar

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora, presenta la demanda laboral en contra de " COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO PROGRESO CIA LTDA", argumenta que laboró para la entidad demandada desde marzo del 2008, hasta junio de 2008, fecha en la que se produjo el despido intempestivo, pese a que se encontraba en estado de gestación y que fue comunicado a su empleador, el juez de primera instancia, una vez analizada la demanda y las pruebas aportadas en el proceso, procede a cuantificar los rubros mandando a pagar entre otros la indemnización prevista en el Art. 154 del Código del Trabajo, que es el despido a la mujer en estado de gestación.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Ante la inconformidad de la resolución de primera instancia, tanto actor y demandado, interponen recurso de apelación, de las pruebas agregadas al presente recurso, el Tribunal, determina que la actora logra probar de manera fehaciente y suficiente el hecho del despido intempestivo. Por lo tanto procede el reconocimiento del Art. 188 del Código del Trabajo, rechaza por falta de prueba el pago de la indemnización prevista en el Art. 154 del Código del Trabajo, por cuanto el inciso tercero es claro al expresar: "salvo en los casos determinados en el Art. 172 de este código la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, ni de desahucio, desde la fecha que inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y a falta de este por otro facultativo"; pues revisado el proceso no se halla como recaudo probatorio, el certificado médico otorgado por un Facultativo del IESS, o por otro facultativo a falta de éste. Esta prueba es de tarifa legal, y no puede ser reemplazada con prueba testimonial alguna. En virtud de ello, el Tribunal, acepta parcialmente el recurso de apelación y reforma la sentencia subida en grado, y ordena se cancele a la actora sólo: décima tercera y cuarta remuneración, vacaciones, remuneración de los 16 días del mes de junio más el recargo establecido, indemnización por despido intempestivo.



SÍNTESIS CASACIÓN

La accionante interpone recurso de casación, quien fundamenta su recurso en la casual primera del Art. 3 de la Ley de Casación, considera infringidas las disposiciones de los arts. 33, 326 numerales 1,2 y 3 de la Constitución de la República; 4, 5, 7 y 154 del Código del Trabajo. En virtud de lo analizado y como se señala en la sentencia de primer nivel, la trabajadora comunicó de su estado gestacional con anterioridad a la notificación de terminación de la relación laboral. Precisa manifestar que el hecho del embarazo, no se encuentra controvertido en modo alguno por la entidad accionada a través de quienes han comparecido a juicio; así las cosas, se tiene por cierto el embarazo. Además señala que para que sean aplicables las garantías de la mujer en estado de gestación, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; en cumplimiento a la Resolución de triple reiteración Nro. 06-2016 emitida por la Corte Nacional de Justicia, corroborado que ha sido el hecho que el empleador conocía del estado gestacional de la actora se dispone el pago de la que trata el inciso final del Art. 154 del Código del Trabajo, esto es el pago de un año de remuneración. Como este rubro sí ha sido dispuesto por el juez a quo se deja en firme la resolución de primer nivel. Por las consideraciones que anteceden, casa la sentencia recurrida.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1472-2014

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO LABORAL.-

Quito, lunes 26 de junio del 2017, las 14h28.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

1.1. Relación de la causa:

La señora Vilma Alexandra Rojas Rey, ha comparecido ante el juzgado laboral de Quito, demandando varios haberes e indemnizaciones laborales de su ex empleadora, la Cooperativa de Ahorro y Crédito Progreso Cía. Ltda., representada legalmente por el señor Iván Tobar Cevallos; acciona además, en contra de la señora Silvia Mireya Ortiz Carranco en calidad de gerente de talento humano y administración, y del señor Luis Fernando Martínez Barreno, en calidad de procurador judicial de la entidad. La demanda se dirige en contra de todo/as ellos personalmente y por las calidades que representan de la institución financiera procesada.

Entre las pretensiones de la accionante, se tienen:

1. Décimo tercera remuneración.
2. Décima cuarta remuneración.

3. Vacaciones.

4. Pago de la remuneración del último mes laborado con el triple de recargo (junio 2008).

5. Despido intempestivo.

6. Indemnización de la que trata el art. 154 del Código de trabajo (estabilidad por embarazo)

7. Intereses de los rubros que legalmente lo generen.

En primera instancia, se declara con lugar la demanda, ordenándose el pago de los seis rubros pretendidos, mientras que en segunda instancia, en virtud de los recursos de apelación interpuestos tanto por la actora por la falta de condena en costas, cuanto, por el abogado Antonio Brito Vásquez, en calidad de procurador judicial de los accionados, el tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante sentencia de 13.08.2014; las 12h12, reforma la resolución primigenia y ordena el pago de los cinco primeros rubros peticionados, -exceptuando la indemnización de que trata el 154 de la codificación laboral-.

1.2. Actos de sustanciación del recurso extraordinario de casación:

Ante ese cuadro procesal, la accionante, ha comparecido en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación.

La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia 22.09.2014; mientras que mediante auto de 21.02.2015; el tribunal de conjueces, lo ha admitido a trámite.

En esta razón, con fecha 16.04.2015, se realiza el sorteo correspondiente para el conocimiento y resolución de fondo del asunto, resultando integrado el tribunal por la jueza nacional María del Carmen Espinoza Valdiviezo, en calidad de ponente, el doctor Efraín Duque Ruiz, que en su remplazo, actualmente actúa la Conjueza nacional Rosa Álvarez Ulloa, en virtud del oficio N° 106-SG-CNJ de 1 de febrero de 2016, y por el juez nacional, Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia.

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

La casacionista interpone su queja con fundamento en la causal primera del art. 3 de la ley de casación. Considerando infringidas las disposiciones contenidas en los arts. 33, 326 núm. 1, 2 y 3 de la Constitución de la República; 4, 5, 7 y 154 del Código de Trabajo.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia:

El Tribunal de la Sala es competente para conocer los recursos de casación interpuestos, con base en lo previsto en los arts. 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. En esta virtud y de acuerdo al sorteo realizado cumpliendo lo dispuesto por el 183 de la codificación que rige a esta Corporación, corresponde la resolución de la presente causa a la jueza, juez y conjueza nacionales que suscriben, nombrados y posesionados por el Consejo 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 las Resoluciones Nos. 03-2013 de 22 de julio de 2013 y 001-2015 de 28 de enero de 2015.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

La casacionista manifiesta su inconformidad en contra del fallo recurrido bajo el argumento que el tribunal de apelación ha interpretado incorrectamente el contenido del inciso tercero del art. 154 de la codificación laboral.

Señala que notificó a uno de los demandados, señor Luis Martínez, con debida oportunidad de su estado de gestación y que posterior a este hecho, la entidad accionada, a través de su jefa de recursos humanos le comunicó acerca de la terminación de la relación laboral mantenida con base en un contrato a plazo fijo con periodo de prueba.

En su opinión, las normas constitucionales que estima infringidas, que dan una clara protección a la trabajadora en estado de gravidez, prevalecen sobre la realidad propuesta por su contendora procesal dentro de autos. Adiciona que la errada interpretación que efectúa el *ad quem*, del art. 154 de la codificación laboral implica además -de la infracción de esta disposición normativa-, renuncia a sus derechos laborales constitucionalmente consagrados.

2.3. Problema jurídico a resolver:

De lo manifestado en el libelo de casación, así como de la lectura de la sentencia requerida, este tribunal de casación advierte que existe un asunto principal a ser solucionado, y que tiene que ver con la siguiente cuestión:

¿Resulta atentatorio a la garantía reforzada de las trabajadoras en estado de embarazo (arts. 153 y 154 CT) exigir notificación al empleador de su condición, a través de un certificado médico otorgado por un galeno del IESS, o a falta de este, por otro facultativo?

2.4. Resolución motivada de la acusación planteada:

2.4.1. Del acto jurisdiccional recurrido:

En la sentencia que se cuestiona, el tribunal de apelación llega a varias conclusiones: (1) que se ha probado el despido intempestivo alegado por quien acciona, pues la notificación realizada por parte del empleador a la trabajadora de la terminación del contrato laboral de plazo fijo con periodo de prueba se ha realizado luego del plazo de prueba. (2) Con fundamento en el inciso tercero del art. 154 de la codificación laboral, se manifiesta, que de autos no consta certificado médico otorgado por un médico del IESS, u otro facultativo a falta de este; prueba que a criterio del tribunal *ad quem*, no puede ser suplida con otras de diferente carácter, como la testimonial por ejemplo; así las



cosas, se niega la indemnización requerida al amparo de esta disposición.

2.4.2 Sobre la protección reforzada a las trabajadoras en estado de embarazo:

En primer lugar, es necesario dejar sentado que la protección laboral a la mujer en estado de gravidez, ha sido plasmada constitucional y legalmente como consecuencia de la discriminación a la que ha sido sujeta a lo largo de la historia la mujer en general y; en sentido estricto, la mujer en estado de gestación en el ámbito laboral. En este escenario, las prácticas laborales en el Ecuador se han caracterizado por ser discriminatorias hacia la mujer en estado de embarazo. La Constitución vigente, contempla protecciones especiales a las mujeres en esa circunstancia, a efectos de garantizar el principio de igualdad y no discriminación y, asegurar que la mujer ejerza con dignidad su maternidad (la protección alcanza: embarazo, parto y lactancia) y en consecuencia que el neonato goce de una serie de condiciones que potencialicen su adecuado desarrollo. La legislación infra constitucional no ha sido ajena a esta especial protección de la que gozan las mujeres que se encuentren en estado de gestación; es así que, desde la codificación laboral de 1978,¹ hasta llegar a la reforma de 26 de septiembre de 2012, el legislador ha previsto la protección laboral reforzada a las mujeres trabajadoras en embarazo. Así, los arts. 153 y 154 del Código Laboral, establecen:

Art. 153.- Protección a la mujer embarazada.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior. Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este Código.

Art. 154 (incisos tercero y cuarto) Salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Segu-

ridad Social, y a falta de este, por otro facultativo.

En caso de despido o desahucio a que se refiere el inciso anterior, el inspector del trabajo ordenará al empleador pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten.

Las normas de derecho constitucional previstas en la Carta Fundamental, que contemplan la protección laboral especial, establecen:

Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

Art. 332 [...] Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

La última de las disposiciones de derecho constitucional transcritas (artículo 332), puede ser disgregada en dos premisas: **a)** existe prohibición expresa de despido a la mujer trabajadora asociado a su estado de gestación; y, **b)** prohibición de discrimen que tenga como origen los roles reproductivos de la mujer cuyo fundamento constitucional se encuentra además previsto en el art. 11.2 de la Constitución de la República. Asimismo, bajo esta lógica, el Constituyente en el otro enunciado normativo transcrito (artículo 43), ha contemplado algunas defensas a favor de la mujer en estado de gestación, entre las que tenemos la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, social y educativo de la mujer en su estado de gestación, lo que guarda coherencia con el principio de igualdad y no discriminación y el tratamiento igualitario a que las personas tienen derecho.

Por su parte, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, cuanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus arts. 1 y 7 respectivamente, proclaman la obligación de los Estados de luchar contra todo acto discriminatorio. Se prohíbe por tanto un trato discriminatorio.

¹ Artículo 154 del Código del Trabajo de 1978, R.O. 650 de 16 de agosto de 1978, cuyo sentido y espíritu es el mismo del artículo 153 vigente.

en razón de sexo, religión, condición económica, o cualquier criterio de otra índole. El art. 25.2 de la Declaración Universal, establece la obligación de los estados partes de prestar especial protección a la maternidad y la infancia.

En la misma línea, y con el propósito de eliminar la inequidad de trato entre hombres y mujeres, se han definido varios instrumentos internacionales coherentes con el afán de lograr relaciones políticas, económicas, sociales, laborales y privadas que den cuenta de la igualdad de capacidades, aptitudes entre hombres y mujeres, entre otros, así se tienen: (1) Declaración sobre la Eliminación de Violencia Contra la Mujer. (2) Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. (3) Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, que reafirma la igualdad de condiciones de la mujer; y promueve la obligación de los estados de garantizar el pleno goce de los derechos humanos; y sobre todo, insta a la eliminación de todo trato discriminatorio en su contra.² (4) La Convención Interamericana para prevenir la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), se expide en consideración de la inequidad de las relaciones entre hombres y mujeres, así como los diferentes tipos de violencia a que este último grupo humano ha sido víctima, reafirma la necesidad del ejercicio igualitario de los derechos humanos para alcanzar una sociedad más justa, y *proscribe todo acto discriminatorio en razón de su género.*

En definitiva, con base en el principio de no discriminación por género (art. 11.2 CRE) en el ámbito laboral, el ordenamiento jurídico del país establece un mecanismo de garantía reforzada para las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, cual es, la prohibición de terminación de la relación laboral, por razones directa o indirectamente relacionadas con la condición de embarazo. De ahí que, por la garantía de estabilidad reforzada no se puedan terminar las relaciones laborales cuando

no exista justa causa debidamente comprobada, y que constan del art. 172 del Código de Trabajo; esto significa al mismo tiempo, que si los motivos que originaron la necesidad laboral persisten al tiempo en que quiera darse por terminado el contrato laboral con una trabajadora en estado de embarazo, el contrato individual necesariamente ha de tener que persistir, excepto como se dijo, que se compruebe debidamente que la trabajadora ha incurrido en una causa justa para terminar el vínculo laboral.³

En esta misma línea de análisis, esta Sala de lo Laboral, ha manifestado con anterioridad que en aquellos casos en que la trabajadora en condición de embarazo demande la indemnización por despido, es el empresario quien ha de tener que demostrar que la causa de terminación de la relación laboral no se debe a la condición de gravidez de la trabajadora; es decir, que la carga de la prueba en estos casos, se revierte al empleador.⁴

En este sentido se ha proferido el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo artículo 8, se lee:

Artículo 8: 1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, (...) excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. *La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.* (cursivas son del tribunal de casación)

2.4.3. Confrontación de los cargos con la sentencia objetada:

2.4.3.1. Como se manifestó en líneas anteriores, el tribunal de apelación niega la indemnización de un año de remuneración por despido a la trabajadora en embarazo (inc. final del art. 154 C.T.), bajo el argumento que la accionante no presentó a su ex empleador certificado médico de su estado gestacional.

² Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de los derechos humanos, el 25 de junio de 1993. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/S11viwedec.html>

³ Este criterio se ha mantenido dentro de varios pronunciamientos emitidos por la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia. Véanse Juicio 1298-11, Resolución 577-13 (Carrasco vs Petroecuador); Juicio 1305-13, Resolución 603-16 (Llivi-chuzhca vs López) y Juicio 441-14, Resolución 390-16 (Zambrano vs Supermercados de Computadoras Compubussines Cía. Ltda.).

⁴ Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia Juicio 441-14, Resolución 390-16 (Zambrano vs Supermercados de Computadoras Compubussines Cía. Ltda.).

Ante este argumento, precisa recordar la Resolución N° 06-2016 de triple reiteración proferida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia:⁵

Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de este, por otro facultativo; *salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; a que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora.* (cursivas son del tribunal de casación)

La lectura del artículo en cita, se corresponde con una visión de género dentro del desarrollo de las relaciones laborales, pues conforme se analizó en el acápite anterior, el objetivo constitucional de prohibición de discriminación en razón de género, obliga a las autoridades administrativas y judiciales a interpretar las disposiciones laborales atinentes a este caso, con perspectiva directa de la Constitución, lo que elimina la rigidez de la disposición contenida en el inciso tercero del art. 154 de la codificación laboral. Como se ve en la resolución de triple reiteración del Pleno de esta corporación, se resolvió que no solo el certificado médico otorgado por cualquier galeno o uno del IESS, son los idóneos para comunicar de este hecho al empresario, sino que en aras de garantizar efectivamente el derecho de las trabajadoras en estado de gravidez, cualquier medio es eficiente para probar este hecho cuando este resulte fehaciente y/o obvio.

Sobre un asunto similar se ha pronunciado ya la Corte Constitucional del Ecuador, en un caso en que los juzgadores de instancia negaron la indemnización de la que trata el art. 154 con base en el “supuesto desconocimiento por parte de la empleadora” del estado de embarazo de la traba-

jadora. Dentro de la Sentencia 129-12-SEP-CC, Caso, 170-10-EP, la corporación constitucional con base en el principio de progresividad de los derechos y de prohibición de regresión, recordó la obligación de aplicación directa e inmediata de la Constitución por parte de las juezas y jueces, y tribunales:

Resulta innegable que el principio de no regresividad está en armonía con el principio de irrenunciabilidad de los derechos, por ello a los jueces les corresponde aplicar directamente la Constitución para el evento que las disposiciones legales estén en desarmonía o contengan preceptos menores o regresivos [...]

En dicha oportunidad, en el análisis del marco fáctico, el máximo órgano de administración de justicia constitucional concluyó que el estado de embarazo de la demandante resultada obvio, y que por tanto, no se hacía ya necesaria otra constancia procesal.⁶

2.4.3.2. En el caso bajo estudio, como bien se señala en la sentencia de primer nivel, la trabajadora comunicó de su estado gestacional con anterioridad a la notificación de terminación de la relación laboral. Precisa manifestar que el hecho del embarazo, no se encuentra controvertido en modo alguno por la entidad accionada a través de quienes han comparecido a juicio; así las cosas, se tiene por cierto el embarazo.

Este hecho, ha sido puesto en conocimiento de la institución financiera vía mail por parte de la trabajadora, quien mediante comunicación electrónica señala “Adjunto encontrarán el original de mi exámen (sic) de embarazo para fines pertinentes [...]”⁷

En consecuencia, en cumplimiento de la Resolución de triple reiteración N° 06-2016 proferida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, corroborado que ha sido el hecho que el empleador conocía del estado gestacional de la actora,

⁵ Resolución publicada en el Suplemento de Registro Oficial N° 873 de 31.10.2016

⁶ En uno de los pasajes del fallo en comentario, se puede leer: “De este trámite quedó constancia de que la trabajadora se encontraba en estado de gestación, de lo que no quedan dudas, con el certificado de nacimiento de Brittany Arlette Pesantes Barros (fs. 34 del expediente de casación) del que se advierte que la trabajadora gestante dio a luz el 21 diciembre del 2005, es decir, a la fecha de presentación del referido visto bueno, 15 de agosto del 2005, se encontraba en el quinto mes de embarazo, lo que era obvio a simple vista”. Ver Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 129-12-SEP-CC, Caso 170-10-EP.

⁷ Folio 8 del cuaderno de primera instancia.

se dispone el pago de la indemnización de la que trata el inciso final del art. 154 del Código de Trabajo, esto es el pago de una año de remuneración. Como este rubro sí ha sido dispuesto por el juez *a quo*, se deja en firme la resolución de primer nivel.

3. DECISIÓN EN SENTENCIA:

3.1. Por las consideraciones expuestas en los considerandos que anteceden, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, “ADMISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, casa la

sentencia recurrida, y que fuera dictada el 13 de agosto de 2014; las 12h12, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dejándose en firme la sentencia de primer nivel. Sin costas ni multa. Con el ejecutivo devuélvase el expediente al tribunal de origen. Por renuncia del secretario titular de la Sala, actúe el Dr. Segundo Ulloa Tapia como secretario encargado. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juicio No. 1472-2014

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, jueves 27 de julio del 2017, las 08h32.

VISTOS: El ab. Tomás Barrionuevo Vaca, comparece en calidad de procurador judicial del señor Washington Stalin Muñoz López, gerente general y representante legal de la entidad demandada, Cooperativa de Ahorro y Crédito Cooprogreso Limitada, solicitando la aclaración de la sentencia emitida el 26 de junio de 2017; las 14h28 y notificada el mismo día; sin contestación al traslado puesto en conocimiento de la contraparte, se considera:

I. En primer lugar, manifiesta el compareciente, que la terminación de la relación laboral se produjo en términos legales, y no por despido intempestivo. Indica que el contrato de plazo fijo con periodo de prueba que lo vinculaba con la actora, se dio por terminado dentro de los 89 días que contempla la ley. Se debe aclarar al peticionario, que este asunto fue discutido en segunda instancia, nivel en el que el tribunal de apelación, sobre la base de su autonomía para valorar los medios probatorios, concluyó que la notificación de dar por terminado el contrato, se realizó después del plazo de prueba que prevé el art. 15 del Código de Trabajo.

Este hecho no fue materia de controversia en este nivel jurisdiccional, máxime que el recurso de casación fuera interpuesto por la actora –y no por el ahora compareciente– con base en la causal primera del art. 3 de la ley de casación, cuya lógica implica que las conclusiones fácticas, se dan por ciertas por

las partes procesales, no pudiendo ser ya revisadas.

II. Por otro lado, sostiene que no se deja claro por qué medio de comunicación se dio a conocer acerca del embarazo de la trabajadora. Dejando entrever que además, este hecho se debe acreditar con un certificado médico otorgado por un galeno del IESS u otro facultativo.

Sobre este último punto, en la decisión cuya aclaratoria se pretende, se realizó un extenso análisis. La decisión fue adoptada con sustento en instrumentos internacionales de derechos humanos, doctrina, fallos anteriores de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional del Ecuador, precedente jurisprudencial de triple reiteración, así como del ordenamiento jurídico vigente al respecto.

En lo referente al otro punto, cuál es el medio de comunicación del estado de embarazo de la actora, se debe tener presente que este no es un asunto que pueda ser resuelto vía aclaración, pues este recurso horizontal, procede únicamente en los casos que la sentencia emitida fuere oscura o ininteligible (art. 282 CPC), no siendo este el caso. La resolución es clara y abundante en sus argumentos.

Más allá de lo expuesto, se le recuerda al compareciente que la sentencia de segundo nivel, negó la indemnización de que trata el art. 154 del Código del Trabajo, bajo el siguiente argumento: Para el tribunal de alzada, el estado de embarazo, se acreditó por otros medios de prueba distintos al certificado médico proferido por un galeno del IESS u otro facultativo –hecho indiscutido en este nivel–. El órgano casacional con base en múltiples fuentes



de derecho, entre ellas, el precedente jurisprudencial de triple reiteración No. 06-2016, consideró que si el estado de gestación fue conocido por la parte empleadora por otros medios distintos al certificado médico, entonces, la indemnización de que trata el art. 154 del Código de Trabajo procedía.

Nótese que la resolución en casación se adoptó con base en un análisis predominante y eminentemente de aplicación normativa, mas no de discusión de los hechos alegados a pretexto de aclaración (en qué fecha se notificó la decisión de terminar el contrato con periodo de prueba; cómo se notificó el estado de embarazo); estos hechos fueron tratados en apelación, y en virtud de la causal primera del art. 3 de la ley de casación, única causal admitida y analizada por este tribunal.

Así las cosas, se rechaza la solicitud de aclaración, por improcedente y por ser contraria al art. 282 del Código de Procedimiento Civil, disponiendo estar a lo resuelto por este tribunal de la Sala.

Interviene en esta causa el conjuez Dr. Guillermo Narváez Pazos, en reemplazo del Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia juez titular de la Sala, mediante oficio No. 1176-SG-CNJ-ROG de 21 de julio de 2017.

Notifíquese.

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. Rosa J. Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E); Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, JUEZ NACIONAL.



VII

Causa Nro. 4133-2016

Resolución Nro. 0725-2017

Fecha: 18 de septiembre de 2017, a las 13h05

TEMA: La resolución extemporánea del visto bueno por el Inspector del Trabajo, no significa por si sola la existencia del despido intempestivo.

ACTORA: María Sefora Ponce Plaza

DEMANDADO: Compañía GAECO S.A.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora, presenta la demanda laboral en contra de "COMPAÑÍA GAECO S.A.", argumenta que laboró para la empresa demandada, en calidad de ayudante de bodega, hasta el mes de octubre de 2010 en que fue transferida a call center de la compañía, sin que le hayan cancelado horas extras, que se le notificó con una resolución de visto bueno y se le suspendió la relación de trabajo, por lo que reclama el despido intempestivo, bonificación por desahucio, remuneraciones adicionales y beneficios sociales. La parte demandada contesta la demanda, señalando: que la relación laboral empezó el 1 de febrero del 2017, tal como consta en el aviso de entrada en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que se le tramitó un visto bueno en la inspectoría de trabajo y que se dictó resolución y la actora ejerció su derecho a la defensa. Que el trámite del despido intempestivo acusado no ha sido demostrado de manera alguna por la accionante, pues no aporta prueba alguna para demostrar dicho hecho, con respecto al visto bueno, señala que es extemporáneo, pues se resolvió después de los treinta días que señala la ley. Analizado las pruebas y de acuerdo a lo que reclama la parte accionante, el juez de primer nivel declara parcialmente la demanda presentada por la actora, disponiendo que los accionados paguen a la actora los siguientes rubros, proporcional del décimo tercer y cuarta remuneración, proporcional de vacaciones, menos la cantidad consignada en el acta de finiquito.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La actora interpone recurso de apelación, en su argumentación, manifiesta: que el visto bueno se presentó el 22 de junio del 2016, el que se resolvió el 9 de agosto del 2016, tal como consta de autos, posterior a los 30 días que señala el Art. 622 del Código del Trabajo, es decir que la resolución es extemporánea, no tiene asidero legal. Con estos antecedentes, se ordena el pago de la indemnización establecida en el Art.188 y 185 del Código del Trabajo, no procede el pago de horas suplementarias y extraordinarias, por no justificarse, con las apreciaciones establecidas este Tribunal, acepta en parte el recurso de apelación del demandante y por ende reforma la sentencia recurrida, sujetándose a los rubros liquidados por el Juez a quo, más el despido intempestivo.

SÍNTESIS CASACIÓN

El accionado interpone Recurso de Casación, bajo el caso quinto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, que existió falta de aplicación de Precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya que se ha dispuesto el pago del despido intempestivo y desahucio, sin considerar que la relación laboral terminó por la resolución de visto bueno



emitida por el inspector del Trabajo, en virtud de los constantes atrasos de la actora a su lugar de trabajo. El Tribunal de Casación considera que: La resolución extemporánea del visto bueno por el Inspector del Trabajo, no significa por si sola la existencia del despido intempestivo, lo que no procede pagar indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio, en consecuencia casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 04133-2016

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, lunes 18 de septiembre del 2017, las 13h05.-

PRIMERO.- ANTECEDENTES

VISTOS: En el juicio laboral seguido por María Séfora Ponce Plaza en contra de la compañía GAECO S.A., el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia el 11 de mayo de 2017, las 15h04, aceptando en parte el recurso de apelación del demandante, reforma la subida en grado, disponiendo además de los rubros dispuestos en la sentencia de primera instancia, la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio, previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo. Inconforme con esta decisión, el accionado interpone recurso de casación, bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el cual fue admitido a trámite por la doctora Janeth Santamaría Acurio, Conjueza Nacional de la Sala de lo Laboral, en auto de 27 de julio de 2017, las 09h47, y una vez conformado el Tribunal de la Sala Laboral mediante sorteo, se realiza la audiencia respectiva, de fundamentación del presente recurso de casación.

SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resoluciones Nos. 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 Reformativa 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 Republica y

191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos, así como del sorteo que obra del expediente. Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: Doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional Ponente; doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Conjueza Nacional, quien actúa por licencia de la doctora Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional; y, doctora Rosa Álvarez Ulloa, Jueza Nacional (E).

TERCERO: ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PUBLICA CORRESPONDIENTE.

Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el día viernes 8 de septiembre de 2017, las 10h00, en la que el recurrente manifiesta:

3.1. INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR DE LA PARTE RECURRENTE:

El casacionista respecto del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, señala que ha existido falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya que se ha dispuesto el pago de indemnizaciones por despido intempestivo y desahucio, sin tomar en consideración que la relación laboral terminó por la resolución de visto bueno emitida por el Inspector de Trabajo, en virtud de los constantes atrasos de la actora a su lugar de trabajo. Cita algunos fallos emitidos tanto por la Corte Suprema de Justicia como la actual Corte Nacional, relativos al visto bueno, los cuales a decir del recurrente no han sido tomados en consideración por parte del tribunal *ad quem*, por lo que solicita se case la sentencia emitida por el tribunal de alzada, y se ratifique la del primer nivel jurisdiccional.

3.2. RESPECTO DE LA CONTRAPARTE:

La defensa técnica de la actora, manifiesta que el fallo de segunda instancia, se encuentra debidamente

motivado, precisa que en el considerando sexto se invocaron varios precedentes jurisprudenciales relativos al despido intempestivo y sobre la impugnación de visto bueno.- Añade que la resolución de visto bueno, fue dictada por el Inspector del Trabajo fuera del término establecido en la ley, configurándose de esta manera el despido intempestivo, que inclusive el visto bueno fue con suspensión de labores. Que una vez que concluyó el trámite de visto bueno, la trabajadora debió ser reintegrada a su sitio de trabajo, situación que no ocurrió, por lo que a su criterio se configuró el despido intempestivo, en consecuencia solicita que el recurso de casación formulado por la parte demandada, sea rechazado.

CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

4.1.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

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

analogicamente; la actividad del órgano jurisdiccional está limitada a las causales que, establecidas previamente por la ley, han sido invocadas en forma expresa el recurrente. [...]”. (La Casación Civil en el Ecuador”, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, págs. 42-43). 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.

4.2.- CONCEPTUALIZACIÓN DE MOTIVACIÓN

Una vez que ha sido analizado el recurso de casación y la sentencia del tribunal de alzada, confrontado con el ordenamiento jurídico vigente, corresponde a este Tribunal limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación acorde al mandamiento contenido en el artículo 76. 7, literal l) de la Constitución de la República, que establece: “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”; observa que la falta de motivación acarrea la nulidad de la resolución judicial. Por lo que, al emitir su pronunciamiento debe hacerlo sustentado en el ordenamiento legal vigente, así como en los principios generales del derecho, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, y que las partes sientan esa certidumbre que otorga el obtener una sentencia motivada. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en la sentencia No. 048-11-SEP-CC, del caso No. 1252-10-EP, respecto a la motivación señaló: “Este derecho de motivación se articula plenamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, este derecho no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una



vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto. [...]”. El tratadista Fernando de la Rúa, sostiene que: “El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final, la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el Juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados...”. (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150).

4.3. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a dilucidar bajo el caso quinto, es determinar si el tribunal *ad quem* en la sentencia impugnada, ha incurrido en falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales, referentes a que la resolución de visto bueno emitida fuera de los 30 días previstos en la ley, *per se* no constituye despido intempestivo.

4.4.- RESPECTO DEL CASO QUINTO.- Este caso procede, cuando el juzgador de instancia incurre “en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”, lo que implica que se configure un *error de juicio*, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El tratadista Murcia Ballén, respecto de la violación directa de la norma, señala: “*Como lo anticipamos, la violación directa de la norma sus-*

tancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. Emanan, por tanto, de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutoria del fallo...”. (MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 354.).

4.5.- EXAMEN DEL CARGO ALEGADO.- Sobre la impugnación efectuada por el casacionista, y bajo la cual fue admitido a trámite el recurso de casación, esto es, sobre la falta de aplicación de los precedentes jurisprudenciales que dicen: “reconoc [e] el visto bueno que se resuelve en un término mayor al establecido en la ley [ya que] [al tenor de lo normado en el artículo 183 del Código del Trabajo es obligación de la accionante realizar la impugnación de dicho expediente [...] y en la especie no se ha realizado la impugnación de fondo, [...] tanto más la aceptación de la accionante sobre los atrasos a su puesto de trabajo [...] En el caso lo ocurrió fue que la petición de visto bueno que la resolvió favorablemente el inspector de trabajo, no se dio en el término previsto en la ley; lo que no significa por sí sólo, la existencia de despido intempestivo, pues además el trámite y resolución de visto bueno es parte de la voluntad de las partes y está sujeta a la decisión de una tercera persona, en este caso el Inspector de Trabajo”; este tribunal de casación observa lo siguiente: **a)** El vicio de falta de aplicación acusado por el casacionista se produce cuando el juzgador yerra ignorando la norma, en el caso in examine el precedente jurisprudencial obligatorio. El tratadista Manuel de la Plaza, citado por Hernando Devis Echandía, al referirse a este vicio señala: “ *a) “Inaplicación de la ley: por absoluto desconocimiento de la norma y por desconocerse 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. [...]*” (Devis Echandía, Hernando, Estudios de Derecho Procesal, Víctor P. de Zavalía S.A. Editor, 1985, Buenos Aires, págs. 30 y 31, 1985). **b)** Ahora bien, el tribunal de apelación otorga la indemnización por despido intempestivo, bajo el siguiente argumento jurídico: “la jurisprudencia ecuatoriana en materia laboral [...] prontuario de resoluciones No. 3 de la Ex Corte Suprema de Justicia [...] Sin embargo transcurrido los 30 días correspondientes a la suspensión, si no existe pronunciamiento favorable del visto bueno, el trabajador puede reintegrarse a sus labores o caso contrario se produce el despido intempestivo.”; y por ello se

ha configurado así el despido intempestivo aducido por el actor, y se orden el pago de la indemnización establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo y bonificación del Art. 185 ibídem, pues dicho criterio es aún sostenido por la Corte Nacional de Justicia, ejemplo de ello es el fallo R834-2012-J870-2010 ...23 de noviembre de 2012 [...]”. No obstante, el tribunal de alzada, omite la aplicación de precedentes jurisprudenciales emitidos tanto por la Corte Suprema de Justicia como la actual Corte Nacional de Justicia, en el sentido de que: “[...] solo se produce el despido intempestivo en el caso de que el visto bueno fuere negado por el Inspector de Trabajo y el empleador no reintegre al trabajador a su puesto de trabajo, más en el caso sub judice lo que ocurrió fue que la petición de visto bueno que la resolvió favorablemente el Inspector de Trabajo, no se dio en el término previsto en la ley sino a los ciento diez días, lo que no significa, por sí solo, la existencia del despido intempestivo, pues, además el trámite y la resolución del visto bueno escapa de la voluntad de las partes y está sujeta a la decisión de una tercera persona, en este caso del Inspector del Trabajo del Azuay [...]” (Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Laboral y Social; Juicio No. 16-2003, sentencia de 21 de agosto de 2003, R.O. No. 208 de 11 de noviembre de 2003, pag. 20-21), siendo este el criterio mayoritario y unificado de los Jueces Nacionales pertenecientes a esta Sala de lo Laboral, en consecuencia, y por cuanto los jueces de alzada, otorgan el despido intempestivo únicamente sustentados en el tiempo en que se demoró el Inspector de Trabajo para emitir su Resolución, en virtud de que el mis-

mo accionante habría impugnado la referida resolución solamente respecto a la extemporaneidad de la misma, se concluye que prospera el cargo aludido por el casacionista bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en consecuencia no le asiste el derecho a la accionante a la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

Por las consideraciones expuestas, este tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa parcialmente la sentencia emitida por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 11 de mayo de 2017, las 15h04, en cuanto a que no procede la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio, establecidas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, devuélvase la caución rendida a la parte demandada. Actúe el doctor Segundo Ulloa Tapia, en calidad de Secretario Relator Encargado. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, CONJUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL.

VIII

Causa Nro. 3292-2016

Resolución Nro. 0965-2017

Fecha: 23 de noviembre de 2017, a las 15h17

TEMAS:

- Despido intempestivo, por discriminación de una persona con VIH, la carga de la prueba se revierte y es el empleador quien deberá demostrar que el despido tuvo distinta motivación.
- El trabajador no está obligado a demostrar que notificó a su empleador dándole aviso de su condición médica con anterioridad al despido intempestivo, como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley de Discapacidades.

ACTOR: Wendy Marlene Pástor Alvarado

DEMANDADO: Marjorie Tatiana Vera Reyes, propietaria de Clínica AMERICADENTAL

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora señala que laboró para la empresa demandada, además manifiesta: que fue víctima de acoso laboral por parte de su empleadora, lo que terminó en un despido, durante la relación laboral fue víctima de discriminación por padecer de VIH, que su ex empleadora al despedirle le hizo firmar un finiquito, la misma que no se encuentra pormenorizada los valores de indemnización por discapacidad ni discriminación por lo que la impugna. En su demanda solicita que se le cancele la indemnización del Art. 195.2 del Código del Trabajo y Art. 51 de la Ley de Discapacidades. El juez de primera instancia, luego de analizar cada una de las pruebas aportadas en el proceso señala que, la actora no ha demostrado ni con prueba testimonial ni documental que el hecho del despido haya sido por discriminación, no siendo procedente ordenar su pago de la indemnización contemplada en el Art. 195.3 del Código del Trabajo. De la misma manera solicita el pago de la indemnización prevista en el Ar. 51 de la Ley de Discapacidades, produciendo como prueba copia del carnet del CONADIS y cedula de ciudadanía, no demostrando que el carnet se encuentre vigente a la fecha de la terminación de la relación laboral. Se encuentra adjunto el documento de finiquito, la que se encuentra suscrita por ambas partes procesales, constando en el mencionado documento pormenorizada todos los rubros sobre despido intempestivo, desahucio, remuneraciones pendientes, fondos de reserva, décima tercera, décima cuarta y vacaciones del último período, por lo que no hay lugar a la impugnación del acta de finiquito. Por estas consideraciones declara sin lugar la demanda.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La actora, inconforme con la sentencia de primera instancia, interpone recurso de apelación, al que se adhiere la parte demandada. Los jueces den fallo de mayoría no han podido determinar cuál es la finalidad de la prueba. Pues no se ha determinado que el despido obedezca a su condición médica.- Si la parte empleadora ha despedido a la trabajadora y se le ha reconocido la indemnización constante en el Acta de Finiquito, pero no se ha demostrado en este proceso; que dicho evento haya ocurrido por efectos de la enfermedad que dice padecer la actora, por lo que por falta de pruebas se desechan las pretensiones de la accionante. Por tanto se rechaza el recurso de apelación.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor inconforme con el fallo de instancia, interpone recurso de casación, lo fundamenta en el numeral quinto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos. Las normas de derecho que considera infringidas son: Arts. 12, 51 y Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Discapacidades y Arts. 162, 163 y 164 del COGEP y Arts. 177 y 593 del Código del Trabajo. La condición de discapacidad de la trabajadora, está acreditada con la copia del carnet del CONADIS, la trabajadora no está obligada a demostrar que notificó a su empleador dándole aviso de su condición médica, con anterioridad al despido intempestivo, como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Sobre el despido intempestivo, por discriminación de una persona con VIH, la carga de la prueba se revierte y es el empleador quien deberá demostrar que el despido tuvo distinta motivación.- En relación a los reclamos efectuados en los meses de enero y abril de 2016, la actora no ha justificado la ausencia temporal por permisos médicos y por ende la ilegalidad de los descuentos, con respecto al reclamo de utilidades, no se ha demostrado que ha generado utilidades durante los períodos reclamados. Por las consideraciones que se determinan en la sentencia de instancia, se casa la sentencia, se ordena que la entidad demandada pague a la actora la indemnización contemplada en el Art. 51 de la Ley de Discapacidades que corresponde a dieciocho remuneraciones mensuales, así como la indemnización prevista en el Art. 195.3 del Código del Trabajo, que corresponden al año adicional de remuneraciones.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2016-03292

Jueza Ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-

Quito, jueves 23 de noviembre del 2017, las 15h16.-

VISTOS.- Antecedentes: a) Relación de la causa impugnada: En el juicio de trabajo seguido por Wendy Marlene Pástor Alvarado contra Marjorie Tatiana Vera Reyes por sus propios y personales derechos, en calidad de propietaria de la Clínica Dental "AMERICADENTAL"; la actora interpone recurso de casación de la sentencia de mayoría dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 26 de julio de 2017, a las 17h30 que desecha el recurso de apelación de la actora y confirma la sentencia subida en grado. b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de 12 de octubre de 2017, las 12h24, la Dra. María Teresa Delgado, Conjueza de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, admite parcialmente a trámite el recurso de casación. c) Cargos admitidos: El cargo admitido en relación al recurso de casación es el formulado a

través del caso quinto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: **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 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos; por lo que corresponde dictar la resolución del recurso 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.- Sentencia oral en audiencia:** Este Tribunal de Casación, acorde a lo establecido en los artículos 272 y 93 del Código Orgánico General de Procesos, en audiencia celebrada el jueves 16 de noviembre de 2017, a las 11h00, pronunció su decisión en forma oral. **TERCERO.- Sentencia escrita motivada:** En cumplimiento a lo establecido en los artículos

93 y 94 del Código Orgánico General de Procesos, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, procede a motivar por escrito su sentencia en los siguientes términos:

3.1.- Fundamentos del recurso de casación: El recurso de casación de la actora motivo de este análisis se fundamenta en el caso quinto previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Las normas de derecho que considera infringidas son: artículos 12: 51 y Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica de Discapacidades, artículos 162; 163 y 164 del Código Orgánico General de Procesos y artículos 177 y 593 del Código del Trabajo. En estos términos fijan el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.2.- Del recurso de casación: El recurso de casación es un mecanismo de defensa del que disponen los justiciables para reparar el daño producido por una decisión judicial que hubiere infringido el ordenamiento jurídico, así lo conceptúan tratadistas tales como Humberto Fernández Vega (El recurso extraordinario de Casación Penal, Leyer Editorial Bogotá - Colombia, pág. 79, 2001), Tolosa Luis (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones doctrina y Ley Ltda., Bogotá - Colombia, 2005, pág. 87), Humberto Murcia Ballén (Recurso de Casación Civil, pág. 174, Bogotá, 2005) y Luis Cueva Carrión (La Casación Civil en Materia Civil, Ediciones Cueva Carrión, Quito, pág. 350, 2011).- De la doctrina referida se desprende que la casación constituye un medio de control de la legalidad de las resoluciones judiciales, autos interlocutorios o sentencias, para la defensa de la normatividad jurídica objetiva material o procesal, lo que en doctrina se conoce como la “*nomofilaquia*”, esto 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. También, y no menos importante, cumple con la finalidad de unificación de la jurisprudencia, generando criterios uniformes en los administradores de justicia sobre determinados puntos de derecho. Este recurso está orientado a garantizar una tutela efectiva de los derechos, las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica, acorde a las normas de los Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República. El recurso de ca-

sación es extraordinario y formalista: Lo primero significa que solamente procede en casos excepcionales debidamente delimitados por la ley, esto es respecto de autos o sentencia que pongan fin a los procesos de conocimiento, de allí que no toda decisión judicial puede ser objeto de este recurso, pues en primer lugar debe tratarse de una resolución que sea final y definitiva en el proceso de instancia, y en segundo lugar que no todos los procesos judiciales son susceptibles de casación, por cuanto está previsto solamente para aquellos juicios de conocimiento, entendiendo por tales los que contengan una declaración de certeza sobre la existencia o la inexistencia del derecho, pretendido por el actor, a diferencia de los procesos de ejecución. En segundo lugar, el recurso de casación debe cumplir con ciertos elementos formales y de fondo para su procedencia; como son: la indicación de la sentencia recurrida y las partes procesales; la oportunidad en cuanto haya que se lo haya formulado dentro del término previsto en la ley; la legitimidad del recurrente, que haya sufrido agravio con el auto o sentencia recurrido; la fundamentación, con la determinación clara de los casos previstos en el Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos en que se sustenta.- En este sentido el aspecto más importante del recurso de casación es su fundamentación, tarea que corresponde exclusivamente al recurrente quien debe identificar con claridad los casos en los que se fundamenta, las normas de derecho que considera infringidas y la manera en que se ha producido la infracción; esto determina el ámbito en que se ha desenvolver el Tribunal de Casación al momento de resolver este recurso.

CUARTO.- Motivación: Conforme el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación, dice esa disposición constitucional, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso.- La falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución. - En materia de casación la obligación de motivar el fallo está circunscrita a que el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados, lógicos, coherentes y comprensibles 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 los casos de casación y por ende, no es procedente casar la sentencia de instancia, o por el contrario, cuando la sentencia objeto del recurso infringe la ley, ha incurrido en alguno de los motivos o casos de casación, procede casar el fallo, con las consecuencia que dependiendo del caso, establece el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos: en resumen, la motivación en casación debe contemplar el análisis de los cargos y las infracciones propuestas por el recurrente, de acuerdo al principio dispositivo que rige en nuestra administración de justicia, contrastar aquellos cargos con lo manifestado y resuelto en el auto o sentencia objeto de la impugnación para luego resolver con los fundamentos jurídicos pertinentes si casa o no el auto o sentencia recurrida. La doctrina en general considera que motivar consiste en dar o explicar las razones que se han considerado para adoptar una decisión en la sentencia, dando las razones, explicaciones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse; así opinan tratadistas como Michele Taruffo (La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, págs. 407- 408), Fernando de la Rúa (Teoría General del Proceso, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 146) y Sergi Guash Fernández (El Hecho y el Derecho en la Casación Civil, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 444). En tal sentido, la motivación es la parte esencial de las decisiones judiciales, que permite satisfacer el derecho de las partes a una correcta administración de justicia y a un control social de las resoluciones de sus administradores. **QUINTO: Análisis del recurso de casación:** El recurso de casación del actor se fundamenta en el siguiente cargo: **5.1.- Caso quinto: 5.1.1.- Fundamentos del recurso por el caso quinto:** La recurrente, al acusar el caso quinto de casación, expresa que existe falta de aplicación de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica de Discapacidades la misma que establece el plazo de un año para que la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en coordinación con el Registro Civil, Identificación y Cedulación implementen la interconexión de datos; y durante ese plazo el Consejo Nacional de Discapacidades podrá seguir emitiendo el carnet de discapacidades, el mismo que tendrá una vigencia de cinco años; por

lo que en el presente caso no se consideró su carnet de CONADIS emitido el 8 de junio de 2012 con vigencia al 8 de junio de 2017, es así que demuestra su incapacidad y el derecho a recibir una indemnización por despido injustificado. Al respecto la recurrente cita en parte lo expresado en el voto salvado, y manifiesta que se han dejado de aplicar las normas de los artículos 5 y 7 del Código del Trabajo y 326 numeral 3 de la Constitución de la República lo que le ocasiona un perjuicio irreparable al no considerar el carnet de CONADIS como documento válido para acceder a los beneficios que le otorga la ley como persona discapacitada. Que, existe indebida aplicación del artículo 177 del Código del Trabajo, manifestando que esta norma que no obliga al trabajador a notificar la discapacidad de que adolece, sino cuando se trata de enfermedades no profesionales; sin embargo en la sentencia se hace una indebida aplicación de esa disposición al señalar que la actora no notificó a su empleador su condición de salud, pero esa norma exige que tenga conocimiento de las enfermedades que pudieran tener sus trabajadores a efectos de establecer sus derechos (licencia, reintegro), sin embargo, en este caso no se ha demandado indemnizaciones por falta de reintegro al puesto de trabajo luego de una enfermedad no profesional, sino la indemnización especial contemplada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades y también la indemnización en caso de despido por discriminación de acuerdo con el artículo 195.3 del Código del Trabajo. **5.1.2.- Identificación del problema jurídico:** El problema jurídico radica en establecer si existe indebida aplicación del artículo 177 del Código del Trabajo y falta de aplicación de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica de Discapacidades, respecto al derecho que tiene la actora de percibir las indemnizaciones que le corresponden como persona discapacitada y por despido por discriminación. **5.1.3.- Consideraciones sobre el caso quinto:** Este caso procede: *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto”*.- 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: a) aplicación indebida, que se produce cuando el juzgador elige una norma que no corresponde al caso que se está juzgado, que no se relaciona con los hechos materia de la litis; b) 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, c) 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.- Además, con referencia a esta causal no cabe ningún análisis o confrontación de los hechos o de las pruebas. **5.1.4.- Examen de los cargos:** **Primer cargo:** En cuanto a la falta de aplicación de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica de Discapacidades que confiere validez al carnet de discapacidad otorgado por el CONADIS por el lapso de cinco años mientras se implementa el sistema de interconexión de datos entre la Dirección Nacional de Datos Públicos y de Registro Civil, Identificación y Cedulación; esta acusación se refiere a que no fue valorado el carnet del CONADIS obtenido el 8 de junio de 2012, que presentó la actora en su demanda; al respecto es necesario aclarar que si bien este documento tiene plena validez legal, lo que la Sala Laboral de la Corte Provincial de Guayas en su sentencia cuestiona como elemento de fondo es el hecho de que la accionada no conocía de la condición de discapacidad de la ex trabajadora, como para ser sujeta a la sanción indemnizatoria prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, aspecto que no se ataca en esta parte del recurso de casación. Adicionalmente, la casacionista hace directa relación a ese

documento como prueba de su reclamo, pero al amparo del caso quinto de casación, que se refiere a la infracción directa de una norma sustantiva o material, no se puede tomar en consideración los hechos y menos aún las pruebas. Es necesario mencionar que no puede ser utilizado como fundamento del recurso de casación el voto salvado emitido por uno de los juzgadores que integró el tribunal al que correspondió conocer esta causa en segunda instancia, sino que la casacionista debió presentar sus propios argumentos de cargo, explicando las razones por las que estiman se dejó de aplicar los artículos 5 y 7 del Código del Trabajo y 326 numeral 3 de la Constitución. Segundo cargo: Respecto de la indebida aplicación del artículo 177 del Código del Trabajo, este Tribunal de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia observa que en la sentencia de segunda instancia se confunde la obligación del trabajador de notificar al empleador la existencia de una enfermedad no profesional que amerite una licencia temporal para ausentarse justificadamente de su trabajo, y además de ser reintegrada en las mismas condiciones antes de la enfermedad no profesional, circunstancia que no es la del caso; con los derechos que la Ley Orgánica de Discapacidades confiere a las personas que tengan alguna condición de discapacidad como parte de los grupos vulnerables, concretamente con la garantía de estabilidad y la indemnización especial de 18 meses de remuneraciones prevista en el artículo 51 de la mencionada Ley. Las personas discapacitadas, están consideradas como parte de los grupos vulnerables de la sociedad y la Constitución garantiza sus derechos, entre ellos a la inclusión laboral, conforme lo establecido en los artículos 35 y 47 de la Constitución. El artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades no establece como condición especial o requisito previo para acceder al derecho a la indemnización especial en caso de despido intempestivo, que la persona trabajadora discapacitada notifique al empleador haciendo conocer su situación de salud, como sucede en el caso específico de la mujer embarazada; así se ha pronunciado la Sala de lo Laboral de esta Corte Nacional. Entre los derechos de libertad de las personas, está el de guardar reserva sobre sus convicciones; y en ningún caso se puede exigir a las personas información sobre sus creencias, filiación política o datos referentes a su salud; así lo establece el art. 66 numeral 11 de nuestra Constitución. Por lo tanto la actora no estaba obligada a informar a su empleador, al

amparo de su derecho de reserva, sobre su condición de discapacidad por la enfermedad de VIH: y en base a este argumento negarle la indemnización que le confiere el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Sobre el tema de los derechos laborales de las personas enfermas con VIH y la carga de la prueba del despido por discriminación, existe un precedente de la Corte Constitucional emitido en sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, de 9 de octubre de 2013, que tiene efectos obligatorios para todos los casos en que exista controversia sobre los derechos laborales de las personas portadoras de VIH, por cuanto el numeral 3. 7 (ii) se pronuncia: *“Como garantía de no repetición en favor de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, pertenecientes al grupo de atención prioritaria, la Corte Constitucional, en virtud de la competencia establecida en el artículo 436 numerales 1 y 6, establece como regla jurisprudencial con efectos inter partes e inter comunis la siguiente: ii. La separación de las labores de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA, se presume prima facie como violatoria de los derechos constitucionales, por fundarse en criterios sospechosos, a menos que el empleador demuestre una causa objetiva - razones válidas y suficientes- que justifiquen de manera argumentada y probada ante la autoridad competente que no se trata de un despido que se funda en un criterio sospechoso.”* (lo resaltado en negrillas corresponde a este Tribunal).- Por lo tanto al haberse justificado el cargo de indebida aplicación del artículo 177 del Código del Trabajo, en aplicación del art. 273 numeral 3 del COGEP, que dispone: *“Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos”*. La actora ha demandado en juicio sumario laboral impugnando el acta de finiquito suscrita el 30 de junio de 2016, por considerar que aquella afecta sus derechos por cuanto no se ha incluido la indemnización especial de 18 meses de remuneraciones por despido intempestivo prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; también reclama la indemnización por despido discriminatorio, de acuerdo al art. 195.3 del Código de Trabajo: además de valores por descuentos por faltas injustificadas en los meses de enero y abril de 2016, y utilidades por los períodos 2014, 2015 y 2016. Al respecto se considera: a) La

existencia de la relación laboral y el hecho del despido intempestivo no es materia de controversia, pues están reconocidos en el acta de finiquito de 30 de junio de 2016 suscrita por las partes ante el inspector del trabajo. b) La condición de discapacidad de la actora, con el grado de 47% de discapacidad, está plenamente acreditada según la copia del carnet del CONADIS emitido el 8 de junio de 2012. c) Conforme se analizó anteriormente, la persona trabajadora con discapacidad, en el caso de despido intempestivo, como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. d) En cuanto a la acción de despido por discriminación prevista en el artículo 195.3 del Código del Trabajo, en la parte que dispone: *“En cualquier caso de despido por discriminación sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.”* (Indemnización por un año de remuneraciones). Sobre este reclamo es aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional emitido en sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11 -EP, de 9 de octubre de 2013, esto es, que el despido de la ex trabajadora se debió a otras consideraciones distintas a su condición de la enfermedad de VIH. La parte demandada no ha desvirtuado esta presunción, es decir, no ha probado que el despido intempestivo se debió a otra causa distinta a la situación de la ex trabajadora como enferma de VIH.- e) En relación al reclamo de los descuentos efectuados en los meses de enero y abril de 2016, la actora no ha justificado la ausencia temporal por permisos médicos y por ende, la ilegalidad de los descuentos. Finalmente, respecto del pago de utilidades, conforme se valoró la prueba en primera instancia, no se ha demostrado que la empleadora generó utilidades durante los períodos reclamados. **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 la sentencia dictada por el Tribunal de mayoría de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 26 de julio de 2017, a las



17h30: y en su lugar ordena que la demandada Marjorie Tatiana Vera Reyes, por sus propios derechos, pague a la actora la indemnización contemplada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades que corresponde a dieciocho remuneraciones mensuales, así como también la indemnización prevista en el artículo 195.3 del Código del Trabajo, que corresponde a un año adicional de remuneraciones: Rubros que se cuantifican en la cantidad de QUINCE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD 15.000,00) tomando en consideración que la última remuneración de la actora fue de USD 500.00.- Con costas y honorarios a

cargo de la demandada, que se fijan en el 5% al tenor de lo dispuesto en el artículo 588 del Código de Trabajo.- No a lugar el pago de intereses, por no estar dentro de los rubros establecidos en la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 08-2016, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 894 de 1 de diciembre de 2016.- Actúa el Dr. Segundo Ulloa Tapia en calidad de Secretario Relator encargado.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

f) **Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gaviña, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.**



IX

Causa Nro. 0254-2016

Resolución Nro. 1028-2017

Fecha: 15 de diciembre de 2017, a las 10h33

TEMA: La estabilidad pactada en la Contratación Colectiva, no procede por cuanto esta ya precluyó, pues en el caso de estudio el despido intempestivo ha sido el 8 de marzo del 2016, fecha de la resolución de visto bueno otorgada a favor del empleador que ha sido declarada ilegal e improcedente por los jueces ad quem, a ese tiempo ya no estaba vigente la cláusula de garantía de estabilidad laboral, pues esta se habría consumido al haber superado los tres años que señala el contrato colectivo.

ACTOR: Cruz Amable Bermeo Loor

DEMANDADO: EAPA San Mateo Esmeraldas

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor, presenta la demanda laboral en contra de " EAPA SAN MATEO.", que laboró para la entidad demandada, desde el 1 de mayo del 2008 hasta el 9 de mayo de 2016 conforme al acta de finiquito que consta en el proceso, que la entidad demandada solicitó el visto bueno contra los comparecientes con el argumento que: el 4 de enero del 2016, un grupo de trabajadores paralizaron la empresa demandada, impidiendo el ingreso a los directivos, lo que fue verificado por la inspectoría del trabajo, quien emitió un informe que se desprende en lo siguiente: " las medidas tomadas por los trabajadores constituye una medida ilegal que no se encuentra establecida dentro de las causales del Art. 497 del Código del Trabajo para que se pueda declarar la huelga", en el informe del Inspector consta el nombre del actor, dadas las circunstancias se presentó el visto bueno en contra de los trabajadores que participaron en la huelga, ante este hecho de notificación la autoridad de trabajo tenía 30 días para emitir el informe conforme a derecho, sin embargo el 10 de marzo del 2016 fue notificado con la resolución de visto bueno, con estos antecedentes solicita en su demanda que se acepte la impugnación de visto bueno, que sea declarado ilegal e ineficaz y se ordene el pago de los siguientes rubros: indemnizaciones previstas en el contrato colectivo, con el recargo respectivo y además el pago de las remuneraciones proporcionales, el rubro del Art. 32 del Contrato Colectivo, desde el año 2010, hasta la terminación de la relación laboral la bonificación del desahucio del Art. 185 del Código del Trabajo, el pago de las horas extraordinarias en el mes de diciembre de 2013, enero, febrero y marzo del año 2014, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2015, enero, febrero y hasta el 10 de marzo del 2016 a 88 horas por mes, más los intereses de los rubros conforme el Art. 614 del Código del Trabajo. El juez de primer nivel, una vez analizada las pruebas agregadas al proceso acepta parcialmente la demanda y dispone que se pague al actor treinta y seis remuneraciones a razón de \$ 592,76 que es la remuneración percibida en enero del 2016 que resulta \$ 21.339,36 (VEINTIUN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS) como lo prevé el Art. 14 del Contrato Colectivo suscrito entre la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado " San Mateo" y el Comité de Empresa de los Trabajadores " CATAPAE", que establece: " Si a pesar de lo convenido el empleador desahuciare, despidiere o suprime en el presupuesto, cargo o partida correspondiente a un trabajador, pagará como indemnización



los tres años señalados en este instrumento, y se calculará en base a lo establecido en los mandatos Constituyente Nro. 2 -04-08 6y Decreto Ejecutivo 1701 publicado en el Registro Oficial Nro. 592 del 18 de mayo del 2009”, sin intereses por no permitirlo la norma contractual señalada.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El actor y el demandado interponen recurso de apelación, la parte actora interpone su recurso de apelación amparado en dos normas legales recargo del Art. 16 del Contrato Colectivo y 185 del Código del Trabajo y lo principal de su recurso sostiene que: “ habiendo norma contractual que obliga al pago del recargo del Art. 16 del Contrato Colectivo en las circunstancias y recargos que la norma legal prevé, no hay razón para que se le niegue, así como lo estipula el Art. 185 del código del Trabajo, que en caso de despido intempestivo se debe cancelar el desahucio”, por su parte la entidad demandada solicita que “ La paralización de las actividades en la empresa constituye una medida ilegal que no se encuentra establecido en el Art. 497 del Código del Trabajo para que se declaren en huelga”, su recurso lo ampara en el Art. 326 de la Constitución de la República, los Arts. 2, 6 y 8 del Mandato Constituyente Nro. 2, Art. 1 del Mandato Constituyente Nro. 2.- En virtud de lo expuesto este Tribunal de Apelación y analizada los recursos interpuestos acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el accionante en cuanto a reconocer los rubros reclamados por el Art. 188 y 185 del Código del Trabajo en la cantidad de \$ 4.742, 08 (cuatro mil setecientos cuarenta y dos centavos de dólar), a su vez acepta parcialmente el recurso interpuesto por la parte accionada, en cuanto al no pago de la estabilidad se reforma la sentencia y se dispone que la parte accionada pague al actor \$ 5.927,60 (cinco mil novecientos veinte siete, con sesenta centavos de dólar), conforme lo prescrito en el Art. 256, inciso segundo del Código General de Procesos, se absuelve la consulta en los términos que ya han sido expuestos. Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora y demandada interponen recurso de casación, la parte actora interpone por el caso quinto artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y el recurso presentado por la parte demandada por los casos tercero y cuarto, siendo admitido el caso tercero del Art. 268 ibídem.- Virtud de la no comparecencia del demandado a la audiencia de casación se declara el abandono del recurso de casación. El Tribunal de Casación una vez analizada la resolución y considerando que el despido intempestivo del actor se produjo el 8 de marzo del 2016, fecha de la resolución del visto bueno otorgada a favor del empleador que ha sido declarada ilegal e improcedente por los jueces ad quem, a ese tiempo no estaba vigente la cláusula de la garantía de la estabilidad laboral, pues esta se habría consumido al haber superado los 3 años que señalaba el contrato colectivo. Bajo estos parámetros. Se debe considerar la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial Nro. 650 del 8 de agosto del 2009, que resuelve “ ... que el plazo de duración del contrato colectivo determina sus efectos jurídicos, sin que pueda considerarse que un contrato de tal naturaleza jurídica, pueda entenderse como de tiempo indefinido”, aclarando que los derechos pactados en el Contrato Colectivo siguen vigentes para los trabajadores que continúan bajo la dependencia del empleador hasta la suscripción del nuevo Contrato Colectivo de Trabajo. Por estas circunstancias este Tribunal, no casa la sentencia del Tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0254-2016

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO LABORAL.-

Quito, 15 de diciembre de 2017, las 10h33.-

VISTOS: En el juicio laboral seguido por Bermeo Loor Cruz Amable en contra de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado San Mateo, el tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, dicta sentencia el 16 de agosto de 2017, las 10h59, aceptó parcialmente los recursos de apelación presentado por las partes, reformó la sentencia subida en grado y acorde a lo establecido en el artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos absuelve la consulta. Inconforme con esta decisión, la parte actora y demandada interponen recurso de casación, admitiendo a trámite el doctor Alejandro Artega, Conjuez Nacional. Los cargos admitidos en relación al recurso de casación presentado por la parte actora son por el caso quinto artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; y en el recurso de casación presentado por la parte demandada se interpone por los casos primero, tercero y cuarto; siendo admitido el caso tercero del artículo 268 ibídem. Encontrándose la causa en estado de dictar la sentencia escrita, para hacerlo se considera **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resoluciones Nos. 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 Republica y 191.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como del sorteo que obra del expediente. Este Tribunal de la Sala de lo Laboral se encuentra integrado por: Doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente; doctora Maria Consuelo Heredia Conjuenza Nacional, por licencia otorgada a la doc-

tora Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional y doctor Roberto Guzmán Castañeda Conjuez Nacional por licencia otorgada al doctor Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional.

SEGUNDO.- ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE

Este Tribunal de Casación, acorde a lo establecido en los artículos 272 y 93 del Código Orgánico General de Procesos, en audiencia celebrada el 11 de diciembre de 2017, las 09h00, pronunció su decisión en forma oral.

2.1: ABANDONO DEL RECURSO DE CASACIÓN DEL DEMANDADO

El doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente en este proceso, en atención a lo previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, mediante providencia de 4 de diciembre de 2017, las 15h43, convocó a la audiencia para el conocimiento de resolución de los recursos de casación presentados por las partes, para el día lunes 11 de diciembre de 2017 a las 09h00, decreto que fue debidamente notificado a las partes, en este sentido se considera: El artículo 86 del Código Orgánico General de Procesos, señala que las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, con excepción de las siguientes circunstancias: 1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir. 2. Que concurra procurador común o delegado, con la acreditación correspondiente, en caso de instituciones de la administración pública. 3. Cuando a petición de parte la o el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de video conferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología. El artículo 87 del Código General de Procesos establece las consecuencias procesales y legales en caso de que alguna de las partes no hubiere concurrido a las audiencias; disponiendo: "Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias. En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono.". El

artículo 249 inciso tercero del Código Orgánico General de Procesos, determina que si se declara el abandono en segunda instancia o en el recurso extraordinario de casación, se tendrá por desistida la apelación o dicho recurso y por firme la resolución recurrida, y se devolverá las actuaciones al tribunal o a la judicatura de donde procedieron. Bajo estas disposiciones, en el presente caso en el día y hora señalados, se instaló el Tribunal de Casación, y acorde a lo determinado en el artículo 79 del referido Código, el juez Ponente solicitó al señor secretario relator de la Sala que certifique si las partes se encontraban presentes para la realización de la audiencia, informándose que no han comparecido la empresa demandada que es una de las recurrentes conforme consta de la razón que obra del expediente de casación; por lo que en aplicación de los artículos 86, 87 y 249 del Código Orgánico General de Procesos, al no haber comparecido a la audiencia de casación la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado San Mateo, ni a través de su representante legal ni por intermedio de su procurador judicial, este Tribunal de Casación declara el abandono del recurso de casación.

2.2. INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACTORA

El casacionista, argumenta que la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, rechaza el reclamo de las indemnizaciones previstas en el primer contrato colectivo celebrado entre los trabajadores y la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado San Mateo, desconociendo lo que establecen los artículos 9, 10, 13, 14 y 16 segundo inciso de Primer Contrato Colectivo celebrado entre los trabajadores y la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado San Mateo, referentes a la vigencia del instrumento contractual y la estabilidad de los trabajadores. Señala que el tribunal ad quem transgrede la intangibilidad e irrenunciabilidad que se encuentra establecida en el artículo 326.2 de la Constitución de la República, porque no había razón jurídica para negar el derecho proclamado en el Contrato Colectivo. Alega que el Contrato Colectivo según el artículo 1561 del Código Civil, constituye ley para las partes, y como tal es obligatorio su cumplimiento. Considera que se ha producido una falta de aplicación de las normas contractuales y de la Constitución, pues la Sala al apoyarse en criterios incurre en una indebida interpretación, ya que el contrato colectivo prevé la renovación de éste, y por lo tanto la garantía de estabilidad también. Considera que al haberse

celebrado el contrato el 8 de abril de 2010, la estabilidad de tres años se prolongó hasta el año 2016. En consecuencia, producido el despido intempestivo con la ilegal resolución de visto bueno emitida el 8 de marzo del 2016, tiene lugar la reclamación que se efectúa en base al contrato colectivo.

TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

3.1.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

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.). Considerando que la casación en el ordenamiento jurídico colombiano establece la posibilidad de cambiar los hechos, no así la casación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que no permite efectuar estas actuaciones. 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 Ubida: “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. [...]”. (La Casación Civil en el Ecuador”, Andrade & Asociados,

Fondo Editorial, Quito, 2005, págs. 42-43). 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.

3.2.- CONCEPTUALIZACIÓN DE MOTIVACIÓN

Una vez que ha sido analizado el recurso de casación y la sentencia del tribunal de alzada, confrontado con el ordenamiento jurídico vigente, corresponde a este Tribunal limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación acorde al mandamiento contenido en el artículo 76. 7, literal l) de la Constitución de la República, que establece: “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”; observa que la falta de motivación acarrea la nulidad de la resolución judicial. Por lo que, al emitir su pronunciamiento debe hacerlo sustentado en el ordenamiento legal vigente, así como en los principios generales del derecho, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, y que las partes sientan esa certidumbre que otorga el obtener una sentencia motivada. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en la sentencia No. 048-11-SEP-CC, del caso No. 1252-10-EP, respecto a la motivación señaló: “Este derecho de motivación se articula plenamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, este derecho no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces determinan que sus actuaciones

se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto. [...]”. El tratadista Fernando de la Rúa, sostiene que: “El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final, la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el Juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados...”. (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150).

3.3. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a dilucidar es si se ha producido la aplicación indebida de los artículos: 326 numerales 2, 3 y 33 de la Constitución de la República del Ecuador; 1561 del Código Civil; 9, 10, 13, 14, segundo inciso del artículo 16 del Primer Contrato Colectivo celebrado entre los trabajadores y a la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado San Mateo, al no haberse dispuesto el pago de las indemnización que prevé las invocadas normas contractuales referentes a la estabilidad.

4. ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN PRESENTADA:

4.1.- UNICO CARGO: CASO QUINTO

Este caso procede, cuando el juzgador de instancia incurre “en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”, lo que implica que se configure un *error de juicio*, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El tratadista Murcia Ballén, respecto de la violación directa de la norma, señala: “*Como lo anticipamos, la violación directa de la norma*



sustancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. Emanan, por tanto, de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutive del fallo...". (MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 354.).

4.2.-EXAMEN DEL CARGO:

El tribunal ad quem, al emitir su sentencia en el numeral 9.4 se pronuncia respecto al reclamo de la parte actora referente a la estabilidad pactada en el Contrato Colectivo, señalando que no procede la estabilidad reclamada porque esta precluyó. Al respecto, se considera: **a)** El artículo 9 del Primer Contrato Colectivo materia de este análisis establece que el mencionado contrato tendrá una vigencia de dos años a partir de la fecha de su celebración, esto es desde el 8 de abril de 2010; garantizando una estabilidad de tres años para los trabajadores de acuerdo al artículo 14 de ese mismo cuerpo contractual. En este orden, considerando que el despido intempestivo del actor ha sido el 8 de marzo del 2016, fecha de la resolución de visto bueno otorgada a favor del empleador que ha sido declarada ilegal e improcedente por los jueces ad quem; a este tiempo ya no estaba vigente la cláusula de garantía de la estabilidad laboral, pues ésta se habría consumido al haber superado los tres años que señalaba el contrato colectivo. Bajo estos argumentos, se debe considerar la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 650 de 8 de agosto de 2009, que resuelve "... que el plazo de duración del contrato colectivo determina sus efectos jurídicos, sin que pueda considerarse que un contrato de tal naturaleza jurídica, pueda entenderse como de tiempo indefinido", aclarando que los derechos pactados en el contrato colectivo siguen vigentes para los trabajadores que continúan bajo la dependencia del empleador hasta la suscripción del nuevo contrato colectivo; no así la estabilidad que es la prohibición de dar por terminada unilateralmente la relación laboral, misma que cumplido el plazo pactado se

extingue, como ha sucedido en el presente caso; bajo estas consideraciones no existe falta de aplicación de los artículos 9, 10 13 y 14 numeral 2 del Primer Contrato Colectivo de Trabajo, relativos al plazo de vigencia de ese contrato y a la garantía de estabilidad de sus trabajadores. **b)** Con relación a la infracción del artículo 1561 del Código Civil que acusa el recurrente, referente a que todo contrato legalmente celebrado constituye ley para la partes, no se observa que haya una trasgresión a dicha norma pues las regulaciones del contrato colectivo referentes a la estabilidad laboral conserva su vigencia en el tiempo y no tiene un carácter indefinido, por lo que no se observa infracción de la invocada norma. Respecto a la acusación de los artículos 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República, debe considerarse que la vigencia del derecho a la estabilidad de los trabajadores pactada en un contrato colectivo no significa renuncia de derechos o violación a la intangibilidad de los mismos, por lo que no cabe la alegación propuesta por la parte recurrente. En virtud de lo expuesto, se desechan los cargos planteados por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

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 el Tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas, el 16 de agosto de 2017, las 08h54. Actúa el Abogado Roberto Esteban Santander Erazo, en calidad de Secretario Relator encargado.- Actúe el abogado Esteban Santander Erazo, en calidad de Secretario Relator Encargado. **Notifíquese y devuélvase.-**
f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL. Dra. María Consuelo Heredia Yeroivi, CONJUEZA NACIONAL. Dr. Roberto Guzmán Castañeda CONJUEZ NACIONAL.



Gaceta Judicial
año 2017

**SALA DE LO CIVIL
Y MERCANTIL
DE LA CORTE NACIONAL
DE JUSTICIA**

I

Causa No. 582-2016
Resolución 075-2017
Fecha: 12 de junio del 2017

TEMA: Proceso verbal sumario por cobro por consumo con tarjeta de crédito. El contrato de tarjeta de crédito no debe confundirse con documento probatorio de los consumos. La entidad que pretenda el cobro de consumos realizados con tarjeta de crédito debe adjuntar a su demanda un estado de cuenta detallado, cuya copia deberá estar debidamente certificada por el o los funcionarios autorizados, a fin de garantizar la autenticidad de los mismos.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Comparece el actor y sostiene que el demandado suscribió un contrato de emisión y uso de tarjeta de crédito. Que producto del uso de la tarjeta, el demandado adeuda la cantidad de USD \$8.138,90; por lo que reclama el pago de lo adeudado más intereses de mora, gastos judiciales y costas procesales. Se citó por la prensa. A la Audiencia compareció únicamente el actor. Como prueba presenta estados de cuenta, sin explicar la procedencia o sustento de cómo se llegó a la cantidad reclamada, no existe motivación. Razón por la cual se declara sin lugar la demanda.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El actor presenta recurso de apelación. El Tribunal concluye que los estados de cuenta presentados carecen de valor probatorio, han sido certificados como fiel copias por el mismo Procurador Judicial, sin estar facultado en la escritura de Procuración, por lo cual carecen de valor probatorio, y tampoco reúnen los requisitos exigidos por la Superintendencia de Bancos, no contienen detalle pormenorizado; por lo cual rechaza el recurso y confirma la sentencia subida en grado.

SÍNTESIS CASACIÓN

La parte actora presenta recurso de casación de la sentencia que acepta el recurso de apelación y revoca la subida en grado y declara sin lugar la demanda. Al amparo de las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Alega que el demandado no se presentó a dar contestación a la demanda, por lo que no ha redargüido ni objetado la legitimidad de las pruebas presentadas en el proceso. Que como Procurador Judicial de la entidad actora, tenía poder suficiente para expresar que los estados de cuenta presentados en el proceso son iguales a su original. El Tribunal señala que el contrato de emisión de tarjeta prueba la relación crediticia origen de la obligación pretendida. Señala que los contratos de tarjeta de crédito son contratos de adhesión, se consolidan al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Realiza una distinción entre el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones que nacen del contrato. Añade que era obligación de la entidad financiera presentar los estados de cuenta con el detalle pormenorizado de consumos, nombre de establecimiento, abonos realizados, liquidación de intereses, comisiones, impuestos, otros cargos, saldo total en moneda correspondiente y fecha máxima de pago; todo esto para dar cumplimiento a la Resolución expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros. En virtud de lo señalado no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 0582-2016

Juez Ponente: Dr. Oscar Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, lunes 12 de junio del 2017, las 10h30.-

VISTOS.- (2016-582): **1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:**

En virtud de que los Jueces y Jueza Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 01 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 para conocer de esta causa, en los términos de 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 señor Gerson Haro Merino en calidad de Procurador Judicial del Banco del Pacífico S.A. contra la sentencia proferida por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 11 de marzo de 2016, las 11h16, que rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia venida en grado en el juicio verbal sumario propuesto en contra de Olmedo Palomino Sánchez.- **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista aduce que en el fallo que impugna se ha infringido los Arts. 66.16 y 82 de la Constitución de la República; los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil; 38, 44, 45 numerales 3, 4 y 8, 103, 113, 114, 115, 116, 117 y 121 inciso primero, 176 y 194.4 del Código de Procedimiento Civil; Art. 164 del Código de Comercio, Arts. 255 y 260 de la Ley de Compañías; y, 225 del Código Monetario y Financiero. Fundamenta el recurso en las causales primera, segunda y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. La Sala de Conjuces de esta Sala Especializada en auto de admisión de 2 de diciembre de 2016, las 09h18, aceptó el recurso para su trámite y resolución en sede casacional. Concluido el trámite de sustanciación, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO**

DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un medio de impugnación extraordinario y público; 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 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, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración, y, la reparación, por la justicia del caso concreto, de los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (la función dikelógica de la casación así lo entiende en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional y la consecuente 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. Cabe la compatibilización de estas tres finalidades



una en función de las otras, pues debe funcionar en forma subordinada y armónica, sin prevalencia de una respecto de la otras. La casación es recurso riguroso, ocasionalmente 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 SEGUNDA: 5.1.1.** La causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, a la letra, prevé: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: ... 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”. Para la declaración de nulidad se requiere que el acto procesal se haya realizado con violación de normas procesales sancionadas con pena de nulidad. En efecto, no hay nulidad sin ley específica que la establezca, regla básica que tiene su origen y equivalencia en la máxima francesa “*pas de nullité sans texte*” y que concreta el principio rector de este presupuesto llamado de especificidad, tipicidad o legalidad que será comentado infra. **5.1.2.** El recurrente, con sustento en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, aduce que existe “falta de aplicación de las normas procesales establecidas en los artículos 103, 121 y 194.4 del Código de Procedimiento Civil, respecto a que el demandado no compareció a la audiencia de conciliación, por lo tanto al encontrarse en rebeldía, dicha ausencia se configura en negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda, de allí que recae la carga de la prueba sobre el actor. Es así que mi representada, dentro del término de prueba respectivo y conforme a lo establecido en el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, reprodujo las condiciones del convenio de emisión y utilización de tarjeta de crédito... siendo éstas reproducidas a favor del actor con notificación a la contraparte, no obra que el demandado las haya redargüido y objetado su legitimidad dentro de los tres días posteriores a la notificación con dichos documentos, por lo que con relación al proceso surten los efectos señalados en el artículo 194.4 del Código de Procedimiento Civil”. Señala además el recurrente en relación al cargo que impugna que existe “falta de aplicación de la disposición establecida en los artí-

culos 38 y 45 numerales 3, 4 y 8 del Código de Procedimiento Civil, el primero de ellos respecto a la Procuración Judicial conferida al Ab. Gerson Vladimir Haro Merino, para comparecer a toda clase de juicios como actor, tercerista o demandado, investido de todas las facultades que determine el ordenamiento jurídico (sic). Entre ellas las establecidas en el artículo 45 numerales 3, 4 y 8 que establece las obligaciones de los Procuradores Judiciales. En consecuencia podía gestionar, actuar, imprimir, sellar y proveer documentos para la defensa, en ejercicio de su cargo. Pues según el errado criterio de la Sala, el Procurador Judicial del Banco del Pacífico S.A., no tenía poder suficiente para expresar que tales estados de cuenta sean iguales a su original, restringiéndole arbitraria e inconstitucionalmente las facultades previstas expresamente en la ley, lo cual fue determinante en la parte resolutive del fallo impugnado... Es así como se genera una evidente falta de aplicación de lo preceptuado en el artículo 225 del Código Monetario Financiero respecto a que: ‘...La información proporcionada por las entidades financieras y las copias de las reproducciones certificadas expedidas por un funcionario autorizado de la entidad financiera tendrán similar valor probatorio que los documentos originales’; y los artículos 255 y 260 de la Ley de Compañías”. **5.1.3.** El ordenamiento legal establece la nulidad de un acto procesal de todos los que dependen de él cuando se ha inobservado normas procesales, nulidad que se encuentra condicionada, entre otros, a los principios de especificidad y trascendencia. Por el primero de estos principios, no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. “Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean generales para todos los procesos o ya los especiales que rigen sólo en algunos de éstos. Resultan, pues, limitativos y, por consiguiente, no es posible extenderlos a informalidades diferentes” (Humberto Murcia Ballén, ob. cit. p. 474). Ninguna actuación del proceso puede ser declarada nula si la causal no está expresamente prevista en la ley; las causas de nulidad son taxativas, limitativas por lo que no cabe extenderlas a informalidades o irregularidades diversas. Se adiciona que para la declaratoria de nulidad procesal no es suficiente que medie violación de norma jurídica, sino que además es necesario que ese quebranto sea determinante de lo resuelto, que es lo que la doctrina

llama su eficacia causal. Las causas de nulidad procesal se encuentran puntualizadas en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil y que conciernen a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias; y, en el Art. 1014 del mismo Código en lo relativo a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. Este Código contempla también solemnidades especiales para el juicio ejecutivo, Art. 347 y para el juicio de concurso de acreedores, Art. 348. Por el principio de trascendencia, para provocar la nulidad procesal, la omisión de solemnidad o la violación de trámite, Arts. 349 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, tiene que influir en la decisión de lo resuelto. En el evento de que en la tramitación de un proceso se incurra en irregularidades, los medios para su corrección son diferentes, según la naturaleza y gravedad de las mismas, por lo que "...el de la nulidad lo reserva la ley para los casos que, por omitirse un elemento esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico y el derecho de defensa de los litigantes, revisten mayor gravedad" (Humberto Murcia Ballén, ob. cit. p. 574). Entre las garantías del debido proceso se encuentra el principio de obligatoriedad de las formas procesales, es decir, los actos procesales están regulados por la ley en cuanto al tiempo, al lugar y al modo. Según la doctrina acogida por nuestra jurisprudencia para la nulidad procesal deben cumplirse las siguientes exigencias: a) vicio formal que quite eficacia al acto impugnado; b) interés jurídico e inculpabilidad; c) falta de convalidación, cuyos referentes pueden examinarse a la luz de los cinco principios cardinales: de especificidad, de convalidación, de trascendencia, de protección y de conservación. No hay nulidad de forma si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. El principio de trascendencia enseña que la nulidad sólo puede ser declarada cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma; o, desde otro punto de vista "... que la nulidad no procede si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio...no basta un mero planteamiento abstracto para que progrese la articulación nulativa, debe acreditarse la existencia de un perjuicio cierto e irreparable. El fundamento de esta exigencia de demostración del daño es la necesidad de diagnosticar jurídicamente si la irregularidad ha

colocado o no a la parte impugnante en estado de indefensión práctica. El perjuicio debe ser cierto, concreto y real, ya que las normas procesales sirven para asegurar la defensa en juicio y no para dilatar los procesos" (Alberto Luis Maurino, Nulidades Procesales, Editorial Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada. 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2011, pp. 52, 53 y 54). En la especie, no existe el quebrantamiento de su derecho al debido proceso, no se ha provocado su indefensión. Cabe señalar que no existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en las normas mencionadas supra, sin que éstas puedan ampliarse o aplicarse extensivamente, en tal sentido se desecha el cargo. **5.2. SEGUNDO CARGO, CAUSAL TERCERA: 5.2.1.** El cargo por la causal tercera, 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". Para su procedencia es necesario que se encuentren reunidos los siguientes presupuestos básicos: a) la indicación de la norma o normas de valoración probatoria que, a criterio del recurrente, han sido violentadas; 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. Dicho de otro modo, al invocar la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, el recurrente debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera respecto de normas de valoración de la prueba, y, la segunda relacionada con la vulneración de normas de derecho sustantivo o material y que han sido afectadas como consecuencia o por efecto del primer yerro, de tal modo que se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. **5.2.2.-** En relación con la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, el recurrente manifiesta que: "...la Sala resolvió rechazar la apelación y confirma la sentencia del juez a quo, indicando en su considerando tercero que: ' 6) en razón de lo expresado en los acápites precedentes y en mérito de los recaudos

procesales, la parte actora ha fundamentado su demanda en documentos (estados de cuenta) que carecen de valor probatorio y que no reúnen los requisitos determinados por resolución de la Superintendencia de Bancos, careciendo de mérito como documentos de comercio y de prueba de la obligación que se reclama, sin que se haya justificado los consumos realizados por el tarjetahabiente demandado y que se han cargado en su cuenta, por lo que la parte accionante no ha cumplido con su obligación prevista en el inciso primero del Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, ya que no ha probado los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio'. El artículo 18 de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria Libro I Normas Generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Título I De la Constitución, Capítulo V Constitución Funcionamiento y las Operaciones de las Compañías Emisoras y Administradoras de Tarjeta de Crédito y los Departamentos de Tarjetas de Crédito de las Instituciones Financieras, Sección III de los Contratos y Formatos indica que: 'La institución autorizada deberá entregar mensualmente al tarjetahabiente, en forma física, el estado de cuenta de su tarjeta de crédito, mismo que deberá presentarse en base al modelo que la Superintendencia de Bancos y Seguros determine para el efecto y lo remita a través de circular. Las instituciones del sistema financiero, previa aceptación expresa y escrita del titular del tarjetahabiente, podrán entregar el estado de cuenta vía Internet o por correo electrónico o cualquier otro medio...'. Por consiguiente los estados de cuenta en mención, se encuentran diseñados de acuerdo a lo preceptuado y posteriormente aprobado por la Superintendencia de Bancos y Seguros, por lo que no cabe hacer alusión a una supuesta falta de requisitos de dicho documento" (sic). **5.2.3.** La exigencia de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación es que, a más de la vulneración de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación, cualesquiera de estas formas de violación de normas procesales que establecen determinado valor probatorio a un medio de probanza, regulando su eficacia, debe llevar a la infracción de norma sustancial por su falta o indebida aplicación; así lo dice expresamente esa norma procesal: "...siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación

o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". Refiriéndose a esta ineludible exigencia el censor señala como normas materiales o sustanciales vulneradas, por su falta de aplicación, los Arts. 13.8 y 18 de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria Libro I Normas Generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Título I De la Constitución, Capítulo V Constitución Funcionamiento y las Operaciones de las Compañías Emisoras y Administradoras de Tarjeta de Crédito y los Departamentos de Tarjetas de Crédito de las Instituciones Financieras, Sección III de los Contratos y Formatos. Ninguna de estas disposiciones tienen la naturaleza de sustanciales; en efecto, éstas se actúan por medio de la función jurisdiccional, a través de un debido proceso y que son aplicadas por la petición de tutela y en cuanto proveen al sujeto de una pauta de conducta determinada, tienen este carácter "...las que, frente a la situación fáctica en ellas contempladas, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes implicadas en la hipótesis legal. Una de estas cuatro cualidades es pues lo que hace que la norma tenga el abolengo expresado, que declare, cree, modifique o extinga relaciones jurídicas" (Jorge Cardoso Isaza, Manual Práctico de Casación Civil, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá-Colombia, 1984, p. 107). En tanto que, los Arts. 113, 114, 116, 117 y 121 primer inciso del Código de Procedimiento Civil, que también reclama no aplicados, dicen relación a la carga de la prueba (onus probandi), apreciación de la prueba en armonía con la sana crítica, pertinencia o conducencia probatoria y, oportunidad de su articulación, sin que constituyan preceptos jurídicos aplicables a valoración probatoria que, como ya se dijo, consagran cierto valor de probanza a uno de esos medios previstos por el legislador como válidos para articular la justificación de los hechos alegados. Ergo, el censor no ha determinado ninguna norma de derecho sustancial que hubiesen sido vulneradas incumpliendo, de este modo, con la exigencia de la proposición jurídica completa. Por tratarse el cargo formulado por el casacionista de violación indirecta de norma material, "...el recurrente que acusa por error en la apreciación de la prueba y que, aun demostrándolo no pasa adelante, se queda, por decirlo así, en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha

abierto... El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, es una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración; b) la consiguiente violación de la ley sustantiva detallada...; y c) la incidencia del cargo sobre la parte resolutive de la sentencia” (Humberto Murcia Ballén, op. cit. p. 365). En consecuencia, el incumplimiento, además, de esta exigencia torna improcedente el recurso.-

5.3. TERCER CARGO, CAUSAL PRIMERA:

5.3.1. Por este error in judicando se imputa al fallo impugnado violación directa de normas de derecho sustantivo y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, por su aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento concurre cuando: 1.- El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido, por absoluto desconocimiento de la misma o por ignorar 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). Con la sentencia se convierte, en el caso específico, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que contiene la ley. La sentencia es decisión y como tal el resultado del razonamiento o juicio del juez, en la que existen premisas y conclusión. La sentencia contiene un mandato con fuerza impositiva que vincula y obliga; convierte por tanto la regla general contenida en la ley en mandato concreto para el caso determinado. Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes. La sentencia viene a ser “... el acto jurídico proce-

sal emanado del juez y volcado en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido los hechos alegados y probados por las partes, creando una norma individual que disciplinará las relaciones recíprocas de los litigantes, cerrando el proceso e impidiendo su reiteración futura” (Aldo Bacre, Teoría General del Proceso, Tomo II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980, p. 146). La sentencia constituye fuente reguladora de la situación jurídica controvertida, la que en cuanto manifestación trascendente del ejercicio jurisdiccional, debe ser acatada por las partes y respetada por terceros. En este acto procesal el juez aplica la norma sustancial que regula el caso controvertido, norma que, clásicamente, se la entendió como la que señala y define los derechos subjetivos, reales y personales, y precisa las obligaciones de las personas. Las normas de derecho sustancial, es decir, aquellas que proveen al sujeto de una pauta de conducta determinada, a las que Hart las llama primarias (H. L. A. Hart, El concepto del derecho, Editora Nacional, México D.F. 1980, p.101), son creadas en la expectativa optimista de que van a ser cumplidas espontáneamente. Para que pueda alegarse la causal primera como motivo de casación, es necesario que las normas que se dicen infringidas tengan esa naturaleza, pues si no son sustanciales las que se dicen quebrantadas, no puede concurrir el motivo primero de casación. El juez, al fallar, establece una comparación entre el caso controvertido y la o las normas de derecho que reglen esa relación; si encuentra que los hechos y la relación jurídica sustancial conflictiva encajan, subsume en el supuesto de hecho de la norma y entonces aplica su efecto jurídico. Por ello que la doctrina alemana, refiriéndose al error que se comete al aplicar a los hechos una regla que no corresponde, lo llama defecto de subsunción y que actúa “...cuando se llega a una defectuosa calificación de los hechos a los que se les hace jugar una disposición que no se identifica con su verdadera esencia; sea porque su supuesto legal es otro, o porque se prescinde de esgrimir la regla que conviene a su contenido” (Juan Carlos Hitters, ibídem, p. 273). **5.3.2.** En el caso in examine el recurrente puntualiza que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de las normas de derecho contenidas en los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil, en razón de que: “... perjudica los intereses de mi



representado, ya que, consta un convenio de emisión de la tarjeta Mastercard, cuya autenticidad no ha sido impugnada en su legitimidad, ni enervada por el accionado; y, que por consiguiente obliga a las partes en los términos y condiciones que se encuentran en el reverso del documento Convenio para la Emisión y uso de Tarjeta de Crédito Mastercard, el mismo que corre de autos, y que está firmado por el ahora demandado en señal de aceptación; y, no sólo que la resolución de mayoría viola las normas sustantivas invocadas, sino que desconoce el principio básico del Derecho Civil *Pacta Sunt Servanda*... Asimismo se viola el Art. 164.3 del Código de Comercio, que establece que los contratos mercantiles se prueban por cualquier medio de prueba admitido por la ley civil. La falta de aplicación de los artículos referidos por parte de los señores jueces de la Sala, viola las disposiciones legales y el principio del derecho civil, causando en su fallo serios perjuicios económicos a mi representado y por ende al Estado ecuatoriano. En el considerando Tercero, los señores jueces de la Sala Especializada establecen, entre otras cosas, que el demandado suscribió un convenio para la emisión de la tarjeta de crédito Mastercard, al efecto hacemos notar que con dicho contrato el actor ha comprobado la relación crediticia, origen de la obligación pretendida. En el convenio para la emisión de la tarjeta de crédito, que es ley para las partes y que fue inaplicado por la Sala en la sentencia impugnada, las partes de común acuerdo, conforme a la normativa de la Superintendencia de Bancos previeron que: Una vez recibido el estado de cuenta mensual, sí el tarjetahabiente no reclamare dentro del plazo establecido, se entenderá que se encuentra conforme con el mismo y que además lo recibió oportunamente, de conformidad con lo pactado en dicho convenio... por lo tanto se deduce que el estado de cuenta constituye prueba instrumental plena y suficiente del cargo o consumo realizado (sic). El demandado, aceptó y dio su conformidad plena a los estados de cuenta y más aún cuando no fueron impugnados en la etapa de prueba ni objetados en su legitimidad, y que al haber la Sala Especializada Civil del Guayas confirmando la sentencia que declaró sin lugar la demanda, basada en que quien certifica los estados de cuenta no está autorizado para ello, la Sala omitió aplicar las normas legales de los artículos 1561 y 1562 del Código Civil; así como, el principio del derecho civil *Pacta Sunt Servanda* entre otras normas, que man-

dan que el contrato legalmente celebrado conforme a la normativa de la misma Superintendencia de Bancos es ley para las partes, que la Sala debió respetar en resguardo de los derechos fundamentales a la libre contratación y a la seguridad jurídica garantizados en la Constitución de la República”.-
5.3.3. Se define a la obligación como el vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio de otra. El contrato, una modalidad de convención, crea o transfiere derechos y obligaciones, o dicho en otras palabras, genera obligaciones que se traducen o catalogan como derechos personales o créditos. “Si el acuerdo o concurso de voluntades tiene por objeto crear obligaciones, recibe el nombre específico de contrato. Podemos definirlo como la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones” (Arturo Alessandri Rodríguez, *De Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (sin año de la edición), pp. 4 y 5). En materia contractual, la voluntad es soberana, es ella la que los genera. El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es ese acuerdo el que, salvas ciertas restricciones por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. Los contratos pueden clasificarse en diversas formas, según sea el aspecto desde el cual se les considere, entre ellas el contrato de adhesión. Si bien el Código Civil en su Libro IV De las Obligaciones en General y de los Contratos no lo contempla, no por eso dejan de corresponder a la realidad por las consecuencias jurídicas que de ellas se desprenden. El contrato de adhesión consiste en: “... el consentimiento que da un sujeto para ser sometido a las cláusulas de una convención y en consecuencia significa el acto de aceptación de reglas contractuales sin discusión sobre su validez. En la doctrina de los contratos de adhesión, se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas principales del contrato, por imposición de una de la partes y sin que se haga lugar a una discusión de su contenido ni quepa la posibilidad de discutirlo” (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires-Argentina, 1954, p. 469). Los contratos de adhesión, en cuanto el contenido de las cláusulas contractuales es redactado por una de las partes sin la participación de la otra, “Su

característica es la ausencia de negociaciones preliminares entre los contratantes... uno de ellos impone 'la ley del contrato' al otro, cuyo único papel es aceptarla o rechazarla. El contratante a quien se le propone el contrato se limita a adherir a las condiciones ofrecidas, que, de ordinario, se hallan consignadas en formularios impresos de tipo uniforme, sin poder eliminar ninguna y, a veces, sin siquiera conocerlas" (Arturo Alessandri. op. cit. p. 40).- **5.3.4.** Los contratos de tarjeta son contratos de adhesión a los que se aplica la doctrina relativa a su interpretación y ejecución. Se consolidan al amparo del principio de autonomía de la voluntad. "La relación jurídica contractual que nace entre el emisor y el titular de la tarjeta de crédito se ampara en un contrato denominado de emisión de tarjeta. En su virtud, el emisor concede al titular la facultad de disfrutar de diversos servicios, principalmente financieros, la mayoría de los cuales se activan o utilizan mediante un instrumento denominado tarjeta de pago" (Carles Barutel Manaut, Las Tarjetas de Pago y Crédito, Editorial BOSCH S.A. Barcelona- España, 1997, p. 304). Es un contrato complejo de características propias que establece una relación triangular entre un comprador, un vendedor y una entidad financiera, posibilitando al primero la adquisición de bienes y servicios que ofrece el segundo, mediante la promesa previa formulada a la entidad emisora de abonar el precio de sus compras en un plazo dado por esta última, la que se hará cargo de la deuda abonando inmediatamente el importe al vendedor previa deducción de las comisiones que hayan estipulado entre ambos. 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 tar-

jeta de crédito, pero que no es la causa fuente del título o documento probatorio y legitimante, sino la declaración unilateral del contenido volutivo vinculante y recepticia dirigida a persona cierta, de la entidad financiera que crea y emite la tarjeta de crédito, y si es esto cierto, no cabe duda de que se aprecia la existencia de un negocio jurídico unilateral financiero, distinto de los negocios básicos, fundamentales y subyacentes celebrados entre la entidad financiera y el tenedor de la tarjeta de crédito, y aquélla y el proveedor de bienes y servicios" (Luis Muñoz, Contratos y Negocios Jurídicos Financieros, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires- Argentina, 1981, pp. 729 y 730). **5.3.5.** En el caso sub lite, existe el contrato de emisión y uso de la tarjeta de crédito Cash celebrado entre la Compañía Unicredit S.A, en la actualidad Pacifcard, grupo financiero Banco del Pacífico S.A. y el señor Olmedo Palomino Sánchez y cuyo objeto fue poner en manos del usuario una disponibilidad de crédito para ser utilizada con determinados fines, adquisición de bienes de consumo, mercadería en general, avances en efectivo, entre otros. Sin embargo en este punto es necesario hacer la distinción entre el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones que nacen del contrato. El objeto del contrato es crear obligaciones a cargo de cada una de las partes, obligaciones que se entienden como "El vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación en provecho de otra" (Guillermo Ospina Fernández en Hernando Sarmiento Ricaurte, La Tarjeta de Crédito, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1973, p. 51). Además, el objeto de estas obligaciones son las prestaciones que cada una de las partes debe realizar en beneficio recíproco; prestaciones que pueden ser: de dar, hacer o no hacer. Fue de obligación de la entidad financiera demandante, conforme el Art. 15 del Reglamento codificado para el funcionamiento de las compañías emisoras y/o administradoras de tarjetas de crédito y de los departamentos de tarjetas de crédito en los bancos privados expedido por el Superintendente de Bancos mediante Resolución No. SB-93-0505, publicada en el R.O. No. 232, del 14 de julio de 1993 que dispone "Art. 15. De Los Estados de Cuenta: Los bancos y las compañías emisoras y/o administradores de tarjeta de crédito enviarán mensualmente a sus tarjeta- habientes un estado de su cuenta con el detalle del saldo del mes anterior: el valor de los consumos realizados con el número del respectivo comprobante: el



nombre del establecimiento afiliado; los abonos efectuados; la liquidación detallada de intereses, comisiones, impuestos y otros cargos; el saldo total en moneda nacional y/o moneda extranjera; y, la fecha máxima de pago. Este documento presentado en juicio y certificado por el banco o la compañía emisora y/o administradora de tarjetas de crédito, constituirá prueba de los pagos y consumos realizados”. En concordancia con el Art. 18.6 del Reglamento para el funcionamiento de las operaciones de las compañías emisoras u administradoras de tarjetas de crédito y los departamentos de tarjetas de crédito de las instituciones financieras (Superintendencia de Bancos, Resolución No. SB-JB-96-0083, R.O. No.9 de 22 de agosto de 1996) mediante el cual se dispone que la Institución autorizada deberá entregar mensualmente al tarjetahabiente, en forma física, el estado de cuenta de su tarjeta de crédito mismo que contendrá obligatoriamente al menos la siguiente información: “Detalle pormenorizado de los consumos en moneda nacional o moneda extranjera especificando su fecha de realización, número de la nota de cargo, nombre del establecimiento afiliado e importe, tipo de cambio, de ser el caso”. Ergo, el contrato de tarjeta de crédito no cabe se lo confunda con el documento probatorio de los consumos del tarjetahabiente. En la especie, la parte actora, además de no adjuntar a la demanda los estados de cuenta detallados conforme al artículo precedente, los mismos no se encuentran certificados por el funcionario autorizado del Banco del Pacífico quien debió expedirlo conforme al Art. 80 de la entonces vigente Ley General de Instituciones del Sistema Financiero publicado en el R.O. No. 250 de 23 de enero del 2001; hoy Art. 225 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I, R.O.S. No. 332 de 12 de septiembre de 2014, que señala en su parte pertinente: “...Las copias de la información que remitan las instituciones del sistema financiero a la Superintendencia, certificadas en la forma que ésta determine, servirán como medio de prueba conforme al Código de Procedimiento Civil (...). Las copias certificadas y las reproducciones de esta información expedida por un funcionario autorizado de la institución financiera, tendrán el mismo valor probatorio que los documentos originales (...)”. Los estados de cuenta aparejados a la demanda por la parte actora debieron estar firmados por el o los funcionarios autorizados para ello, a fin de garantizar la autenticidad de los mismos. El incumplimiento

a la disposición transcrita anteriormente enerva la calidad de medio probatorio. Esto en razón de que el poder de procuración judicial otorgado a favor del abogado Gerson Vladimir Haro Merino, es para que ejerza las acciones legales en contra del hoy demandado, es decir para que comparezca en juicio por otro, Art. 38 del Código de Procedimiento Civil, más no certificar documentos del Banco comitente, que deben estar preconstituídos a la presentación de la demanda, facultad que le corresponde al funcionario autorizado por la entidad financiera; el procurador judicial no es funcionario de ésta, le liga un contrato de mandato. El recurrente manifiesta que: “... la obligatoriedad que tiene la parte contra quien se presenta el documento de impugnarlo o redargüirlo de falso en el término de tres días una vez notificado, aquí para el caso descrito por el artículo 194.4, no sirve lo de la negativa pura y simple que es el efecto que le otorga la no comparecencia a la audiencia, e incluso si la contraparte hubiese asistido a la mencionada diligencia y contestado la demanda impugnando los estados de cuenta, tampoco hubiesen dejado de tener lugar los efectos del artículo 194.4, toda vez que el término que el artículo le otorga a la contraparte para impugnar la documentación adjuntada a la demanda, es la de 3 días...”. Si bien la falta de contestación a la demanda no obliga al juez a dictar sentencia favorable a la pretensión del actor, por regla, el silencio del demandado debidamente citado y la posterior declaración en rebeldía autorizan para que se tengan por ciertos los hechos invocados en la demanda, salvo prueba en contrario, pues la falta de contestación importa la aceptación de la veracidad de un hecho, la existencia de un derecho o la autenticidad de un documento, estableciéndose una presunción favorable a la pretensión del actor; sin embargo se debe poner de resalto que “La rebeldía no implica *ipso iure*” la admisión de las pretensiones expuestas por el actor, sino tan solo en aquellos supuestos en los cuales dicho reclamo sea justo y se encuentre acreditado en legal forma” (Víctor De Santo, Las Excepciones Procesales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 175), acreditación que, en la especie, como ya se dijo, es inexistente; ergo, no concurre la pretendida falta de aplicación del Art. 194.4 del Código de Procedimiento Civil que, refiriéndose a los documentos privados, a la letra, prevé: “Cuándo hace tanta fe como los instrumentos públicos.- El instrumento privado en que una persona se

obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público: ...4. Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos". Cabe puntualizar que el inciso primero del precepto transcrito, en su párrafo final enfatiza "siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público", prevención que para el caso que se resuelve se concreta en la exigencia de que los documentos anteriormente comentados, es decir que las copias certificadas deben ser expedidas por el funcionario autorizado por la institución financiera, evento en que tendrán el mismo valor probatorio que los documentos originales, exigencia que no guarda ninguna relación causal ni con el redarguimiento de falsedad ni objeción de legitimidad del documento privado al que se refiere el texto legal del número 4 del Art.194 del Código Procesal invocado. **5.3.6.** Por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, se acusa la violación directa de ley sustantiva, por lo que no cabe ninguna

consideración respecto de los hechos ni hay lugar a análisis probatorio de la clase que fuere, pues se parte del entendido de la correcta estimación de ambos realizada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia. Le corresponde a este Tribunal de Casación, en el ámbito de la causal primera, velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales y no revisar una vez más las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en los grados del juicio. No existe, en consecuencia, vulneración de normas de derecho sustancial como asume el casacionista. Lo comentado conduce a la necesaria consecuencia de desechar el cargo.- **6. DECISIÓN:** Este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia proferida por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 11 de marzo de 2016, a las 11h16. Sin costas ni multas. **Notifíquese y devuélvase.-**
f) Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ; Dr. Oscar Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ (PONENTE); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



II

Causa No. 096-2017
Resolución 275-2016
Fecha: 17 de julio del 2017

TEMA: Juicio verbal sumario por pago de póliza de seguros. La subrogación es la posibilidad de que la empresa aseguradora pueda repetir contra el causante de un siniestro el valor indemnizado; en este tipo de procesos se debe probar dos cosas: la existencia de un contrato de seguro, póliza, fianza, etc., y que efectivamente se haya realizado el correspondiente pago.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor sostiene que su representada otorgó una póliza de seguros de garantías aduaneras en garantía el pago de impuestos de desaduanización, derechos arancelarios, multas, tasas, intereses y recargos que adeudare la compañía AISLATEC como consecuencia del legítimo comercio de sacos de poliestireno expandible. Dicha garantía fue otorgada a favor de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Que el representante legal de AISLATEC, suscribió un "Convenio de otorgamiento de póliza" en el que se comprometió a satisfacer el monto de la póliza; en el mismo convenio el representante legal de AISLATEC, por sus propios y personales derechos suscribió una Garantía Solidaria por la cual hizo suyas las obligaciones. Que Latina Seguros pagó los valores asegurados, por la suma de 13.146.68 por juicio coactivo iniciado por la Corporación Aduanera Ecuatoriana. Por lo que demanda a AISLATEC y su representante como codeudor solidario y reclama el pago del importe de la póliza, mora, costas procesales que incluyen honorarios, reintegro de una tercera parte más de los gastos o expensas. En audiencia de conciliación el demandado presenta las siguientes excepciones: negativa pura y simple de hecho y de derecho; improcedencia de la demanda falta de causa, alega extinción y prescripción del objeto de la demanda; falta de derecho del actor; inaplicabilidad de la vía ordinaria; existencia de hechos extintivos o modificatorios; existencia de hechos afirmados en la demanda; falta de aviso previo. Realizada la valoración de las pruebas, se concluye que la demandada estaba en la obligación de reembolsar el monto de la póliza, por lo que declara con lugar la demanda y ordena el pago de lo adeudado más mora.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia de apelación confirma la de primer nivel por considerar que no se puede sostener que la aseguradora haya efectuado el pago de una póliza que perdió vigencia, ya que se advierte que la Corporación Aduanera requirió el pago dentro de los 30 días que la póliza le amparaba. (Voto salvado).

SÍNTESIS CASACIÓN

La demandada presenta recurso de casación fundamentado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Considera infracción de los artículos 115, 116, 166 y 194 del Código de Procedimiento Civil; 1624, 1626.1 y 1627 del Código Civil; 8, 26, 38, 164 y 204 del Código de Comercio; 47 de la Ley General de Seguros. Alega violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; que para el cobro de la póliza ésta tendría vigencia desde el 23 de abril hasta el 22 de julio del 2007 más 30 días adicionales al vencimiento, que la última citación fue el 14 de diciembre del 2010, por lo que debió

aceptarse la excepción de prescripción; que se debía proceder a la transmisión de derechos de la Póliza y que para que opere dicha transmisión se debió cumplir formalidades, que por no estar la nota de subrogación en la Póliza de Seguro de Garantía Bajo el Régimen de Fianza, se ha violado la Ley. El Tribunal de casación señala la existencia de dos tipos de subrogación: la legal y la convencional. La legal es la contenida en la ley; la convencional se origina en la convención de las partes entre el acreedor antiguo que recibe el pago de la obligación pendiente por parte de un tercero. Añade que en el contrato se estableció como obligación contractual el reembolso del monto de la póliza. Que se debe tomar en cuenta que existe un convenio entre las partes, en el que Sul América Seguros acordó con Latina Seguros una garantía financiera a favor de la Corporación Financiera, con el objeto de pagar derechos arancelarios, multas, tasas, intereses, recargos que asegure como consecuencia de desaduanizar la mercadería. Agrega que en este tipo de procesos se debe probar dos cosas: la existencia de un contrato de seguro, y que efectivamente se haya realizado el pago. En virtud de lo señalado no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 275-2016

Juez Ponente: Dr. Wilson Andino Reinoso

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL.-

Quito, lunes 17 de julio del 2017, las 10h09.-

VISTOS:

Jean Carlos Lingen Paredes, Gerente General de la compañía Aislantes Técnicos S.A. Aislatic., interpone recurso de casación, dentro del juicio verbal sumario que sigue en su contra Latina Seguros y Reaseguros C.A, mediante el cual impugna la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 13 de enero de 2016, las 11h51, la cual confirma la sentencia venida en grado que declaró con lugar la demanda.

PRIMERO

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

- 1.1. Fundamenta su recurso en la causal tercera de la Ley de Casación.
- 1.2. El casacionista considera que se han infringido los artículos:
 - 115, 116, 166 y 194 del Código de Procedimiento Civil.
 - 1624, 1626.1 y 1627 del Código Civil.
 - 8, 26, 38, 164 y 204 del Código de Comercio.
 - 47 de la Ley General de Seguros.
- 1.3. Dice el recurrente, de acuerdo a la causal tercera, que ha existido falta de aplicación del artículo 6 y 164 del Código de Comercio, y

de la misma forma errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha llevado a una indebida aplicación de los artículos 1624 y 1627 del Código Civil, y 47 de la Ley General de Seguros, pues, se ha apreciado de manera equivocada la prueba, al no haberse dado valor probatorio a la Póliza de Seguro de Garantía Aduanera Bajo el Régimen de Fianza, y por el contrario darle mayor validez al formulario No. 028-2008-55-004376-1-08, emitido por el accionante, aun cuando dicho formulario solo haría prueba respecto a sus otorgantes. Indica además falta de aplicación del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, pues, el único documento que pudo haber sido prueba en su contra es la Póliza de Seguro de Garantía Aduanera Bajo el Régimen de Fianza, y que sin embargo no lo fue.

- 1.4. Así también acusa falta de aplicación del artículo 26 (722.26) de contratos de seguros que se encuentra dentro del Código de Comercio, ya que para el cobro de la póliza, ésta tendría vigencia desde el 23 de abril hasta el 22 de julio de 2007, más treinta días adicionales al vencimiento, y que como consta en autos la última citación a la demanda en su contra fue el 14 de diciembre de 2010, por lo cual han pasado más de dos años, debiendo los juzgadores haber aceptado su excepción de prescripción.

1.5. Aduce falta de aplicación del artículo 8 (722.8) y 204 del Código de Comercio, ya que para que los juzgadores puedan otorgar el derecho contemplado en el artículo 47 de la Ley General de Seguros, debieron previamente aplicar dichos artículos.

1.6. De la misma manera acusa falta de aplicación del artículo 38 (722.38) del Código de Comercio y 1624 del Código Civil, ya que según estas normas se debía proceder a la transmisión de derechos en la Póliza de Seguro de Garantía Aduanera Bajo el Régimen de Fianza, mas no como determina el artículo 1624 del Código Civil, y que además para que opere dicha transmisión se debió cumplir con las formalidades requeridas para cada título, y que por lo tanto al no estar la nota de subrogación en la Póliza de Seguro de Garantía Bajo el Régimen de Fianza, se ha violado la Ley.

SEGUNDO

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Jurisdicción y competencia

Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud que los jueces que lo integramos fuimos constitucionalmente designados mediante Resolución N°. 004-2012 de 25 de enero del 2012; así como por Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia N°. 01-2015 de 28 de enero de 2015. La competencia, en mérito a lo dispuesto por los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación y Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos.

Naturaleza y objeto del recurso de casación

El recurso de casación, es un recurso extraordinario, formal, limitado y axiomático que procede únicamente contra sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, además contra providencias expedidas en su ejecución. La Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 184 que una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia es conocer los recursos de casación. Su propósito es restaurar el imperio de la

ley transgredida en la sentencia o auto en garantía del debido proceso (artículo 76, Constitución de la República del Ecuador).

La Constitución de acuerdo a los artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un estado constitucional de derechos y justicia que garantiza los derechos fundamentales de los justiciables, la Corte Nacional al ser el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria realiza un control de legalidad, su rol es el de desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración, garantizando la efectiva vigencia de todos los derechos, acorde a lo que manda la Constitución. “La defensa del Derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; y la igualdad ante la ley”¹

Calamandrei define a la casación:

“como un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina solo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores como las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito”.²

En la actualidad:

“En el Ecuador y en algunos países de América Latina se ha afincado el Neoconstitucionalismo y ha provocado un cambio cualitativo en el pensar y en el actuar jurídico: se ha construido otro marco jurídico-político dentro del cual tenemos que actuar, razonar y elaborar los juicios lógicos y axiológicos para desarrollar la actividad jurídica, con la calidez humana que debe primar en las relaciones de este tipo. Este nuevo marco está constituido por el denominado Neoconstitucionalismo y específicamente para América Latina, por el Neoconstitucionalismo latinoamericano.

¹ Enrique Vescovi, *La Casación Civil*, pág. 25.

² Calamandrei Piero, *La Casación Civil*, ed. Castellana de Ed. Bibliografía Argentina, Trad. de S. Sentís Melendo, 1945, Buenos Aires- Argentina, pág. 376.

Hoy existe otra óptica y otra lógica para comprender y aplicar el Derecho: la del Neoconstitucionalismo y, por tanto la organización del poder político como la del poder judicial y otros poderes e instituciones estatales, deben responder a esta nueva realidad”.³

Se ha de tener en cuenta que en materia de casación la parte relativa con la fundamentación, se asimila a un ejercicio de comparación y contraste entre las normas que fueron empleadas como presupuestos de derecho en el fallo cuestionado que pronunció el Tribunal, y las de quien recurre señala debieron haberse empleado y demostrar con claridad que, efectivamente, la normativa expresada por el casacionista es la idónea o apropiada para el juzgamiento del caso en cuestión.

A decir de Humberto Murcia Ballén, quien recoge el criterio expuesto por Tobaoda Roca:

“...son aún mayores las dificultades, porque, además de tener que expresarse con claridad y precisión la pretensión procesal, hay que cumplir unos determinados requisitos de designación de la vía impugnada que se utiliza, norma concreta que se reputa infringida, modo o forma que se supone cometida esa infracción legal, con separación absoluta, enumerada y ordenada de las diversas tesis impugnativas con que se pretende combatir los supuestos básicos de la sentencia recurrida...”⁴

Problema jurídico formulado

El problema jurídico que ha planteado el casacionista es:

- ¿Existe violación a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, respecto al documento que sustenta la subrogación?

Examen del caso en relación a la objeción presentada

4.1. El recurrente ha alegado la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, la cual procede por: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la

sentencia o auto”. Esta causal, conocida doctrinariamente como de afectación directa de norma procedimental y que, como consecuencia de tal infracción lesiona, igualmente, aunque de manera indirecta normas de derecho de orden sustancial o material; de tal manera que, en la proposición de esta causal acuden dos violaciones continuas, a saber: a) Transgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación); y, b) Afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto. Por consiguiente, al fundamentar por esta causal incumbe a la parte recurrente establecer: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Las normas de derecho que han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ya por equivocada aplicación o por su falta de aplicación.

4.2. Consideraciones previas, respecto al caso en análisis:

El artículo 1454 del Código Civil ecuatoriano establece que: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Un contrato es ley para las partes: “(...) lo que significa que el deudor no puede eximirse del cumplimiento literal de la obligación, sino por mutuo acuerdo con el acreedor, o por causales legales previstas y existentes al tiempo de la contratación, como ejemplo una de nulidad (...)”.⁵

³ Cueva Carrión, Luis, *La Casación en Materia Civil*, 2da edición, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2011. Pág.32.

⁴ Humberto Murcia Ballén, *La Casación Civil*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pág. 604.

⁵ René Abeliúk Manasevich, *Las obligaciones*, Tomo 1, Editorial Temis S.A., Chile, pág. 101.

En el Código de Comercio se determina que el seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto, o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

El Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial 123 de 7 de diciembre de 1963, establece en el artículo 1 que:

“El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.”

Abel Veiga señala que el seguro es:

“(…) una entidad o persona jurídica aseguradora a cambio de una contraprestación o prima asume las consecuencias dañinas, o no tan dañinas que la verificación del riesgo trae consigo: En suma, “compra” (en sentido económico aunque también vulgar) y, en su caso asume, las consecuencias de un riesgo que otros no están dispuestos a tolerar o asumir (…).”⁶

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

“(…) El seguro es un contrato cuyo objeto último se encuentra en dar respuesta a la necesidad de eliminar las consecuencias derivadas de la realización de un riesgo, cuya ocurrencia aunque futura e incierta, por las repercusiones individuales y sociales que puede alcanzar, imponen la adopción de técnicas de previsión con las que se puedan atender los eventos dañinos que en su caso puedan ocasionarse, cualquiera sea la fuente que los origina. Sus elementos esenciales son: 1) el interés asegurable; 2) el riesgo asegurable; 3) la prima o precio del seguro, y 4) la obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno (…”.⁷

Por otra parte, la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga (artículo 1624 del Código Civil). La subrogación puede ser legal o convencional.⁸ La primera se produce por el ministerio de la ley. En cambio en la convencional se efectúa en virtud de la convención con el acreedor, cuando este, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago (artículo 1627 del Código Civil).

El Decreto Supremo No. 1147, que determina que:

“Art. 38.- El asegurador que haya pagado una indemnización de seguro se subroga, por Ministerio de la Ley, hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado. A petición del asegurador, el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria”. (subrogación legal).

La subrogación tiene varias finalidades que justifican su razón de ser, como bien lo señala Juan José Lizarralde:

“(…) La subrogación entendida como la posibilidad con la que cuenta el asegurador de repetir contra el causante del siniestro por el valor indemnizado, encuentra su origen en el principio indemnizatorio que rige a los contratos de seguros. Esta figura cuenta con diferentes propósitos como lo son: 1. Permitir que las entidades aseguradoras mantengan su patrimonio y mejoren sus utilidades al recuperar los dineros pagados por siniestros dentro de determinados seguros. 2. Evitar un enriquecimiento sin justa

⁶ Abel Veiga, *Caracteres y elementos del contrato de seguro póliza y clausulado*, Ed. Dike, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2010, pág. 26.

⁷ Corte Constitucional colombiana Sentencia C-409-2009.

⁸ Artículo 1625 del Código Civil: Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de convención con el acreedor

causa por parte del tomador, asegurado o beneficiario al impedir que se le indemnice dos veces por un mismo daño. 3. Facilitar la indemnización del perjuicio sufrido por el tomador, asegurado o beneficiario, al evitarle tener que recurrir a dispendiosos procesos declarativos judiciales para el reconocimiento de una indemnización contra el causante del siniestro, pues la aseguradora le paga la indemnización y luego repetirá contra el responsable del mismo. 4. Asegurar una liquidez para quien sufre el siniestro, al tenerse que cumplir por las aseguradoras con la obligación de indemnizar dentro de los plazos legales. 5. Evitar la irresponsabilidad de terceros causantes de siniestros, pues el hecho de que exista un seguro no quiere decir que no deban pagar por el daño que causen quedando impunes por ello y yendo contra el principio legal bajo el cual quien genere un daño a otro deberá repararlo (...).⁹

Subrogar es ocupar el lugar de alguien, ya que un tercero paga a un acreedor la obligación de otro, de este modo reemplaza al primer acreedor. Como señalamos este lugar puede ser ocupado, por disposición de las partes o por el ministerio de la ley. **4.3.** Una vez realizadas estas consideraciones necesarias para entender de mejor manera el presente caso, se indica que la compañía casacionista expresa en su recurso que la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha valorado el formulario 028-2008-55-004376-1 que obra de fojas 10 y 11 para justificar el pago, y que lo único que debe ser sometido a juicio en este caso es la Póliza de Seguro de Garantía Aduanera Bajo el Régimen de Fianza que obra de fojas 7 a 9, ya que el formulario solo hace fe respecto a los otorgantes, y en este sentido y estado es un absurdo ilógico, por lo cual no existe un razonamiento apropiado, pues, debieron aplicarse los artículos 166 y 194 del Código de Procedimiento Civil y 164 del Código de Comercio.

El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, norma que ha sido acusada de transgredida, 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. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”.

Siendo este un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, pues, en él se determina que la valoración de la prueba debe ser realizada en su conjunto, el juez tiene la obligación por mandato de la ley (precepto) analizar el universo de pruebas que obran de un proceso, explicando porqué acepta unas y otras no, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (método).

Cuando se alega la violación de esta norma (115 del Código de Procedimiento Civil), como se señaló, en primer lugar se deberá hacer referencia a la valoración en conjunto de la prueba aportada en el proceso, por ejemplo, si el juez valoró un testimonio y no un documento que obra en el proceso que contradice al mismo, el juez deberá sopesar cada una de estas pruebas en conjunto. Ahora si se alega violación a las reglas de la sana crítica se deberá atacar al razonamiento del juez, esto si este es arbitrario, absurdo, ilógico.

“(…) Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraría las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación si tendría atribución para corregirla (...).¹⁰

⁹ Juan José Lizarralde, *De la subrogación en el contrato de seguro, su validez, su renuncia y su presentación*, Pontificia Universidad Cali, 2013, pág. 49.

¹⁰ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. Página 4110. (Quito, 2 de mayo de 2003).

Las reglas de la sana crítica las define Couture que: “(...) son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.”¹¹

El problema central que dice existir la empresa casacionista es que la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha aceptado la demanda en base al formulario Nro. 028-2008-55-004376-1-08, y que este solo hace fe para las partes contratantes, de acuerdo a lo que determinan los artículos 166 y 194 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 115 del referido cuerpo legal. Al respecto, este Tribunal de Casación, no concuerda con el razonamiento esgrimido por la compañía recurrente, por las siguientes razones:

En primer lugar, y como ya se señaló en las consideraciones previas, el seguro (en forma general) es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de acuerdo a nuestra legislación, este tipo de contratos se perfeccionan y se prueban por medio de un documento privado, el cual se llama póliza, el que debe ser redactado en castellano y firmado por los contratantes.¹²

En la presente controversia, la existencia de un contrato entre las partes no es un hecho discutido, pues la relación no ha sido contradicha sino los efectos de la misma. Por lo que es importante entender que la subrogación es la posibilidad de que la empresa aseguradora pueda repetir contra el causante de un siniestro el valor indemnizado, y en este caso en especial la póliza contratada garantizaba el pago de impuestos de desaduanar. Y como ya señalamos en líneas anteriores, la subrogación en

este caso no es mas que el hecho de que un tercero que pagó a un acreedor una obligación, sea remplazado como nuevo acreedor, por lo tanto, es este quien tendrá la titularidad de este derecho, con los mismos derechos contra el mismo deudor y por la misma obligación que fue cancelada.

Existen dos tipos de subrogaciones la una que es la legal¹³ y la convencional: la legal son las contenidas en la ley, como cuando el acreedor paga a otro acreedor en razón de un privilegio o hipoteca; del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado; del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; entre otros (artículo 1626 del Código Civil). La convencional se origina en la convención de las partes entre el acreedor antiguo que recibe el pago de la obligación pendiente por parte de un tercero y le subroga a este por su voluntad todos los derechos y acciones que le corresponden como acreedor.¹⁴

En el caso que nos ocupa, se debe entender que la subrogación que ha ocurrido en este caso es tipo legal. El artículo 38 por Decreto Supremo No. 11 47, publicado en Registro Oficial 1 23 de 7 de diciembre de 1 963, establece que:

“El asegurador que ha pagado una indemnización de seguro se subroga, por ministerio de la Ley, hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado. A petición del asegurador, el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria.”

¹¹ Couture Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Despalma, 1997, pág. 270-271.

¹² Artículo 6 sustituido por Decreto Supremo No. 1147, publicado en Registro Oficial 123 de 7 de diciembre de 1963.

¹³ La subrogación legal tiene su razón de ser, en la necesidad de proteger a las personas y salvaguardar sus derechos, ante el pago de una obligación de la que no era deudor, permitiéndole así recuperar parte de su patrimonio destinado al pago de estas obligaciones, evitando también un enriquecimiento sin justa causa por parte de los deudores contra los cuales se ha subrogado. Véase en Juan José Lizarralde, *De la subrogación en el contrato de seguro, su validez, su renuncia y su presentación*, Pontificia Universidad Cali, 2013, pág. 49.

¹⁴ Juan José Lizarralde, *De la subrogación en el contrato de seguro, su validez, su renuncia y su presentación*, Pontificia Universidad Cali, 2013, pág. 47.

El artículo 47 de la Ley de Seguros establece que: “El asegurador tendrá acción contra el afianzado para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aun cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por éste. Para este efecto la póliza en la que conste haberse efectuado el pago o el recibo de indemnización, constituirá título ejecutivo (...)”.

Estas normas claramente determinan que cuando el asegurador pague, se subroga por el valor indemnizado; no se requiere de ningún tipo de cesión de derechos cuando se trata de la subrogación legal (la ley otorga la nueva calidad de acreedor). En el caso que nos ocupa, en primer término, las partes celebraron una póliza de seguro de garantía aduanera, a través de la cual se aseguraba a la Corporación Aduanera ecuatoriana (hoy Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador) el pago de los tributos de comercio exterior que pudieren ser exigibles por la importación o explotación.

La Corte Provincial de Justicia del Guayas, basa su decisión primeramente en el convenio contenido en la póliza de seguro de garantía aduanera, la cual aseguraba a la Corporación Aduanera ecuatoriana por concepto de derechos arancelarios, multas, tasas, intereses y recargos que adeudare el afianzado. En este caso, con la respectiva constancia, formulario No. DAU 028-2008-55-004376-1-08, se ha justificado el pago.

No es correcto señalar que este pago, el realizado por la empresa aseguradora solo hace fe en contra de la Corporación Aduanera (hoy Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador) y la empresa aseguradora (artículo 166 y 194), ya que se debe tomar en cuenta que existe un contrato de por medio entre las partes, en que Sul América Seguro acordó con

Latina Seguros y Reaseguros C.A., una garantía financiera a favor de la Corporación Financiera, con el objeto de pagar derechos arancelarios, multas, tasas, intereses, recargos que asegure como consecuencia de desaduanar mercadería.

Dentro de este mismo contrato se estableció como obligación contractual para el afianzado el reembolso del monto de la póliza si la empresa aseguradora paga esta garantía. La lógica en este caso es que si se contrata una póliza para garantizar derechos arancelarios, multas, intereses, tasas, etc., a favor de la Corporación Financiera, como efectivamente esta póliza fue pagada, el fin de la misma se ha cumplido. Entonces, una vez que se ha cancelado, la empresa aseguradora subroga a la Corporación por el ministerio de la ley¹⁵ (la subrogación del asegurador y su acción surge del contrato de seguro), y es bajo esta perspectiva justamente que ha valorado las pruebas en el proceso el Tribunal ad quem. Por lo tanto, esta valoración es correcta, pues no va contra la razón, no es absurda ni ilegal, ya que en este tipo de procesos lo que se debe probar son dos cosas: la existencia de un contrato de seguro, póliza, fianza, etc., y que efectivamente se haya realizado el correspondiente pago. El legitimado activo será la aseguradora que haya realizado el pago.

Es así que la Corte Provincial de Justicia del Guayas, realiza en el considerando sexto, un análisis de las normas que se aplican en este caso, a continuación en el siguiente numeral realiza una valoración de la prueba a través de la cual expone el razonamiento lógico que ha seguido para concluir finalmente que la demanda es procedente, conforme lo expuesto en el párrafo que antecede.

Por lo tanto no existe violación al artículo 115, 166

¹⁵ Juan José Lizarralde, *De la subrogación en el contrato de seguro, su validez, su renuncia y su presentación*, Pontificia Universidad Cali, 2013, pág. 92. Este autor señala respecto a la cesión de derechos que: “(...) en la actualidad el derecho con el que cuenta la aseguradora para repetir contra el tercero responsable del siniestro, nace en virtud de la subrogación legal y especialísima dada por el artículo 1096 del Código de Comercio. Por tanto, al no tratarse de una cesión de derechos (como se hacía antes de la existencia de la subrogación legal dada por el artículo 1096 del código de Comercio vigente) que el asegurado o víctima haya hecho a un cualquiera, dista la posibilidad de que se le aplique la prescripción civil viable en los casos de acciones derivadas de la responsabilidad civil, pues como ya se ha dicho la subrogación del asegurador y su acción surge del contrato de seguro y se encuentra por tanto regida por las normas pertinentes para el caso. De no ser de la manera como se ha explicado, y al entenderlo en la forma como la Corte Suprema de Justicia y la mayoría de la doctrina lo ha hecho, se estaría desconociendo la especialidad de las normas mercantiles aplicables al contrato de seguro, así como también se desconoce la naturaleza jurídica de la subrogación legal vigente en el artículo 1096 del Código de Comercio, al emplearse la norma actual en los términos de los ya derogados artículos 692 y 677 del Código de Comercio Terrestre, que implicaban que el asegurado hiciera una cesión de sus derechos al asegurador.

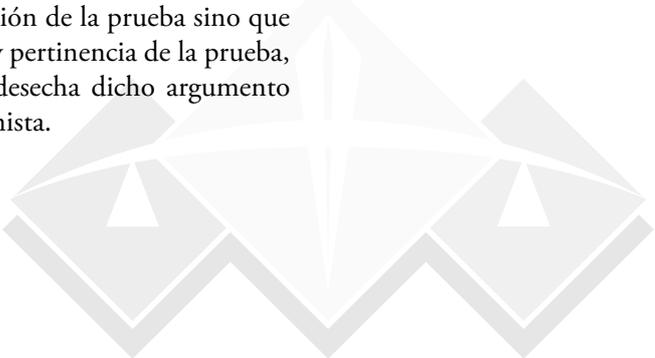
y 194 del Código de Procedimiento Civil y como consecuencia de esto tampoco existe violación de los artículos ni 6 (722.6), 164 del Código de Comercio, 1624, 1626, 1627 del Código Civil, 47 de la Ley General de Seguros, 8 (722.8), 26 (722.26), 38 (722.38) y 204 del Código de Comercio, pues del análisis realizado claramente se ha llegado a la conclusión que el Tribunal Ad quem ha valorado la prueba de acuerdo con la lógica, sin arbitrariedad alguna, razones por las cuáles no se configuran los elementos para la procedencia de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

En lo que respecta al artículo 116 del Código de Procedimiento Civil este se refiere a que las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio, esta norma no establece un método de valoración de la prueba sino que delimita la procedencia y pertinencia de la prueba, por lo que también se desecha dicho argumento esgrimido por el casacionista.

TERCERO DECISIÓN

Por estas motivaciones, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”**, **NO CASA** la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el día 13 de enero de 2016, las 11h51. Entréguese la cantidad materia de la caución a la parte actora de acuerdo a lo que determina el artículo 12 de la Ley de Casación. **Notifíquese y devuélvase** para los fines de ley.

f) Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

III

Causa: 093-2017
Resolución No.: 959-2016
Fecha: 17 de julio del 2017

TEMA: Juicio ordinario de pago por consignación. La finalidad del pago por consignación es la extinción de una obligación y quienes deben promover este tipo de procesos son quienes tienen la obligación de pagar.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor sostiene que su representada ECUAOPERADOR S.A. mantiene en custodia equipos telefónicos de propiedad de TELECOMUNICACIONES MÓVILES DEL ECUADOR S.A. TELECSA (hoy CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP), que recibió prestando los servicios de Operador Logístico, en cumplimiento del contrato celebrado entre TECHNOMOBILE LATINOAMERICA S.A. y TELECOMUNICACIONES MOVILES DEL ECUADOR S.A. TELECSA (hoy CNT EP). El actor señala que la relación contractual entre TECHNOMOBILE LATINOAMERICA S.A. y la hoy CNT se encuentra vencida, por lo que ha intentado entregar los equipos que se encuentran bajo su custodia, a su legítimo propietario CNT EP, que se han efectuado inspecciones por parte de sus técnicos, pero que se niega a recibir los equipos. Añade que los mencionados equipos se encuentran ubicados en ALMACENERA DEL AGRO S.A. Con estos antecedentes, procede a consignar los equipos móviles. Solicita se cite al Procurador General del Estado. CNT contesta oponiéndose a la consignación por no existir relación jurídica entre CNT EP y la actora. La parte actora reforma su demanda exigiendo la consignación se haga a expensas de CNT, solicita pago de Depositario, expensas de conservación, gastos adicionales, daños y perjuicios, costas y expensas judiciales. El juzgador establece que la demandante tiene no solo derecho sino obligación legal de entregar a su propietario los bienes, que estando en su poder no le pertenecen y la parte demandada tiene la obligación de recibirlos. La sentencia explica que es evidente la relación depositaria en razón del contrato celebrado. Consecuentemente acepta parcialmente la demanda: declara válida la consignación, la accionada debe recibirlos y reembolsar la expensa del depositario judicial.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

En su recurso de apelación la demandada alega que no se les corrió traslado con el cambio de trámite de juicio especial de consignación a juicio ordinario; extra petita por solicitar cancelar valores a un tercero que no ha comparecido a juicio; acciones incompatibles, tales como consignación de teléfonos, pago de alquiler de bodegas para una tercera persona. El Tribunal considera suficientes las pruebas aportadas por el actor en el proceso, no existe relación contractual ni comercial entre Ecuaooperador S.A. y la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A., no existe vínculo jurídico entre ambas. Por lo que acepta el recurso de apelación del actor y REVOCA la venida en grado, declara sin lugar la demanda (Voto Salvado Dr. Alfonso Ordeñana Romero).

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con la sentencia de apelación, la parte actora presenta recurso de casación al amparo de las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Señala infracción de los artículos 76.7.I) de la Constitución de la República; 113, 114, 115, 204, 276 del Código de Procedimiento Civil, 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; 4 y



700.2, 2122, 2132 del Código Civil, 564 del Código de Comercio. Alega falta de motivación de la sentencia. Que se debió determinar el criterio de cada prueba. Que las normas citadas son impertinentes, no se colige las razones por las que se niega la demanda. Que se exige un justo título traslativo de dominio, que CNT EP sabía dónde está la mercadería y lo consintió. Que demostrado que Telecsa S.A. es propietaria de las bases inalámbricas resulta indubitable que estos fueron custodiados por Ecuaooperador S.A. bajo contrato de depósito. Que se configuró lo establecido en el artículo 2122 del Código Civil. Que se cumplieron vínculos jurídicos comerciales entre Telecsa S.A. y Ecuaooperador. El Tribunal de casación sostiene que se ha realizado un análisis de las razones por las cuales se ha considerado que no existe vínculo contractual entre la actora y demandada, concluyendo que la actora es custodia, más no deudora. El contrato de depósito es aquel en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal para que la guarde y luego la restituya, el error acerca de la identidad de los contratantes no invalida el contrato, en cambio el pago por consignación tiene por finalidad la extinción de la obligación y quienes deben promover este tipo de procesos es quienes tienen la obligación de pagar. Por lo que concluye el Tribunal que la sentencia se encuentra debidamente motivada. Añade que Ecuaooperador S.A. no es deudor ni ha celebrado contrato con Telecsa S.A. (hoy CNT EP), por lo que no existe violación alguna, además el casacionista no ha señalado el motivo de la violación (falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación) por lo que el cargo se vuelve improcedente. En virtud de lo señalado, no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17711-2016-0959

Juez Ponente: Dr. Wilson Andino Reinoso

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, lunes 17 de julio del 2017, las 10h24.-

VISTOS: Harry Oswaldo Reyes Venegas, en su calidad de representante legal de Ecuaooperador S.A., en el juicio ordinario de consignación que sigue en contra de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, interpone recurso de casación mediante el cual impugna la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil del Guayas, el 7 de diciembre de 2015, las 16h40, la que aceptó el recurso de apelación planteado, revocó la sentencia venida en grado, y declaró sin lugar la demanda. Para resolver se considera:

PRIMERO

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. El recurrente señala que se han sido infringido los artículos 76.7.l) de la Constitución de la República; 113, 114, 115, 204, 274, 276 del Código de Procedimiento Civil; 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; 4 y 700.2, 2122, 2132 del Código Civil, 564 del Código de Comercio. Fundamenta su recurso en las

causales primera y quinta del artículo tres de la Ley de Casación.

- 1.2.** Señala el recurrente que la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas no contiene los requisitos exigidos por la Constitución y la ley por no encontrarse debidamente motivada. Que en el considerando cuarto de la resolución, materia del recurso, los jueces se limitaron a transcribir la definición legal y los requisitos del pago por consignación, y que, además, sin ningún sustento legal, determinaron no existir relación contractual ni comercial entre Ecuaooperador S.A. y la Corporación Nacional de Telecomunicaciones.
- 1.3.** Aduce también que el Tribunal *ad quem* debía enunciar las pruebas practicadas en su totalidad, conforme el mandato de la norma adjetiva civil, y valorarlas en forma crítica, siendo necesario e imprescindible, para una adecuada motivación, determinar el criterio que tienen respecto de cada una de ellas. Por otro lado, manifiesta que las dos únicas normas citadas en el fallo son impertinentes por cuanto no son

analizadas ni se explica su pertinencia en los antecedentes o fundamentos de hecho, y que menos aún se colige de ellas las razones por las que se niega la demanda.

- 1.4. Asimismo, menciona que en el presente caso se exige un justo título traslativo de dominio, pues, Telecsa S.A. celebró un contrato con *Technomobile* Latinoamérica S.A. para la adquisición de 102.278 aparatos telefónicos SILVER FWT-400, y que, esas bases telefónicas, de conformidad con el contrato celebrado entre *Technomobile* Latinoamérica y Ecuaooperador S.A., pasaron a ser custodiadas por esta última compañía; razón por la cual, sería evidente que TELECSA (hoy Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP) ha realizado actos de señor y dueño respecto de la mercadería depositada, debiendo añadirse que la empresa demandada sabía perfectamente donde está dicha mercadería y lo consintió así, por lo que se configura lo dispuesto en los numerales 2 y 4 del artículo 700 del Código Civil, verificándose la tradición de la cosa.
- 1.5. Dice además, que toda vez que ha sido demostrado que Telecsa S.A. era y sigue siendo la propietaria de las bases inalámbricas, resulta un hecho indubitable aseverar que estos objetos fueron custodiados por Ecuaooperador S.A. bajo la figura de contrato de depósito.
- 1.6. Menciona también que de las pruebas aportadas por el recurrente se configuró lo establecido en el artículo 2122 del Código Civil. Finalmente, alega que el artículo 564 del Código de Comercio contempla dos requisitos para que un depósito califique como mercantil, los cuales se cumplieron y crearon vínculos jurídicos comerciales entre Telecsa S.A. y Ecuaooperador S.A.

SEGUNDO

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Jurisdicción y competencia

Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que los jueces que lo integramos fuimos constitucionalmente designados mediante Resolución N°. 004-2012 de 25 de enero del 2012, así como por Resolución del Pleno de la Corte Nacional de

Justicia N°. 01-2015 de 28 de enero de 2015. Y la competencia, en mérito a lo dispuesto por los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; 1 de la Ley de Casación; y Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos.

Naturaleza y objeto del recurso de casación

El recurso de casación, es un recurso extraordinario, formal, limitado y axiomático que procede únicamente contra sentencias o autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, además contra providencias expedidas en su ejecución. La Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 184 que una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia es conocer los recursos de casación. Su propósito es restaurar el imperio de la ley transgredida en la sentencia o auto en garantía del debido proceso (artículo 76, Constitución de la República del Ecuador).

La Constitución de acuerdo a los artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167 diseña y desarrolla un estado constitucional de derechos y justicia que garantiza los derechos fundamentales de los justiciables; la Corte Nacional al ser el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria realiza un control de legalidad, su rol es el de desarrollar los precedentes jurisprudenciales con fundamento en los fallos de triple reiteración, garantizando la efectiva vigencia de todos los derechos, acorde a lo que manda la Constitución. “La defensa del Derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; y la igualdad ante la ley”¹

Calamandrei define a la casación “como un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina solo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores como las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito”.²

¹ Enrique Vescovi, *La Casación Civil*, Editorial IDEA, 1979, pág. 25.

² Calamandrei Piero, *La Casación Civil*, ed. Castellana de Ed. Bibliografía Argentina, Trad. De S. Sentis Melendo, 1945, Buenos Aires- Argentina, pág. 376.

Problemas jurídicos formulados

Los principales problemas jurídicos planteados por el recurrente son los siguientes:

¿La Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha motivado en forma correcta su sentencia?

¿El pago por consignación puede realizarlo el depositario de la cosa custodiada?

Análisis motivado

1.1 Las causales de casación se encuentran determinadas en la ley, y el examen del recurso de casación se lo realizará conforme al orden lógico de las causales. La Corte Nacional de Justicia sobre el tema ha señalado que: “Cuando en casación se invoca varias causales, existe un orden lógico para el estudio de las mismas. Se comienza por la causal segunda, pues si esta acusación prospera, le está vedado al juzgador de casación el seguir adelante con sus análisis y entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, sino que, declarando la nulidad procesal a partir del instante en que el vicio se produjo, ha de reenviar el proceso en cumplimiento de lo que dispone el Art. 15 de la Ley de Casación; luego se estudia la causal quinta, que describe vicios relativos a la estructura de la sentencia (su congruencia y motivación) que se subsana dictando una nueva sentencia; la cuarta, relativa a los vicios de ultra, citra, o extra petita; luego la tercera, que trata de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas relativas a la valoración de la prueba que hayan llevado a la violación de una norma sustantiva; finalmente, se estudiará la causal primera, que se refiere a la infracción de normas sustantivas de derecho. (GJS. XVII. No. 10 Pág. 3063).

Necesario e importante es advertir que este Tribunal se debe limitar al estudio de los términos que se han fijado en el recurso acorde al principio dispositivo.

4.2. Conforme al orden señalado corresponde analizar la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación, la que procede: “Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptaren decisiones contradictorias o incompatibles”.

Al respecto se anota que uno de los requisitos exigidos es, sin duda, la motivación en las resoluciones, la misma que es contemplada en el artículo 76.7 letra l) de la actual Constitución, que determina: “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 del hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

El artículo 276 del Código de Procedimiento Civil establece que:

“En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior.”

El artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que:

“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.”

De la Rúa en su libro, *Teoría General del Proceso*, sostiene que la motivación debe ser lógica, es decir, que deberá responder a las leyes que presiden el entendimiento humano, por lo tanto debe ser coherente, lo que significa que los razonamientos expresados en la sentencia estarán constituidos por un conjunto de razonamiento armónicos, sin contradicciones lo que a su vez deriva en que la motivación sea congruente, tanto en sus afirmaciones, deducciones y conclusiones, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance y significado.³

³ De la Rúa Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, pág.146.

Eugenio Florián, citado por Fernando de la Rúa, indica que la sentencia “no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada”⁴ Para Chioventa la sentencia: “Es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo y más exactamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de ley deducida en el pleito.”⁵ La motivación es un presupuesto de control casacional, además de ser una garantía del debido proceso consagrada en la Constitución, ésta debe justificar y rendir cuenta de los razonamientos a la solución que se ha tomado, es por eso que la referencia a fallos anteriores no es suficiente para justificar una decisión. La cuestión de la motivación en la sentencia se presenta como una garantía constitucional. Por lo tanto, la falta de motivación en una sentencia causará la nulidad del fallo.

4.3. Sobre la causal quinta, indica el recurrente que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas se limita a transcribir la definición y los requisitos de la consignación. Al respecto, este Tribunal de Casación observa que siendo la motivación la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica⁶ es necesario que, en primer lugar, se fije el objeto de la *litis*, y en este caso, al tratarse sobre la consignación, éste es el punto central a tratarse, por lo que es necesario referirse a normas, y a jurisprudencia, a fin de determinar la procedencia o no de la acción.

El último inciso del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

Entonces bajo esta premisa, una sentencia:

“(...) es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las

pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado (...) Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión (...).⁷

En el caso que nos ocupa, se ha resuelto sobre las pretensiones del actor con respecto a la consignación pretendida de teléfonos fijos que estaban a cargo de Ecuaooperador S.A., en calidad de custodio, y que según explica en la demanda son de propiedad (actualmente) de la Corporación de Telecomunicaciones Móviles (en adelante CNT) del Ecuador. La decisión del voto de mayoría se basa en que al no existir relación comercial entre la empresa actora, Ecuaooperador S.A. y CNT, no es procedente la consignación realizada.

Por lo cual, debemos anotar que, el artículo 1615 del Código Civil determina que la consignación es el depósito de la cosa que se debe, realizado en virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla. Rafael Rojina Villegas, señala que:

“(...) El ofrecimiento de pago y consignación de la cosa o cantidad debida, ocurren cuando el acreedor se rehusa a recibir la prestación que se le adeuda o a dar el documento justificativo del pago (...) Entonces el deudor tiene un procedimiento judicial para ofrecer y consignar la cosa o cantidad debida. El efecto jurídico de la consignación es liberrar al deudor y extinguir la deuda. También el deudor puede tener interés jurídico en hacer el ofrecimiento y consignación, no sólo cuando un acreedor se rehusa injustificadamente a recibir sino cuando se encuentre ausente, sea persona incierta o incapaz (...).⁸

En la presente *litis*, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas manifiestamente señala en su sentencia, que la normativa es clara: “en estipular que la consignación es el depósito de la cosa que se debe del deudor al acreedor, situación que no se presenta en esta causa, ya que el accionante, la compañía Ecuaooperador S.A.

⁴ De la Rúa Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, pág. 146.

⁵ Chioventa José, *Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas Editor, 1990, pág. 299.

⁶ Maer Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1996, pág. 59.

⁷ Hermano Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Tercera edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, págs. 420-421

⁸ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1980, págs., 347-348



no es deudora de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP”; razonamiento que se encuentra debidamente sustentado, pues, una vez expuesta la normativa pertinente para el caso, se procede a realizar un análisis intelectual de las razones por las cuales se ha considerado que no existe un vínculo contractual entre la empresa actora y demandada, de acuerdo al contrato que se encuentra agregado al proceso, suscrito entre la empresa de Telecomunicaciones Móviles del Ecuador TELECSA S.A., y Technomobile Latinoamérica S.A., concluyendo así que la parte actora solo es custodio de los teléfonos objetos de la consignación, mas no la deudora.

Otra alegación presentada por el casacionista es el reclamo respecto a que la Corte Provincial de Justicia del Guayas no ha valorado algunas pruebas, tales como: las facturas emitidas a Telecsa S.A., la entrega de dos últimas facturas con la intervención del Notario Séptimo de Quito el 6 de junio de 2007, los correos electrónicos emitidos por la compañía Ecuaooperador S.A. en que se informaba que los aparatos telefónicos se encontraban a su disposición en la bodega Nro. 6 de Almagro, los correos electrónicos, la inspección judicial y verificación técnica, operativa y cosmética de las bases realizada por Telecsa S.A., la diligencia notarial de 7 de abril de 2010 realizada por el Notario Vigésimo del cantón Guayaquil, los testimonios de escrituras públicas de diligencias notariales de verificación del inicio y término de la auditoría externa de Telecsa S.A., el informe de intervención por parte de la Superintendencia de Compañías a Telecsa, y finalmente, las copias notariadas de los oficios emitidos por la Fiscalía General del Estado. Respecto a esto, hay que tomar en cuenta que existe falta de motivación, respecto a temas probatorios por la causal quinta, cuando en la sentencia no existen los motivos que justifican la convicción del juez ni las razones por las cuales se aplica una norma a determinados hechos. Es decir, la falta de motivación en el razonamiento probatorio, se produce cuando no se consignan en la resolución los elementos probatorios ni la construcción del razonamiento sobre los hechos que hayan conducido al juez a tomar determinada resolución.

El acuerdo o el desacuerdo con las conclusiones de una sentencia no es causa suficiente para alegar la existencia de falta de motivación en la misma. En este caso, la convicción de los jueces de instancia se basa en el hecho de que Ecuaooperador S.A. no es deudor de CNT, y que, además, existe un contrato que se suscribió entre Ecuaooperador S.A. y Technomobile S.A. con el objeto de mantener la custodia de estos teléfonos de propiedad de Telecsa S.A.; por lo cual, no es deudora de CNT y no es procedente esta acción de consignación.

La motivación: “(...) consiste en la construcción de un razonamiento suficiente, para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva (...) la motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado (...)”.⁹ De lo expuesto, se puede verificar en la motivación de la sentencia recurrida, el razonamiento por el cual se ha determinado el rechazo de la demanda.

Por otro lado, se recalca que no es procedente, bajo esta causal, realizar una nueva valoración de la prueba, lo cual es intentado por el casacionista cuando señala en su recurso que de la prueba documental agregada al proceso se debió aceptar la consignación pretendida.

Se debe considerar que:

“El error en la apreciación de los hechos da lugar a un tema difícil de precisar, ya que la cuestión de hecho está descartada tradicionalmente de la casación, por tratarse de una labor propia de la instancia. En efecto, a lo largo del estudio que se viene haciendo sobre el recurso de casación, se ha destacado cómo la diferenciación primordial con la instancia radica precisamente en que la función de apreciación probatoria pertenece al juez de instancia y la enmienda de errores jurídicos incumbe a la Corte de casación. Los hechos, dice GARSONNET, se tienen por existentes tal cual los apreciaron los jueces de instancia. Por lo tanto, los defectos en el juicio de hecho quedan al margen del recurso de casación, pues el interés del recurrente se subordina al de la ley.”¹⁰

Por lo tanto, el juez de casación no puede inmiscuirse en la actividad intelectual de los jueces de instancia respecto a la valoración de la prueba.

⁹ Citado por Oswaldo Alfredo Gozaini, *Derecho Procesal Constitucional*, Argentina editorial Rubinsal-culzoni editores, pág. 433.

¹⁰ Hernando Morales, *Técnica de Casación Civil*, El Grafico Editores, Bogotá, Primera edición, pág. 199

Como se señaló, la motivación en la sentencia es una exigencia constitucional, es un deber de los jueces su cumplimiento, es parte de la tutela judicial efectiva, y a través de ésta se busca tratar de evitar arbitrariedades y controlar la razonabilidad de las decisiones, lo que sí compete a este Tribunal examinar. Sin embargo, en este caso, los jueces de segunda instancia han exteriorizado en forma razonable su decisión.

De acuerdo a lo expuesto y siendo el recurso extraordinario de casación un control de legalidad, el cual está sometido a la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra que esta sentencia está debidamente motivada debido a que es clara, lógica, expresa y enmarcada en la ley. Los razonamientos y la pertinencia de las normas se encuentran expresados en la sentencia.

En este punto es necesario aclarar que cuando una demanda resulta improcedente por falta de algún requisito de procedibilidad de la propia acción, no es necesario realizar el análisis de todas las pruebas actuadas en el proceso, pues esto sería inoficioso. Un ejemplo de aquello puede ser cuando alguna acción se enfrenta a alguna excepción perentoria que la destruye de por sí, que puede ser la prescripción de la acción o la falta de legitimación en la causa, etc. Por las razones expuestas se rechaza el cargo formulado.

4.4. A continuación se procede analizar la causal primera del artículo tres de la Ley de Casación alegada por el actor, la que procede por: “Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva”.

El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; no se ha originado la conexión lógica de la situación particular que se juzga con la previsión hipotética y genérica efectuada de antemano por el legislador; yerro que se puede provocar por tres diferentes tipos de infracción, y que la recurrente debe fundamentar adecuadamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si la juzgadora yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar

cuando siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.

4.5. Dice el recurrente que se ha demostrado que TELECSA S.A., hoy CNT, es dueña de las bases inalámbricas por lo que resulta un hecho fáctico indubitable aseverar que esos objetos fueron custodiados por la empresa actora bajo la figura del contrato de depósito, y que, por esa razón, ha existido falta de aplicación del artículo 2122 del Código Civil, el cual establece:

“Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario, sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada o al hecho de la restitución.”

Al respecto, se anota, que indubitablemente como bien lo indica el actor en su recurso, Ecuaooperador S.A., es un custodio, un depositario de los aparatos telefónicos que se supone son de propiedad de Telecsa S.A. Hay que aclarar que no es igual ser deudor y ser depositario. Los efectos de una acción de consignación frente a la reclamación de un contrato de depósito, sea verbal o escrita, son totalmente diferentes.

El contrato de depósito es aquel en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya a voluntad del depositante (artículo 2120 del Código Civil). El artículo 2121 del Código Civil prescribe que el error acerca de la identidad personal de uno o de otro contratante, o acerca de la sustancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. Es un contrato real, se perfecciona con la entrega de la cosa, su contenido es el depósito que consiste en la obligación de guarda del depositario, y su finalidad es la custodia del bien depositado. En cambio, en el pago por consignación la finalidad es la extinción de una obligación y quienes deben promover este tipo de procesos son todos aquellos que tienen la obligación de pagar. Por ello es necesario aclarar que si bien el depositario puede realizar una consignación, de acuerdo a lo que establece el artículo 2132 del Código Civil:

“La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida; pero el depositario podrá exigir que el depositante disponga de ella, cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito, o cuando, aún sin cumplirse el término, pelagra el depósito en su poder, o le causa perjuicio.



Y si el depositante no dispone de ella, podrá consignarse a sus expensas, con las formalidades legales.” En este caso, no obstante de haberse justificado que Ecuaooperador S.A. es custodio de los aparatos telefónicos, sin que estos hayan sido retirados de su bodega generándole perjuicios (por el bodegaje), la acción debía dirigirse contra quien fue el contratante (*Technomobile* Latinoamérica S.A.), y si bien, es preocupante que estos objetos se encuentren sin utilidad después de haberse cancelado su precio, a través de esta acción de consignación no se puede declarar la existencia de un contrato de depósito entre Telecsa S.A. y Ecuaooperador S.A., esta última compañía, que a pesar de haber informado a Telecsa S.A. sobre la ubicación de los aparatos telefónicos, aquello no formó una obligación que permita consignar los teléfonos a la supuesta dueña y además reclamar costos de bodegaje, para esto, existen otro tipo de acciones. Entonces, como se afirma en la sentencia de segunda instancia, no se ha comprobado el vínculo contractual de depósito entre hoy CNT y Ecuaooperador S.A. Por lo expuesto, al no ser deudor Ecuaooperador S.A. ni tampoco haber celebrado un contrato de depósito con Telecsa S.A., hoy CNT, no existe violación de los artículos 2122, 2132, 1616 del Código Civil y 564 del Código de Comercio. Además, en este punto, se recalca que el casacionista ha ol-

vidado en su recurso determinar si la violación de los artículos 2132, 1616 del Código Civil y 564 del Código de Comercio ha ocurrido por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, volviendo improcedente el cargo acusado, y por ende este recurso al no cumplirse con las exigencias de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; sin embargo, pese estas falencias, este Tribunal de Casación, ha analizado de acuerdo a la lógica sus alegaciones al fin de maximizar la tutela judicial efectiva.

TERCERO DECISIÓN

Por estas motivaciones, este Tribunal de Casación de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, no casa la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas el 7 de diciembre del 2015, las 16h40. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ (PONENTE); Dr. Oscar Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA.**

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IV

Causa No.: 310-2016
Resolución No.: 167-2017
Fecha: 6 de noviembre del 2017

TEMA: Juicio civil por rendición de cuentas. No cabe juicio de rendición de cuentas sobre el contrato de una cuenta bancaria; la institución bancaria no administra bienes ni dineros ajenos, la disposición de fondos la hace el propietario a través de cheques y retiros con la tarjeta de débito.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor sostiene que suscribió con la entidad demandada un contrato de manejo de cuenta corriente, que ha sido multado producto del mal manejo de la cuenta por parte del banco. Sostiene que es obligación del mandatario rendir cuentas, razón por la que demanda presentación de cuentas de su administración desde la fecha de suscripción del contrato. Alega que se protestaron veintiún cheques y que la entidad bancaria debía cerrar la cuenta al tercer cheque protestado. El banco responde que presentó la información requerida, que el actor se comprometió a administrar correctamente su cuenta y mantener los fondos necesarios, y que de acuerdo al contrato no es el administrador de los bienes, no es mandatario, no es administrador fiduciario. La demandada no acude a la Audiencia de Conciliación. Se analiza que el juicio por rendición de cuentas tiene dos etapas, la primera centrada en la procedencia de la obligación de rendir cuentas, y la segunda la rendición propiamente dicha. Se acepta la demanda y se ordena que la demandada en el término de quince días rinda cuentas de su administración, desde el tercer protesto, al cuarto debió cerrar la cuenta.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Las partes interponen recurso de apelación ante el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por mostrarse inconforme con lo resuelto por el a-quo. Con fecha 15 de febrero de 2016 el Tribunal acepta parcialmente el recurso de apelación tanto de la parte accionada y accionante y reforma las cuentas rendidas por el banco y de acuerdo con el informe del perito, se ordena que el Banco de Machala devuelva tanto los valores que por concepto de multas bancarias, así como las multas remitidas a la Superintendencia de Bancos y Seguros y las comisiones que han sido retenidas ilegalmente, valores que se liquidarán pericialmente y serán devueltos en el plazo de 15 días con los intereses máximos convencionales desde la fecha de retención de cada uno de los valores.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado a través del Procurador Judicial del Presidente General y Representante legal del Banco de Machala S.A., interpone recurso de casación, impugnando la sentencia dictada por el ad quem. Invocando la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, la institución bancaria recurrente, acusa a la sentencia emitida por el ad quem, de haber resuelto más allá de la traba de la Litis, al ordenar la devolución de valores por conceptos de multas y comisiones, con los intereses máximos convencionales. Al efecto, el Tribunal de Casación argumenta que la responsabilidad de la institución bancaria, en el no cierre oportuno de la cuenta corriente, al constituir una infracción a los deberes y obligaciones



de las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia de Bancos, corresponde a ésta establecerla y sancionarla; no siendo atribución del órgano jurisdiccional imponer responsabilidades a la institución bancaria y sancionarla con la devolución de multas y comisiones establecidas en contra del girador de cheques protestados, beneficiándolo de su propia culpa, pues es obligación contractual y legal del cuentacorrentista mantener la provisión de fondos disponibles para el pago de cheques. El 6 de noviembre de 2017, el Tribunal casa la sentencia emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay y en su lugar, al dictar sentencia de mérito, ordena que de existir saldo a favor del actor, le sea devuelto, sin que para ello se considere el valor de las multas y comisiones impuestas por los cheques protestados por no provisión de fondos, cuyo pago correspondía al cuentacorrentista.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2016-0310

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, lunes 6 de noviembre del 2017 las 17h17.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario de rendición de cuentas, que sigue Pablo Andrés Uriguen Mora en contra del Banco de Machala S.A.; la institución bancaria demandada, a través del procurador judicial de su representante legal, interpone recurso de casación, impugnando la sentencia emitida por el tribunal de jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 15 de febrero de 2016, las 08h00, la que, al aceptar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el accionante y la demandada, reforma las cuentas rendidas por el banco y de acuerdo con el informe pericial, ordena *“que el Banco de Machala devuelva tanto los valores que por concepto de multas bancarias, así como las multas remitidas a la Superintendencia de Bancos y Seguros y las comisiones que han sido retenidas ilegalmente, conforme el anexo 9 constante a fojas 1332 de los autos a partir del cheque nro. 740, con fecha de protesto 10/11/2004, valores que se liquidaran pericialmente y serán devueltos en el plazo de 15 días con los intereses máximos convencionales desde la fecha de retención de cada uno de los valores. Con las (...)*

Concedido el recurso de casación por el tribunal de instancia y remitidos los expedientes al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia el Conjuez, en quien por sorteo se radico la competencia para admisibilidad, lo acepta a trámite, y corre traslado con el memorial a la contraparte.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Invocando la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, la institución recurrente acusa a la sentencia de infracción de los artículos 112.9; 75; 76 numerales 1, 3 y 7 literales a), b), h), k); 82 y 168.6 de la Constitución de la República; 9, 19,21, 23, 25 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial y 273 del Código de Procedimiento Civil.

Al fundamentar el recurso, sostiene que los jueces resolvieron en sentencia lo que no fue objeto del recurso de apelación, señala que el actor pidió a su representada rendición de cuentas sobre el manejo de su cuenta corriente 115-0008169-2, desde septiembre de 2004, puntualmente sobre: Falta de ingreso de pagos y abonos; cobros ilegales de carácter judicial; cobro de cheques no protestados; débitos e intereses sin fundamento; multas no ingresadas a la caja fiscal y gestiones comerciales del Banco; que en contestación a la demanda señaló que el Banco de Machala S.A. no fue ni es mandatario del actor, no administró ni administra sus bienes, por lo que no existe la obligación requerida de conformidad con el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil, que sin embargo se dictó sentencia sin considerar sus excepciones, lo que ha sido una constante en todas las fases del proceso. Que el pronunciamiento de segundo nivel debió limitarse a tratar sobre la sentencia de primer nivel versus las apelaciones y las respectivas concreciones de recursos. Que en la sentencia de primer nivel no se encuentra que se haya resuelto algo relativo a supuestas multas indebidamente pagadas; las que tampoco constan del escrito de apelación del actor

y menos en el suyo, que sin embargo la sentencia que impugna acepta parcialmente el recurso de apelación tanto del accionante como de la accionada y reforma las cuentas rendidas por el Banco y de acuerdo con el informe pericial, ordena que el Banco de Machala devuelva tanto los valores que por concepto de multas bancarias, así como las multas remitidas a la Superintendencia de Bancos y Seguros, y las comisiones que han sido retenidas ilegalmente, a partir del cheque número 740 con fecha de protesto 10/11/2014, valores que se liquidarán pericialmente y serán devueltos en el plazo de quince días con los intereses máximos convencionales, desde la fecha de retención de cada uno de los valores. Que constituye un dislate aceptar el recurso de apelación de la parte actora cuanto la de la demandada, a sabiendas de que contienen aspiraciones contrarias e incompatibles; que el tribunal, en lugar de reformar la sentencia, reforma las cuentas presentadas por el banco. Que reformar significa, reformular, cambiar alterar su estado original y que el único que podía cambiar las cuentas rendidas era el propio banco. Que los magistrados debieron aceptar uno de los recursos, la reforma de la sentencia o la aprobación de cuentas en forma total, parcial o reprobarlas, en cuyo caso, haciendo constar las razones por las que no la aprueban y la determinación exacta del rubro que en el supuesto no consentido, mantiene el Banco en la cuenta corriente como saldo a favor del requirente y nada más. Ordena el Tribunal que el Banco devuelva dinero, que devolver, entre otras acepciones significa restituir algo a quien lo tenía antes, que sin embargo la devolución, que sin embargo, la acción de restituir la puede ejecutar solamente quien detenta la cosa a restituirse, quien se benefició de ella de manera ilegítima, que en el caso, las multas y sanciones tienen un hecho generador, un presupuesto establecido en la Ley. Que en el caso, no hay duda alguna que tales circunstancias se verificaron dando lugar al nacimiento, vigencia y aplicación a sanciones pecuniarias. Que obligaciones civiles, son aquellas que dan derecho al acreedor para que una vez cobradas sean legítimamente retenidas y solamente en el caso de que constituyan pago de lo no debido, son materia de devolución, pero mediante una acción que en la especie no existe. Que el Banco, cumple con un rol de gestor de cobro, teniendo la calidad de recaudador para consignar dichos valores a su destinatario, la Superintendencia de Bancos y Seguros, por consiguiente en el evento no consentido de que fuese procedente alguna devolu-

ción, lo deberá restituir el organismo que recibió el pago de las multas y no el banco que es un gestor del cobro y nada más. Que la sentencia ordena devolución de multas bancarias, que no pasa de ser una curiosa ocurrencia suya; que si quisieron referirse a multas por cheques protestados que se han cobrado por el Banco que van a parar a sus arcas, se equivocaron, pues el Banco, no es beneficiario de ningún valor por concepto de multas por cheques protestados, por ende es una realidad incuestionable que no se ha probado que el Banco de Machala S.A. se haya beneficiado de rubro alguno por este concepto, enriqueciendo su patrimonio. Que ordenan devolver comisiones fantasmas procesalmente hablando, que han sido retenidas ilegalmente, como si estuviesen resolviendo un asunto de responsabilidad extracontractual, lo cual no es más que una burda manifestación de arbitrariedad e iniquidad. Que conceden un plazo para devolver lo que no deben y condenan al pago de intereses, al máximo convencional, cuando es conocido por todos y se presume debe serlo por los jueces, que el pacto de dolo futuro constituye objeto ilícito y por otra parte condenan al pago desde la fecha de una supuesta retención, cuando de conformidad con la legislación ecuatoriana, la retención es una medida cautelar y que con ello, la sentencia avala el criterio del Banco en cuanto sostiene que no han sido beneficiarios ni acreedores del pago de multas; que no han verificado retención alguna y que por consiguiente la sentencia es inejecutable.

Señala que en cuanto al recurso de apelación interpuesto por la institución demandada, se acepta por vía reforma de la sentencia la que se entiende tácitamente porque en lo explícito lo que se reforma son las cuentas y no la sentencia, por cuanto los cheques cuyos importes manda a devolver la jueza de primera instancia fueron pagados a sus beneficiarios, basados en dicha realidad aceptan su apelación, y que a pesar de tal resolución en forma deliberada o inadvertida no citan norma alguna es decir no motivan y se hacen los desentendidos sobre la responsabilidad de la jueza de primer nivel, llegando a ignorar el recurso de ampliación al respecto. Que en lo que tiene que ver con la apelación del demandante a decir de la propia sentencia se concreta: *"PUNTOS DE LA PARTE ACCIONANTE. Indica que el monto que se manda a cancelar exiguo y sin sustento alguno, sin que se disponga el pago de intereses y más aun los que se ha cobrado de la administración de su dinero. Que se ha justificado con los informes como el emitido por la Superintendencia de Bancos de la mala*



administración de su dinero, y el perjuicio contable causado por el Banco de Machala y que la señora jueza a quo no toma en consideración los informes periciales de los peritos CPA Jenny Parra, Ing. Johnny Ron y el contador Luis Sánchez que indica son coincidentes del perjuicio.”; de lo que se desprende sus tres pretensiones: se rectifique el monto mandado a pagar, que se lo considera exiguo; pago de intereses desde que se produjo la deuda y pago de daños y perjuicios. Que en franca contradicción de su motivación para reformar la sentencia de primer nivel, esto es, que legalmente no pudieron resolver más allá de la traba de la Litis “en forma tozuda resolvieron lo que no fue materia de dicha traba” no obstante su aparente conciencia de la prohibición legal encontraron la forma de favorecer al demandante condenando a devolver multas a su favor sin motivación alguna, debido a que el actor no demandó la devolución de los montos que manda devolver la sentencia; los montos demandados fueron desestimados mediante la sentencia de apelación que concluyó la primera fase del proceso; no se trató sobre los mismos en la segunda fase, no se resolvió sobre tales valores en la sentencia final de primer nivel y no fue materia de apelación de ninguna de las partes. Argumenta que el Tribunal para dejar establecida de manera precisa y adecuada la subsunción, la condensó en dos frases de la sentencia: al referirse a los puntos a los que se contrae cada uno de los recursos señaló 1. “Al respecto de las dos posiciones es necesario aclarar que en el juicio de rendición de cuentas al cumplirse con el mismo, en virtud de la prueba aportada pueden nacer obligaciones que de ser imputables a quien administró le corresponde al juez pronunciarse al respecto, es decir pueden existir saldos a favor de quien pide la rendición o de quien la realiza” que pidió al tribunal determine las normas de derecho que amparan tal expresión, sin que el tribunal dé ninguna explicación, reconocen el límite de sus atribuciones, sin embargo contesta frase se atribuyen la falsa potestad de resolver ultra y extra petita sostiene que el Tribunal expresó “Por otra parte, el accionante en esta instancia solicita se disponga el pago de daños y perjuicios ante lo cual, el tribunal manifiesta que conforme establece el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial corresponde al Tribunal resolver conforme lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley, por lo que no puede reclamarse daños y perjuicios dentro de este juicio de rendición de cuentas y en esta instancia, pudiendo la parte que se considere afectada ejercer, de considerarlo, las acciones respectivas por la vía pertinente” para luego decir “2. Por último el Tribunal estima que si bien la cuenta debía cerrarse al tercer protesto, al no hacerlo, no se exime de responsabilidad a la entidad bancaria que era la llamada

a intervenir oportunamente de acuerdo al informe que le remitió la autoridad competente en su momento, por lo que debe asumir las responsabilidades y obligaciones que ello conlleva al permitir que el cliente siga manejando la cuenta hasta el 27 de marzo de 2006” Sin que haya motivación alguna que respalde la decisión de resolver fuera de lo debido.

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 de la República, 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 y Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo de la Judicatura, en forma constitucional mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero del 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución No. 01-2015 de 28 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 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

2. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

2.1. En virtud de los puntos a los cuales el banco recurrente contrae el recurso, a este Tribunal le corresponde resolver:

2.1.1. Si la sentencia que se impugna resuelve más allá de la traba de la Litis, al disponer que la institución bancaria demandada devuelva los valores que por concepto de multas bancarias y comisiones han sido retenidas ilegalmente, con los intereses máximos convencionales desde la fecha de retención de cada uno de los valores.

3. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

3.1. En Casación, la causal que se invoca en sustento de una acusación en contra de la sentencia, constituye la razón legal de la impugnación y el límite impuesto por el recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe realizar el Tribunal.

3.1.1. Los principios y normas que regulan la expedición de una resolución judicial, disponen que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los

que se trabó la Litis, (principio dispositivo) y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Constitución, la Ley y los méritos del proceso; la omisión de resolverlos o la exagerada diligencia, más allá de aquellos, constituye causal para fundamentar el recurso de casación. (Artículos 273 del Código de Procedimiento Civil; 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial y 3.4 de la Ley de Casación.)

3.1.2. Lo jurídicamente calificado como traba de la litis, se compone de la pretensión formulada por el actor en la demanda, (exigencia fundada o no) y la resistencia esgrimida en contra, (excepciones). Fijados los puntos de litigio, y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones, o razones que fundamentan la pretensión y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas.

3.1.3. Cuando el órgano jurisdiccional al resolver vulnera el principio de consonancia entre lo pedido y lo resuelto, por exceso u omisión, lesiona el interés jurídico de las partes en el proceso y su derecho a la tutela judicial efectiva.

3.1.4. La inconsonancia, disonancia o incongruencia; afecta una decisión judicial cuando aquella desbordando el principio dispositivo, rector, entre otros de la administración de justicia, no se sujeta a los límites impuestos por las partes en la pretensión y la contradicción, ya porque otorga más de lo pedido; algo distinto a lo pedido o deja de resolver sobre algo de lo pedido.

El Tratadista Humberto Murcia Ballén, respecto a la incongruencia del fallo, señala que éste *“puede revestir tres formas y cualquiera de las tres estructura la causal de casación que se comenta, pues que todas ellas implican la transgresión del susodicho principio de la consonancia o armonía, y son: a) ultra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia provee sobre más de lo pedido...; b) extra petita, en la cual se incurre cuando la sentencia decide sobre pretensiones no formuladas por el demandante en su demanda, ni en oportunidad posterior; o sobre excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas; y c) mínima petita, también llamada citra petita, en la cual incurre el juez cuando, al dictar sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas...”*¹

4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA CAUSAL

4.1. ÚNICO CARGO. Invocando la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación la institución bancaria recurrente, acusa a la sentencia emitida por un tribunal de jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, de haber resuelto más allá de la traba de la Litis al ordenador la devolución de valores por conceptos de multas y comisiones, con los interés máximos convencionales.

Al efecto, este Tribunal de Casación al contrastar la demanda, la contestación y la sentencia de segunda instancia, encuentra, que propuesta la acción de rendición de cuentas, y ordenada indebidamente aquella (**en razón de que los Bancos a través de un contrato de cuenta corriente bancaria no administran bienes ni dineros ajenos, pues la disposición de fondos la hace el propietario del dinero a través de cheques y retiros con tarjeta de débito; manejos sobre los cuales el Banco por disposición del artículo 59 de la Ley de Cheques, vigente a la fecha de la emisión de los protestados, según informe pericial y la cláusula contractual DÉCIMA estaba obligado a enviar mensualmente el estado de cuenta con el detalle del movimiento, la que, de no efectuarse por escrito, dentro del plazo previsto en el contrato posteriores a la fecha de remisión “se entenderá la total conformidad del cuentacorrentista”**) el Tribunal de instancia ordena la devolución de valores *“que por concepto de multas bancarias, así como las multas remitidas a la Superintendencia de Bancos y Seguros y las comisiones que han sido retenidas ilegalmente (...) a partir del cheque 740, con fecha de protesto 10/11/2004”*, conforme el anexo 9 constante a fojas 1332, en el que consta un listado de cheques protestados y con el argumento de que *“si bien la cuenta debía cerrarse al tercer protesto, al no hacerlo no se exime de responsabilidad a la entidad bancaria que era la llamada a intervenir oportunamente de acuerdo al informe que le remitió la autoridad competente en su momento, por lo que debe asumir las responsabilidades y obligaciones que ello conlleva al permitir que el cliente siga manejando la cuenta hasta el 27 de marzo de 2006”*; sin que, el demandante haya imputado al Banco, responsabilidad alguna en los protestos efectuados, los que por disposición legal del artículo 31 de la Ley de Cheques son de su responsabilidad; ni haya pretendido devolución de multas por indebidamente impuestas y ejecutadas. Rendición de

¹ Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá-Colombia, págs. 506 y 507.

cuentas que, al haber causado estado, en la segunda etapa del proceso, debió limitarse a ordenar la devolución de algún saldo de haberlo, luego del cierre de la cuenta y pago de las multas.

La responsabilidad de la institución bancaria, en el no cierre oportuno de la cuenta corriente, al constituir una infracción a los deberes y obligaciones de las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia de Bancos, corresponde establecerla y sancionarla, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 62.6 y 276 del Código Orgánico Monetario y Financiero, vigentes a la fecha de emisión de la sentencia que se impugna [Ley de Instituciones del Sistema Financiero artículo 180 literal j)] a la Superintendencia de Bancos; no es atribución del órgano jurisdiccional que dispone la rendición de cuentas del manejo de una cuenta corriente bancaria, imponer responsabilidades a la institución bancaria y sancionarla con la devolución de multas y comisiones establecidas en contra del girador de cheques protestados (artículo 31 de la Ley de Cheques, vigente a la fecha de los correspondientes protestos) beneficiándolo de su propia culpa, pues es obligación contractual y legal del cuentacorrentista mantener la provisión de fondos disponibles para el pago de cheques². Entonces, ordenar devolución de multas y comisiones impuestas por disposición de la Ley, en contra del cuentacorrentista que giró cheques sin provisión de fondos, va más

allá de las pretensiones del actor, expuestas en la demanda, y más allá de las competencias del órgano judicial, por lo que procede el cargo de incongruencia acusado.

DECISIÓN

Con los razonamientos expuestos, este Tribunal de Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, CASA la sentencia emitida por el tribunal de jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 15 de febrero de 2016, las 08h00, y en su lugar al dictar sentencia de mérito, ordena que de existir saldo a favor del actor, le sea devuelto, sin que para ello se considere el valor de las multas y comisiones impuestas por los cheques protestados por no provisión de fondos, cuyo pago correspondía al cuentacorrentista. Con costas. En atención a la cuantía, en mil dólares se fijan los honorarios de la defensa de la institución demandada. **Notifíquese y devuélvase** los expedientes de instancia.

f) **Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL VOTO SALVADO; Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL.**

VOTO SALVADO

Juicio No. 17721-2016-0310

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, lunes 06 de noviembre de 2017, a las 17h17.-

VISTOS: (2016-0310): 1. En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución

No. 01-2015, 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, 1 de la Ley de Casación, y aplicación de la Primera Disposición Transitoria del Código Orgánico General de Procesos. **2. ANTECEDENTES:** Sube el proceso a esta Sala en virtud

² El Reglamento General de la Ley de Cheques, disponía también en su artículo 5.12, que es “obligación del cuentacorrentista [...] mantener la provisión suficiente de fondos disponibles para el pago de cheques;”

del recurso de casación interpuesto por el Dr. Harold Parrales Viteri, en su calidad de Procurador Judicial del Dr. Jorge Andrade Vecillas, representante Legal del Banco de Machala S.A., en contra de la sentencia proferida por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 15 de febrero de 2016, a las 08h00, dentro del juicio ordinario que por rendición de cuentas sigue en contra de su representada Pablo Andrés Uriguen Mora. Uno de los señores Conjueces de esta Sala Especializada admitió a trámite el recurso referido en auto de 17 de marzo de 2017, a las 10h33. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El casacionista alega como infringidos en la sentencia impugnada los Arts. 11.2.9, 75, 76.1.3.7. a) b) h) k), 82, y 168.6 de la Constitución de la República; 9, 19, 21, 23, 25 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 273 del Código de Procedimiento Civil. Deduce el recurso interpuesto con cargo en la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe el recurso, para resolver, se puntualiza: **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN:** La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y supremo; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación “es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...) que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá 2005, p. 91) El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar

fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (la función dikelógica de la casación así lo entiende en cuanto acceso a la tutela jurisdiccional, y la consecuente 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 de 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, ocasionalmente restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley. **5. LA RENDICIÓN DE CUENTAS.-** El deber o la obligación de rendir cuentas tiene dos mecanismos de activación jurídica, siempre desde el gestor, por una parte, se ejerce al ceñirse a las reglas previstas al administrar de entregar información suficiente al requirente dentro de los plazos y términos acordados previamente respecto a su gestión sobre bienes ajenos o negocios, y por otra, en el caso de no haberse previsto reglas para la rendición de cuentas, “cuando el dueño las pida” (Art. 660 Código de Procedimiento Civil). Administrar bienes ajenos conlleva implícita la rendición de cuentas sobre tal ejecución, pues dicha obligación sobreviene al encargo, y se ejerce o en etapas o hitos, o sobre la totalidad de la gestión efectuada. Dicha administración se ejerce por voluntad de las partes, por voluntad de la ley o por orden de autoridad pública. La ley habilita ciertos casos de gestión unilateral de negocios dirigidos a cesar o impedir los perjuicios o arbitrariedades que se pudieren ocasionar al propietario, como el caso del agente oficioso o en los estados de excepción, sin que éstos se encuentren exentos de informar suficientemente sobre la administración o uso del bien o bienes en cada evento. La rendición de cuentas además se enmarca en un sistema de transparencia y control social, y consiste en uno de los mecanismos implementados por la Constitución y la ley para regular y propender a eficiencia y eficacia de la gestión pública, es decir el deber y la responsabilidad que tienen las autoridades y administradores públicos de presentar informe oportunos y fundamentados a la ciudadanía respecto a la gestión implementada o ejercida en un período



determinado. Sin perjuicio de lo manifestado, la legislación civil ecuatoriana prevé para casos específicos la rendición de cuentas, así el Art. 440 del Código Civil determina: “El tutor o curador está obligado a llevar cuenta fiel, exacta, y en cuanto fuere doble documentada, de todos sus actos administrativos, día por día; a exhibirla luego que termine su administración; a restituir los bienes a quien por derecho corresponda, y a pagar el saldo que resulte en su contra”; el Art. 2059 *ibídem* establece: “El mandatario está obligado a dar cuenta de su administración”, y en este mismo contexto la legislación societaria prevé: “Los administradores están obligados a rendir cuenta de la administración por períodos semestrales, si no hubiere pacto en contrario, y además en cualquier tiempo, por resolución de los socios” (Art. 53, Ley de Compañías). Si bien el confiar la “gestión de uno o más negocios a otra”, se encuentra incorporado en la ley como mandato (Art. 2020, Código Civil), también se determina que aquél debe plasmarse contractualmente, pues que requiere “aceptación del mandatario” (Art. 2028), y conlleva la ulterior responsabilidad del ejercicio del contrato, conforme lo tipifica el Art. 2033 *eiusdem*, al establecer: “El mandatario responde hasta la culpa leve en el cumplimiento de su encargo...”, de igual forma que el albacea (Art. 1320) y el secuestro o depositario (Art. 2127). La doctrina establece dos efectos para la rendición de cuentas: (i) inmediato que está “constituido por las cuentas, esto es, los ingresos y egresos, con sus respectivos soportes, de la actividad desarrollada por quien se ha encargado de administrar bienes o negocios de otra persona, sea que su origen esté en un acto de voluntad de las partes, como el contrato, o en una situación contemplada en la ley, como el secuestro o el albaceazgo”; y, (ii) mediato, que “consiste en establecer quién le debe a quién y cuánto, es decir, cuál es el saldo que queda en favor de una parte y a cargo de la otra. Se habla de parte, sin hacer referencia a una específica, pues el saldo puede quedar a cargo del demandante o del demandado” (Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 128). La legislación procesal ha previsto dos procedimientos (ejecutivo y ordinario) para ejercer la acción de rendición de cuentas, pues en el caso de no presentarse el título ejecutivo, la petición se la formulará únicamente para la comparecencia del reo dirigida a justificar su gestión judi-

cialmente, y en caso de negativa a dicha obligación, se procederá a sustanciar la demanda en juicio ordinario (Art. 662, Código de Procedimiento Civil). **6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- ÚNICO CARGO: CAUSAL CUARTA. 6.1.** La causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, 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°- 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°- La interna es la que mira a la concordancia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia...” (Jaime Azula Camacho, Curso de Teoría General del Proceso, Librería Jurídica Wilchers, 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 *thema 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* petita y los *ultra* petita, 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, comenta: “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; 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 juzgador en su resolución debe salvaguardar la intangibilidad del contenido de las acciones y excepciones deducidas en el proceso, y en el caso del juicio ordinario, del recurso de apelación, que abarca como consecuencia a que: “todo aquello que hubiera podido hacerse en primera instancia, hasta el momento de la conclusión para sentencia, puede hacerse en la segunda (benficom nondum deducta deducenci et nondum probata probandi). Así, pueden producirse todas las excepciones que hubieran podido producirse hasta ese momento, pero no otras...” (Giuseppe Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. III, Madrid, 1946, p. 380). “La alzada en concreto, de la misma forma que el juez de primera instancia, carece de poder para pronunciarse sobre aspectos que no le han sido sometidos a su consideración, quedando así sus facultades circunscriptas dentro de los márgenes impuestos por la traba de la litis” (Victor De Santo, La Prueba y los Recursos en los Procesos Ordinario y Sumarísimo, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2010, p.p. 344 y 345). Por ende, no pueden ser consideradas nuevas cuestiones, en aplicación del principio de congruencia; límite que supone no extrapolar la decisión a exigencias no planteadas en la demanda o no deduci-

das en contestación a la demanda, debiendo circunscribirse el ámbito de la resolución a lo planteado en la litis, por aplicación del Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: “la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieron podido resolverse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella”. Esta premisa porque con la contestación a la demanda se integra la relación jurídico-procesal que produce estos dos efectos fundamentales: i) Quedan determinados los sujetos de la relación: actor y demandado y, ii) Las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez. Ergo, los términos en que se plantearon la pretensión y la oposición a la misma son los que delimitan el contenido de la sentencia. **6.1.1.** El casacionista aduce como fundamento de su impugnación: “...Es patente que si la ley mediante abundantes normas que a propósito las he citado en este recurso determinan que solamente se debe resolver sobre lo que se ha fijado por las partes en el proceso, es decir sobre la base de la traba de la litis producida por la acción versus la oposición de rendir cuentas, la jueza no tuvo facultad constitucional ni legal para mandar a pagar obligaciones por más probadas que hayan sido en el supuesto; menos aun en este caso que ni siquiera se probó, es decir que en la especie no existió para la jueza en el universo procesal, por el contrario, se permitió contradecir la realidad procesal... Claramente se ha dicho desde la demanda misma que el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas tiene como fuente el contrato de cuenta corriente celebrado entre las partes ahora en litigio, entonces en el proceso debió tratarse y resolverse únicamente las obligaciones nacidas de dicho convenio y claramente determinadas en el libelo inicial... Aún en el supuesto de que la decisión de mandar a pagar daños y perjuicios habría sido materia de la traba de la litis, ni en tales circunstancias habría podido prosperar esa pretensión por la presencia de una de las causas de exención de responsabilidad extracontractual, cual es la participación directa en el supuesto acto por parte del demandante. Pues queda claro que tanto legal cuanto contractualmente asumió la obligación y responsabilidad de mantener fondos en la cuenta corriente. Por demás está recordar que para que se configure responsabilidad extracontractual civil de quien comete un delito o cuasi delito que causa daño, la



participación de la víctima en el acto doloso o culposo debe ser absoluta y definitivamente nula, pues de otra manera se estaría avalando y solapando el beneficio de culpa y o dolo propios y el imputado estaría respondiendo por culpa de terceros”, y añade: “Por otra parte, nadie puede ser juzgado sino en virtud del procedimiento propio de cada asunto, no puede ser sancionado por un acto u omisión que no esté previsto como infracción como tampoco puede ser juzgado por jueces que no son competentes...”. Pablo Andrés Uriquen Mora, activa la petición de rendición de cuentas en contra del Banco de Machala Sucursal Cuenca, a través de su representante legal, respecto de una cuenta bancaria “desde la fecha misma de la suscripción del contrato de cuenta corriente a mi favor, dado y entregado a dicho mandato fiduciario”. De fojas 151 a 152 consta la contestación a la demanda por parte del ahora casacionista, que deduce las siguientes excepciones: “a. Alego falta de derecho. b. Alego improcedencia de la demanda. c. Niego los fundamentos de hecho y de derecho”. El supuesto de negativa a rendir cuentas se encuentra preceptuado en el Art. 662 del Código de Procedimiento Civil, que dispone para dicho evento, que la demanda se sustanciará en juicio ordinario, por lo que existen dos escenarios para que opere tal rendición, en el primer caso al ser afirmativa la posición del requerido, procede lo establecido en el Art. 663 *ibídem* que prevé: “Presentadas las cuentas, se oír sobre ellas al actor; y si éste las hallare arregladas, las aprobará el juez”, procedimiento que no involucra al trámite en vía ordinaria; y, como ya se dijo, en caso de negativa se activa el juicio ordinario que incumbe al proceso de conocimiento o cognición que “puede definirse como aquél que tiene por objeto una pretensión tendiente a que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes... En los procesos de declaración, denominados también de conocimiento o cognición, la sentencia tiene efectos de cosa juzgada material, lo que implica que es insusceptible de revisarse por otros procesos posteriores...” (Víctor De Santo, *La demanda y la defensa en los procesos ordinarios y sumarísimo*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 34). “...Tales tipos de procesos suelen dividirse en declarativos, cuando la disputa entre las

partes se resuelve en derecho mediante la aplicación de una norma positiva al caso particular, y dispositivos, si el juzgador, por permitirlo la disposición y acordarlo las partes, falla en conciencia o en equidad...” (Jaime Azula Camacho, *Manual de Derecho Procesal*, tomo III, *Procesos de Conocimiento*, quinta edición, Bogotá 2005, p. 1.) Hernando Devis Echandía, dentro de la clasificación de los procesos por su función, identifica al “proceso declarativo genérico o de conocimiento y proceso de ejecución”; respecto de los primeros, de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva, señala como su finalidad la declaración de derechos o de responsabilidad, o de la constitución de una relación jurídica y en los que se incluyen a los declarativos y a los dispositivos. “En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien iusdicit. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos” (*Teoría General del Proceso*, Tercera edición revisada y corregida, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 165). **6.1.2.** Conceptual y doctrinariamente existen diferencias sustanciales entre acción y pretensión, por cuanto la pretensión se contiene en la acción y su hilo conductor precisa un enlace entre una y otra, la acción recepta procesalmente a la pretensión si ésta se adecua perfectamente a aquella, de otra forma la rechaza; por ende, una acción resulta incompatible cuando la pretensión no se adecua a sus presupuestos (que en los ámbitos civil, laboral y contencioso administrativo o tributario, se la conoce como demanda), pues la acción tiene por objeto “...iniciar un proceso y mediante él obtener la sentencia que lo resuelva (inhibitoria o de fondo, favorable o no, condenatoria o absolutoria). En forma alguna la acción tiene por objeto o fin una sentencia favorable, ni implica necesariamente una sentencia de fondo o demérito, pues para ello se requieren otras condiciones que conciernen a la existencia real del derecho subjetivo material, lo primero, y a la titularidad del interés jurídico sustancial en el litigio y a tener legitimación para formular las pretensiones, lo segundo” (Hernando Devis Echandía, *op. cit.* p.p. 187 y 188); y la pretensión puede definirse como “el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales y contenciosos-administrativos) o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o del fiscal, según el sistema vigente (en los procesos

penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado” (id, p. 214). El Art. 57 del Código de Procedimiento Civil establece: “JUICIO es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces” constituyéndose en un proceso lógico en el que no puede trastocarse sus elementos y fases y que la compatibilidad o la incompatibilidad de las acciones se establece por el análisis de la pretensión, que es lo que determina la naturaleza estructural cuyo cumplimiento se exige. “...Los deberes procesales del juez son los que le impone la ley en relación con la dirección, desenvolvimiento y resolución del proceso y con la ejecución de la pretensión litigiosa” (Adolfo Alvarado Velloso, *El Juez, sus deberes y facultades*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 43)

6.1.3. El objeto de la demanda se restringe a solicitar que el demandado “presente cuentas de su administración desde la fecha misma de la suscripción del contrato de cuenta corriente” conminándolo a que le sean entregadas dentro del término establecido en el Art. 661 del Código de Procedimiento Civil, litigio que se encuentra (por la negativa del demandado a la pretensión) adecuado en un proceso de conocimiento, declarativo de derechos, que se caracteriza por la controversia entre las partes acerca de un derecho incierto o discutido (cfr. Jaime Azula Camacho, op. cit. p. 1). El derecho discutido, el objeto de la litis, se basa en la existencia o no de la obligación de rendir cuentas por parte del demandado, o a contrario sensu, el derecho del actor para exigir que cumpla el demandado con dicho requerimiento, deberá ser resuelto mediante sentencia (Art. 662, Código de Procedimiento Civil), siendo la discusión judicial desvanecida mediante sentencia proferida el 02 de enero de 2011, a las 17h30, por el Juez Quinto de lo Civil de Cuenca, al declarar que “la entidad accionada en el término de quince días rinda cuentas de su administración como gerente y representante legal del Banco de Machala, rendición de cuentas que comprenderá desde el tercer protesto, al cuarto protesto se debió cerrar la cuenta” (sic), sentencia que fue apelada ante el superior por el representante legal del Banco de Machala S.A. (fs. 434 del cuaderno de primer nivel), e igualmente por el demandante, (fs. 441 del mismo cuaderno). El 16 de marzo de 2012, a las 08h15, la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay,

mediante sentencia: “acepta el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y desecha el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirma la sentencia subida en grado en todas sus partes”; y, consecuentemente, se enfatiza, habiéndose emitido la referida resolución judicial de segundo nivel, en juicio ordinario, procedía interponer recurso de casación, conforme al Art. 2 de la Ley de Casación que prevé: “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”, correspondiéndole la decisión de recurrir al legitimado, es decir “la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto” (Art. 4 ibídem). Por ende, no habiéndose interpuesto casación oportunamente, procede indefectiblemente la ejecución de lo resuelto (sentencia de 16 de marzo de 2012, a las 08h15, proferida por la Primera Sala Civil Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay), que es el mecanismo previsto por la ley para hacer ejecutar lo juzgado, al ser mandatorio su cumplimiento, correspondiéndole en todos los casos al juez de primera instancia, sin consideración a la cuantía (Art. 302, Código de Procedimiento Civil), pues “...no se ve cómo pueda a la cosa juzgada asignarse un carácter meramente contingente; si hay una función declarativa (jurisdiccional), a menos que se piense en una actividad estatal de respuestas puramente académicas, sin otro valor que el platónico”. (Enrico Aliorio, *Problemas de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p.p. 59, 60). Situados en la fase de ejecución de la sentencia, resulta absolutamente meridiano lo prescrito por el Art. 162 ejusdem: “Si constando de los autos probada la obligación, no hubiere medio de acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podrá deferir al juramento del acreedor o perjudicado; pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciere excesiva”, siendo la estimación definitiva facultad privativa del juez. El juramento deferido posee dos características intrínsecas: decisorio y estimatorio, este último se utiliza para estimar una suma de dinero. Concretamente, en cuanto a rendir cuentas, el Art. 665 del Código de Procedimiento Civil determina: “Cuando el demandado, notificado con el mandamiento de ejecución de la



sentencia, se negare a presentar las cuentas en el término concedido, se deferirá al juramento del actor sobre el saldo acreedor, con la facultad moderadora que se concede al juez para su valoración de acuerdo con los antecedentes del caso. Concluido el término de prueba, alegarán simultáneamente las partes, dentro de cuatro días y sin más requisito, se pronunciará sentencia”, siendo dicha sentencia igualmente recurrible en casación, al amparo de lo dispuesto en el Art. 2, inciso segundo, de la Ley de Casación, que prevé que el recurso: “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”. **6.1.4.** La certeza judicial requiere de un estadio de justificación, normativa o fáctica previa, la que “requiere partir de un modelo de aplicación del derecho y de una clarificación del tipo de problemas que el mismo plantea..., puede concluirse que el objeto de la justificación son las decisiones parciales: a) decisión de validez y aplicabilidad, b) decisión de interpretación, esto es, de atribución de significado a los enunciados aplicables, c) decisión de evidencia, referida a los hechos tenidos por probados, d) decisión de subsumición: relativa a sí los hechos probados forman parte de la extensión del enunciado aplicable, e) decisión de consecuencias: las que deben seguir a los hechos probados y calificados jurídicamente, f) decisión final” (Victoria Iturralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 285 y 286). En este contexto, es de importancia citar el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia respecto a la resolución del juicio de rendición de cuentas, invocado por el Tribunal a quo en la resolución que se impugna, por lo que se lo adopta en su parte pertinente: “...4) Ejecutoriada esta sentencia se proseguirá el trámite de la causa, empezando por conceder el término de diez días para que el demandado rinda las cuentas; es decir, presente, con los justificativos del caso, los ingresos y los egresos del bien administrado, y un resumen del saldo deudor o acreedor resultante. Presentadas las cuentas, se continuará con el trámite previsto en los artículos 674 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. 5) Finalmente, pronunciará una nueva sentencia en que fijará el monto

que debe pagar exadministrador a favor del actor o, en su caso, el monto que debe pagar el actor al administrador. En resumen el juicio de cuentas aparece dividido en dos fases: la primera se tramita como un juicio ordinario, que concluye con la sentencia en que se declara la obligación del demandado a rendir las cuentas solicitadas o se desecha la demanda, y la segunda fase, en que ejecutoriada la sentencia que ordene la rendición de cuentas, se entra al trámite especial de rendición propiamente dicho que concluye con la sentencia en que, según el resultado de las cuentas se condena al demandado al pago del saldo deudor a favor del actor, o por el contrario se condena al actor a pagar a favor del administrador, demandado, el saldo acreedor. Es decir en este juicio existe la novedad de que el Juez de la causa dicta dos sentencias (Resolución No. 257-2003 de 03 de octubre de 2003, publicada en el R.O. No. 262 de 29 de enero de 2004). Entre las obligaciones del gestor se encuentra la de rendir cuentas al dueño, semejantes a las que impone el mandato, pues debe rendir cuentas de su administración, cualquiera que sea la naturaleza del encargo que se le confía, y su finalidad es poner en conocimiento del dueño la forma como se ha llevado a efecto dicha gestión, sus resultados y la restitución de todo lo que el gestor ha recibido en virtud del encargo. En caso de cuestiones no solventadas inter partes, la gestión quedaría sujeta a un procedimiento de solución de conflictos, cuya decisión determinará la correcta o incorrecta administración efectuada sobre bienes ajenos. “La rendición de cuentas presenta cierto carácter aritmético marcado; se trata de establecer qué es lo que ha recibido el mandatario, lo que ha gastado y lo que resta a su favor o a favor del mandante. Ordinariamente servirá de antecedente para establecer la buena o mala administración del negocio...” (David Stichkin Branover, *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1975, p. 345). Es decir, es consecuencia de la rendición de cuentas la certidumbre de la administración ejecutada, pues aquella tiene como finalidad establecer con exactitud los saldos positivos o negativos resultantes de la gestión efectuada, refundición que a su vez determina el necesario equilibrio patrimonial. Quien solicita o demanda la rendición de cuentas mantiene una expectativa en cuanto su resultado, al encontrarse sujeta a estimación, oposición y comprobación, por lo que puede suceder, que del resultado

obtenido se ocasionen obligaciones de restitución por parte del solicitante o actor en favor de quien fue compelido a entregar la rendición de cuentas o viceversa. Es por esto que es demostrativa, pues la contestación a una pretensión jurídica tiene como base la inexistencia de una situación que sirva de fundamento a aquella; esta inexistencia, teniendo en cuenta el mecanismo jurídico, puede manifestarse en los siguientes casos: i) inexistencia del fundamento de derecho de la pretensión, es decir, inexistencia del elemento de derecho de su fundamento, ii) inexistencia del elemento de hecho del fundamento de la pretensión, y, iii) existencia de un hecho que según una norma o precepto jurídico tenga efecto extintivo o impeditivo de la situación jurídica que constituye el fundamento de la pretensión. Si se apoya en uno de los fundamentos, i) o ii), la contestación se llama defensa, por lo que ésta es la contestación a la pretensión que se funda en la negación del elemento de hecho o de derecho de la misma. Cuando se apoya en un fundamento del tipo iii), la contestación se conoce como excepción (originado en el proceso formulario romano) sirve para designar la contestación a la pretensión que se funda en un hecho que tiene eficacia extintiva o impeditiva del efecto jurídico afirmado como fundamento de la pretensión. Devis Echandía distingue claramente entre defensa en sentido estricto, excepciones o impedimentos procesales; respecto de la excepción dice que "... existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo de su pretensión o que consistan en diferentes modalidades de aquellos hechos" (Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, ediciones Dike, Medellín-Colombia, 1994, 13ª Edición, tomo I, p. 239). En dicho sentido, la determinación de los valores a ser restituidos, ha transitado desde la demanda, la oposición, la comprobación, hasta la decisión judicial, y su resultado ha dependido del cotejamiento del aporte fáctico incorporado al proceso. Es así que la condena de restitución de multas y comisiones por parte del Tribunal de Instancia se ocasiona en razón del informe pericial (fs. 1334 a 1349) del cua-

dermo de segunda instancia) con 9 anexos inclusive, que concluye: "...considero que la Entidad Bancaria debería reintegrarle al actor todos los valores cobrados por multas y comisiones por concepto de cheques protestados a partir del 28 de noviembre de 2004...", siendo dicho criterio profesional acogido en la parte resolutoria de la sentencia que se impugna, pues la vigencia de la instancia permite al juez o tribunal superior reexaminar la causa, quid pro quo, con arreglo a derecho y con única observancia de los límites en los que se encuentra trabada la litis, permitiéndose la práctica de pruebas (en el juicio ordinario o de lato conocimiento), lo que definitivamente podría conducir a contrariar el contenido del fallo judicial precedente, de primera instancia, al tener el juez ad quem mayores elementos que puedan ser advertidos o discernidos con mayor acuciosidad, mutatis mutandis, y que contribuyan a la adopción de la decisión correcta. La incertidumbre inicial de la demanda en el caso de la rendición de cuentas se encuentra íntimamente ligada a los resultados de la prueba a producirse, pues la demanda, sostiene Devis Echandía, "...es un acto de declaración de voluntad, introductorio y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la afirmación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un juicio, en un caso determinado" (En Víctor De Santo, La demanda y la defensa en los procesos ordinario y sumarísimo. Editorial Universidad, 1ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 62). Consecuentemente, se pone de resalto que todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, por ello que la primera función del juez en el proceso sea la investigación de lo fáctico, para luego, en la sentencia, deducir el derecho que surja de aquello. El Art. 31 de la Ley de Cheques, vigente a la fecha de la presentación de la demanda, establece "la multa de diez por ciento sobre el valor de cada cheque protestado por insuficiencia de fondos, que debe ser pagado por el girador, multa que será debitada por el banco, de las cuentas del girador, hasta el monto que se mantenga en depósito. En caso de no ser cubierta la multa, se comunicará al Ministerio de Finanzas para el cobro del monto total o de la diferencia, de acuerdo con el reglamento dictado por el Superintendente de Bancos" (actualmente reformado en el Art. 499 del Código Orgánico



Monetario y Financiero, Libro I, R.O.S No. 332 de 12 de septiembre de 2014). Y en concordancia, el Art. 7 del Reglamento para el Cobro del 10% sobre el Valor de Cheques Protestados, dispone: “Cuando el protesto se hubiere hecho por error del banco girado, no habrá lugar a la imposición de la multa. Si la multa hubiere sido debitada o emitido título de crédito, éstos quedarán sin efecto, y, en el primer caso, se acreditará a las cuentas del girador lo cobrado, deduciendo las multas recaudadas posteriormente por el Banco la suma que corresponda. De estos hechos se informará especialmente a la Jefatura Provincial de Recaudaciones, a la Dirección General de Rentas y a la Superintendencia de Bancos”; ergo, no pudiendo subsistir ningún tipo de comisión que se genere de cobros injustificados. Por lo expuesto, no se encuentra mérito en la impugnación del casacionista para que prospere la aplicación de la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación, al no encontrarse

configurado ninguno de sus presupuestos. 7. **DECISIÓN:** Por la motivación que antecede, este Tribunal de Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, desestima el recurso interpuesto y no casa la sentencia proferida por la Sala Civil, Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 15 de febrero de 2016, a las 08h00, dejando intangible el derecho a la tutela establecido en el Art. 75 de la Constitución de la República. Entréguese el monto de la caución a la parte perjudicada por la demora. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) **Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL, VOTO SALVADO; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL.**



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

V

**Causa No. 1331-2014
Resolución 173-2017
Juicio 0043-2014**

TEMA: Juicio de restablecimiento de servidumbre de tránsito. La parte que afirma la existencia de un hecho al que atribuye una consecuencia jurídica debe ante todo, justificar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de las normas invocadas en apoyo de su postura procesal.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

En el juicio de partición de bienes dejados por el causante Carlos María Matute Guaraca, al momento de adjudicar los lotes de terreno, se estableció una servidumbre de tránsito, que permitía el libre tránsito por los diferentes lotes, sin embargo de que tenían libre tránsito por los lotes 4, 5, 6 y 7, los propietarios del lote 8 han procedido a cerrar la servidumbre de tránsito que quedo establecida al momento de realizar la partición, por lo que demandan el restablecimiento de dicha servidumbre. No obstante la escritura de compraventa del lote 8 es anterior a la partición. La jueza de primer nivel señala que el presupuesto fáctico de la acción, es la escritura de adjudicación, misma que ha sido adjuntada al proceso. Que de conformidad con las disposiciones de los artículos 113 y 114 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; y, cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

La parte demandada en el término de prueba adjunta escritura de compraventa donde no consta la existencia de la referida servidumbre; por tanto le corresponde a la jueza examinar los documentos presentados por las partes y determinar respecto a la existencia de la servidumbre. Del examen pericial se observa la existencia de vestigios de dicha servidumbre, la misma que se encuentra establecida en la escritura de partición. Así mismo realiza un análisis respecto a las servidumbres discontinuas, como la de tránsito, que deben ser establecidas mediante un título traslativo de dominio como la compraventa, permuta, dación en pago o donación; y que además se encuentre registrada en el correspondiente Registro de la Propiedad, como estos presupuestos se han dado en el proceso se rechazan las excepciones y se admite la demanda, ordenando el restablecimiento de la servidumbre de tránsito. Por lo que se dispone que los demandados Elsa Eufemia Borja Arichabala y Sandro Rene Borja Perez en el término de diez días de ejecutoriada la sentencia, retiren el cerramiento de postes de hormigón y alambres de púas así como la malla allí existente la misma que obstaculiza la utilización de la servidumbre.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora presenta recurso de apelación; sostiene que el juez no se sujetó a las circunstancias procesales, ya que no existe escritura pública que haya establecido servidumbre, que no es posible que se pretenda constituir servidumbre sobre un predio ajeno sin autorización del dueño. El tribunal concluye que, la escritura por la que vendieron el lote 8 a Rosario Sumba, precedió a la de partición, y en ésta no interviene Rosario Sumba; si bien se acuerda por escritura establecer una servidumbre de tránsito que pase por



el lote 8, solo obliga a quienes concurrieron a la partición y suscribieron la escritura pertinente, pero no le es oponible a Rosario Sumba y a los sucesores en sus derechos. Lo cual no ha sido apreciado en la sentencia, y no habiendo los actores demostrado la existencia de este primer requisito, no se ha justificado su derecho a entablar la acción, por lo tanto la demanda deviene en improcedente. Consecuentemente acepta el recurso de apelación, revoca la subida en grado y declara sin lugar la demanda.

SÍNTESIS CASACIÓN

La parte actora presenta recurso de casación con fundamento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, alegan infracción de los artículos 113, 121, 165, 175 y 176 del Código de Procedimiento Civil, y 169 de la Constitución de la República. El Tribunal señala que 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. En armonía con lo señalado, la valoración de la prueba se refiere a la operación mental del juez que procura conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido. Los casacionistas no señalan el vínculo o conexión específica con la imprecisión en la sentencia, observada por el Tribunal, añade que no es posible la casación de oficio. Del estudio realizado por el Tribunal se desprende que la escritura de compraventa del lote 8 precedió a la escritura de la partición, por tanto los efectos jurídicos de la partición en donde se estableció la servidumbre, no le es oponible a los anteriores compradores. Además señala que las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título. Para concluir, el Tribunal establece que las solemnidades sustanciales son imprescindibles desde que están relacionadas con las garantías del debido proceso; en el presente caso no existe contenido jurídico relacionado con la acusación, por lo que la desecha. En esta virtud, no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01331-2014-0043

Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-
SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL.-**

Quito, jueves 16 de noviembre del 2017, las 10h06.-

VISTOS: 1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 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, 1 de

la Ley de Casación, en aplicación de la Primera Disposición Transitoria del Código Orgánico General de Procesos. Integra el Tribunal la señora doctora Beatriz Suárez Armijos, Conjuenza Nacional, en subrogación del doctor Wilson Andino Reinoso, según consta del Oficio No. 1858-SG-CNJ-ROG de 10 de noviembre de 2017, suscrito por la Presidenta Encargada de la Corte Nacional de Justicia. **2. ANTECEDENTES:** Accede el proceso a esta Sala en mérito del recurso de casación interpuesto por José Gabriel Matute Peralta y otros en contra de la sentencia proferida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay el 24 de enero de 2017, a las 14h00, dentro del juicio que por servidumbre discontinua de tránsito sigue en contra de Elsa Eufemia Borja Arichábala y otro. **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Los casacionistas alegan como

infringidas en la sentencia impugnada los Arts. 113, 121, 165, 175 y 176 del Código de Procedimiento Civil; 886 del Código Civil; y, 169 de la Constitución de la República. Deducen el recurso interpuesto con cargo en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. Uno de los señores Conjuces de esta Sala Especializada lo admitió a trámite en auto de 27 de abril de 2017 a las 08h54. 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 público; 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 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, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que procura es garantizar la defensa del derecho objetivo en el marco de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de la ciudadanía ante la ley, y, reparar los agravios irrogados a los sujetos procesales con ocasión de la providencia recurrida (en este contexto así se entiende la función dikelógica de la casación). Por el Art. 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es Estado de derechos y justicia y es definido a través de sus caracteres esenciales, entre éstos y aquél la relación es ontológica. En efecto, el Estado Ecuatoriano es tal en tanto sus elementos esenciales están presentes en cuanto su propia naturaleza, su propio ser. Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver, a más de la organización entre poderes, creación y aplicación del Derecho, por el compromiso por la

defensa de contenidos jurídicos. La carga semántica de este precepto delimita el alcance, coherencia y razonabilidad de esos elementos esenciales, por ello que la parte orgánica de la Constitución sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación de los principios y derechos establecidos en su parte dogmática, en el entendido de que la principal característica del constitucionalismo contemporáneo es el reconocimiento del carácter normativo del texto fundamental y, en este contexto, es deber de los jueces garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución por su fuerza jurídica directa y por ser soporte que da unidad al sistema jurídico.- **5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- 5.1. ÚNICO CARGO, NORMAS CONSTITUCIONALES, CAUSAL TERCERA:** Los casacionistas fundamentan su impugnación en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, acusando infracción constitucional por falta de aplicación del Art. 169, en conjunto con otras normas infraconstitucionales, tal como consta en el considerando tercero de la presente resolución. Cuando el recurrente invoca infracción de disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, norma suprema del Estado y fuente fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico, a la cual ha de ajustarse todo el ordenamiento infraconstitucional y las actuaciones de jueces, autoridades públicas y ciudadanos. La causal referida establece: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: (...) 3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”. Esta causal, 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 principio de unidad de la prueba. “...que exige al intérprete 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). Por el principio de la unidad de la prueba, el conjunto probatorio que obra del proceso forma un todo y, como tal, debe ser examinado y meritulado por el órgano jurisdiccional, “...confrontando las diversas pruebas (documentos, testimonios, etc.), señalando su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se for-

me” (Víctor De Santo, La Prueba Judicial, Editorial Universidad. Buenos Aires, 1992, p. 14). En armonía con lo expuesto, la valoración o apreciación de la prueba se refiere a la operación mental del juez que procura conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido. Por regla general, la valoración o apreciación de la prueba corresponde al momento procesal en que el juzgador debe decidir sobre los hechos de la causa o cuando resuelve ciertos problemas incidentales. Es necesario establecer además que el análisis probatorio ex-post es arbitrio de los jueces de instancia (“consecuencia legítima que resulta de un hecho cuya certeza lleva a la conclusión de que otro hecho, cuya verdad se ignoraba, es o no verdadero”, Francesco Carnelutti, El Concepto Jurídico de la Prueba, Función y Estructura de la Prueba, Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, 2007, p. 61); sobre la base de las actuaciones judiciales incorporadas oportunamente al proceso, más no es competencia de la Corte de Casación, pues no cabe su reexamen al no ejercer un tercer grado de jurisdicción, y no adaptarse o corresponder con la naturaleza, propósito y fines del recurso extraordinario, que está ligado indefectiblemente a corregir la contrariedad de lo resuelto con la voluntad de la ley. Por ende, no juzga de nuevo el pleito, sí la sentencia. **5.1.1.-** Los recurrentes fundamentan su impugnación de conformidad al siguiente tenor: “Por la interpretación errada que se realiza de las normas constantes de los Arts. 113 y 121 del Código de Procedimiento Civil, indirectamente se viola dejándola de aplicar la norma contenida en el Art. 886 del Código Civil vigente que manifiesta (sic) que: ‘Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que la poseían proindiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna’. En este caso no incumbe al Tribunal de Casación volver a reconstruir o renovar el conjunto probatorio, sino que debe analizar que en concreto la prueba se halla actuada y que el Tribunal ad quem, en pugna con la ley, realizando una errada interpretación de los Arts. 113 y 121 del Código de Procedimiento Civil en cuanto disponen que es obligación de las partes probar los hechos que se alegan y que los medios de prueba consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes, indirectamente desconoce el valor de instrumento público de las siguientes escrituras que obran de autos...”.

El Art. 859 del Código Civil establece: “Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”. Sobre la base de esta definición legal, Eduardo Carrión Eguiguren manifiesta: “...se nota el afán que ha tenido el legislador de establecer claramente que las únicas servidumbres reconocidas o posibles son las prediales... Establecida la servidumbre, quedan vinculados entre sí los predios y no las personas propietarias de los mismos porque la servidumbre es real. Los predios quedan vinculados por el gravamen que se impone sobre el uno en beneficio del otro. Se llama predio sirviente el que sufre el gravamen, y predio dominante el que reporta la utilidad” (Curso de Derecho Civil, De los bienes, Imprenta del Colegio Técnico Don Bosco, Tercera Edición, Quito, 1979). Consta del subnumeral 3.4. de la sentencia que se impugna: “Obra de autos la escritura celebrada ante la Notaria Primera del cantón Gualaceo el ocho de mayo de 1998, a la que concurren María Luisa Resurrección Sumba y Fausto Francisco Matute Peralta por sus propios derechos y como apoderado de sus hermanos José Gabriel y María Susana Matute Peralta, para proceder a la partición de los bienes relictos de Carlos Alberto Matute, en la que se acuerda lo siguiente: ‘Los intervinientes establecen una servidumbre de tránsito que partiendo del camino carrosable pasa por el lote número ocho vendido a María del Rosario Sumba y llega al lote número cuatro...’ De cuyo texto se concluye, por una parte, que la escritura por la que vendieron el lote ocho a Rosario Sumba, precedió a la de partición; y, por otra, que en esa no interviene Rosario Sumba; por lo tanto, si bien se acuerda por escritura pública establecer una servidumbre de tránsito que pase por el lote ocho, el mismo sólo les obliga a los que concurrieron a la partición y suscribieron la escritura pertinente; pero no le es oponible a Rosario Sumba y a los sucesores en sus derechos, toda vez que, esa escritura pública en relación a terceros, solo hace fe en cuanto al hecho de haberse celebrado y su fecha, en lo demás, se insiste, sólo obliga a los que intervinieron en la misma, así lo dispone el artículo 1717 del Código Civil, al decir (sic): ‘El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes’. Detalle que la juez ha omitido apreciarlo, lo que determina, como lo afirma la recurrente, que la resolución no se ajuste a las constancias del proceso,

particularmente de la escritura original; y no habiendo los actores demostrado la existencia de este primer requisito, no han justificado su derecho a entablar esta acción, deviniendo por tanto la demanda en improcedente, conforme se ha excepcionado la demanda”. **5.1.2.-** Se advierte que el análisis precedente efectuado por el Tribunal a quo, contiene evidentes imprecisiones que necesariamente deben ser dilucidadas por parte de este Tribunal de Casación. La Ley Notarial, vigente a la fecha de la presentación de la demanda, establece en el Art. 18: “Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes: 1. Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo”. La premisa fundamental del ejercicio notarial se erige en la fe pública, así como en el cumplimiento de las solemnidades establecidas para cada acto o contrato que requiera su intervención, conforme la ley citada expresamente lo dispone, al establecer como deber del notario: “Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieren su ministerio” (Art. 19.a., ejusdem), si bien la norma legal sustento de la decisión jurisdiccional que actualmente se impugna (Art. 1717 del Código Civil) contiene los elementos descritos, es decir que el acto o contrato se encuentre revestido de fe pública notarial, y de la verificación de la capacidad legal de los declarantes, prevé también la posibilidad de que el notario por desconocimiento pueda legitimar con su actuación declaraciones falsas o forjadas que no se encuentra en capacidad de ser detectadas en ese momento. La Organización No Gubernamental, Unión Internacional del Notariado, en el marco de los diecinueve postulados de los notariados de tipo latino que promueve, establece: “b) De los documentos notariales. IV.5 Interpreta la voluntad y legaliza y legitima. En la redacción de los documentos notariales, el Notario, que debe actuar en todo momento conforme a la Ley, interpreta la voluntad de las partes y adecua la misma a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo ello, se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial”, formulación que abarca un contexto de extrema importancia, que atañe al contenido del acto



o negocio jurídico y su directa vinculación con la normativa que lo rige, al corresponder al Notario integrar la seguridad jurídica y crear derecho preventivo, pues “La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y de un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia” (Art. IV.3 *ibídem*). Ergo, el Notario aparte de las obligaciones de solemnidad, debe cuidar el contenido de los actos y contratos jurídicos, como es el evento del objeto ilícito en la enajenación (Art. 1480, Código Civil): “de las cosas que no están en el comercio, de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, y de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello”. Como se ha manifestado, la servidumbre predial como limitación del dominio, se constituye como un derecho real sobre un bien corporal, más no reviste un derecho personal, al ser este tipo de derechos ejercidos independientemente de las personas que lo ostentan (Art. 595, Código Civil): así, “el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca...”. La afectación de servidumbre discontinua de tránsito “... es el derecho que la ley asigna al dueño de un predio desprovisto de toda comunicación con la vía pública por la interposición de otros predios, para imponer se le permita conectarse con ella mediante el paso a través de los predios interpuestos, en razón de que ello le es indispensable para el uso y beneficio del suyo...” (Leonardo Rivas Cadena, *Derecho Civil*, t. III., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1982, p. 903). Al derecho de servidumbre de tránsito lo antecede un justo título traslativo de dominio, y su tradición: “... se efectuará por la inscripción de la escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato” (Art. 713, Código Civil), pues su goce inmemorial no basta para constituir las, a menos que exista el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, que suple al título constitutivo de servidumbre (Arts. 926 y 927 *id*). Una vez cumplidas las condiciones y formalidades legales para el debido ejercicio de las servidumbres, éstas son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen, pues si cesa “por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad, con tal

que esto suceda antes de haber transcurrido diez años” (Art. 931 *eiusdem*), prescripción que se encuentra prevista dentro de las causas de extinción, Art. 929 del mismo cuerpo legal: “...1. Por la resolución del derecho del que las ha constituido; 2. Por la llegada del día o el cumplimiento de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos; 3. Por la confusión... 4. Por la renuncia del dueño del predio dominante; y, 5. Por haberse dejado de gozar diez años”. Atribuir o ligar la existencia del derecho de servidumbre respecto a determinadas personas que ostentan el derecho de dominio de los predios tanto dominante, como sirviente, como queda indicado provoca una disrupción de los elementos intrínsecos que conforman la institución jurídica servidumbre predial. Constituye rasgo fundamental de la servidumbre ser derecho real porque entre propietario del predio dominante y del sirviente se establece una relación directa y por la que aquel ejerce su derecho que consiste en gozar de un determinado servicio que presta el último en favor del suyo. Precisamente por ello que “... es indiferente quien sea el dueño del predio dominante porque cualquiera que lo sea su derecho será igual así cambien sucesiva e indefinidamente las personas; pareja cosa cabe aseverarse respecto del dueño del predio sirviente, que también puede cambiar sin que se alteren los términos del gravamen (Leonardo Rivas Cadena, *op. cit.*, p. 26). Cabe puntualizar que la servidumbre es permanente en razón de que se la constituye en utilidad de una cosa inmueble, terreno, casa, y un inmueble es, por naturaleza, de existencia perpetua o más o menos perpetua, ergo es inmediatamente inteligible que el derecho y el gravamen servidumbre son también permanentes mientras existan las cosas a que acceden. Conforme el Art. 926 del Código Civil, las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; en este contexto es clara la previsión del Art. 924 *ibídem* en cuanto establece que el propietario puede sujetar su predio a las servidumbres que quiera y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños. El acto constitutivo de una servidumbre voluntaria es solemne por lo que debe constar en instrumento solemne inscrito que, probara, además, la existencia de aquella –la servidumbre– y el hecho fundador. Es ésta la razón por la que el concepto de título inmerso en el Art. 926 antes citado reviste esa ambivalencia: un acto jurídico que es la causa de la servidumbre e instrumento probatorio de su existencia. Las normas adjetivas que consideran

infringidas los casacionistas (Arts. 113, 121, 165, 175 y 176 del Código de Procedimiento Civil), no establecen en modo alguno el vínculo o conexión específica con la imprecisión acaecida en la sentencia recurrida, actualmente observada por parte de este Tribunal de Casación, poniéndose de resalto que la legislación ecuatoriana no prevé la denominada casación de oficio. **5.1.3.-** Como se ha mencionado, para que opere la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, es necesario liminarmente determinar con precisión la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la norma procedimental que regula la valoración de la prueba, y que ha sido vulnerada en la sentencia que se recurre, para enlazarla a su vez con los mismos supuestos de la norma sustantiva, que en consecuencia, ha sido infringida. Son normas procesales las que regulan relaciones entre órganos del Estado que se encuentran en situación de supremacía (dotados de potestad jurisdiccional) respecto de cualesquier otras personas (partes o terceros) que están sujetas a esa potestad y son preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba (Art. 3.3 de la Ley de Casación) aquellas disposiciones legales que establecen determinado valor probatorio a un medio de prueba, regulando su eficacia. La norma constitucional que los casacionistas consideran infringida (Art. 169, Constitución de la República) declara: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”, principios que regulan a la administración de justicia y que se encuentran a su vez integrados dentro de los denominados derechos de protección que así consagrados intervienen a través de la juridicidad del Estado constitucional de derechos que excluye toda acción contraria o que vaya más allá de la ley. En su aspecto sustantivo o material el debido proceso se caracteriza por la vigencia de los presupuestos, principios y normas constitucionales, de instrumentos internacionales así como legales, cuya observancia es inexcusable en cuanto son sus elementos estructurales pues que cada uno de ellos lo conforman y dinamizan al ser medios que permiten hacer valer el derecho asegurando al justicia. En tanto que, en su aspecto subjetivo, el debido proceso se relaciona con la pretensión de la tutela jurídica en función del derecho que permite hacerlos valer en comparecencia ante el órgano jurisdic-

cional incluso del *improbus litigator*, por lo que lo somete a los efectos y responsabilidades consecuentes. El núcleo esencial del debido proceso es hacer valer ante los jueces y autoridades administrativas los derechos de las personas y obtener una respuesta fundada en Derecho. La Corte Constitucional de Colombia entiende al debido proceso como aquel “...que en todo se ajusta al principio de juridicidad propia del Estado de Derecho y excluye por consiguiente, cualquier acción contra *legem* o *praeter legem*. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: solo puede ser efectiva dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos” (Sentencia No. T-001-1993). La Corte Constitucional del Ecuador encuentra que el debido proceso se muestra: “... como un conjunto de garantías que persiguen que el desarrollo de los trámites judiciales y administrativos se sujete a reglas invariables, con el fin de proteger los derechos que establece la Carta Magna, para evitar que la actuación discrecional de los jueces y autoridades durante el trámite vulnere derechos constitucionales ... el debido proceso al ser ‘el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituyen un atentado grave no solo al derecho de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y puesto que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a las máximas garantías como el acceso a los órganos jurisdiccionales y al respeto a los principios y garantías constitucionales’. El debido proceso, a su vez, protege otros principios constitucionales, como el de legalidad e igualdad de las personas y la tutela efectiva, inmediata y expedita de los derechos” (Sentencia No. 086-13-SEP-CC, de 23 de octubre de 2013, R.O. 130 de 25 de noviembre de 2013). El sistema procesal además establece la observancia de ciertas formas de acceder al órgano jurisdiccional a través de la demanda, acceso que no puede ni debe ser anárquico ni arbitrario sino en armonía con el modo de pedir, con el procedimiento a seguir, cuanto más si el sistema procesal es generador de certeza jurídica. “La sola omisión de formalidades” a la que se refiere in fine el Art. 169 de la Constitución de la República, debe ser entendida conforme el principio de interpretación de la unidad de la norma constitucional, en su conjunto, relacionándola con otras del texto constitucional,



no en forma aislada, no en compartimientos estancos, el análisis de cada disposición debe efectuarse tomando en consideración las demás normas, en el contexto de que la Constitución como cuerpo normativo contiene un conjunto de normas que deben correlacionarse o coordinarse entre sí. Lo formal dice relación a la forma en cuanto cumplimiento puntual y exacto; en tanto que, formalidad se refiere a las prescripciones de la ley en cuanto condiciones que se deben observar al tiempo de formular la demanda. Existen formalidades esenciales y otras que no lo son, las primeras son aquellas que se requieren por la ley de modo que su omisión produce nulidad; en tanto que, las no esenciales conlleva que su inobservancia no produce ese efecto, bien porque no se impone esa sanción o porque la ley no está concebida en términos prohibitivos. Las formalidades se denominan solemnidades cuando se refieren a la forma externa de los actos. Una de las garantías del debido proceso consiste en la observancia del trámite propio de cada procedimiento, Art. 76.3 de la Constitución, esto es del principio de la legalidad adjetiva, sin que sea una “mera formalidad” cuya omisión no afecte la validez procesal. Cabe diferenciar entre rito y solemnidad en cuanto esta segunda constituye requisito de forma que es regulada por la ley y es indispensable por el juez y los sujetos procesales. La solemnidad de los actos procesales no obedece a caprichos ni entorpecen el avance del proceso en

perjuicio de los justiciables, por el contrario, constituyen garantía de los derechos y libertades individuales que permiten el ejercicio eficaz del derecho de defensa. Las formalidades a las que se refiere el precepto constitucional constituyen requisitos a observar en lo formal más no en lo esencial o sustancial, por lo que son prescindibles, en tanto que, las solemnidades sustanciales son imprescindibles desde que están relacionadas con las garantías del debido proceso y no cabe confundirlas con el mero formalismo que convierta el proceso en instrumento a su servicio, sino precisamente todo lo contrario. En armonía con lo expuesto, en el caso sub lite no existe argumentación con contenido jurídico relacionado puntualmente con la acusación, por lo que se desecha la misma. **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**, desestima el recurso interpuesto y no casa la sentencia proferida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 24 de enero de 2017, a las 14h00. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rosa Beatriz Suarez Armijos, CONJUEZA NACIONAL (E); Dr. Oscar Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ (PONENTE); Dra. María Rosa Merchan Larrea, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial
año 2017

**SALA DE LA FAMILIA,
NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y
ADOLESCENTES
INFRACTORES DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA**

I

Causa No. 246-2016
Resolución No. 84-2017
Fecha: 29 de marzo de 2017

TEMA: Juicio de impugnación de declaratoria judicial de paternidad por parte de Albacea testamentaria. No es posible impugnar la declaratoria judicial de paternidad de un juicio de impugnación de paternidad donde se cuenta con una prueba científica de ADN que confirma el vínculo filiatorio.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora, se presenta ante a la Jueza de la Unidad Judicial Tercera Especializada de Pichincha, en calidad de albacea testamentaria, e impugna el reconocimiento judicial de paternidad determinado en la sentencia de mayoría dictada el 10 de octubre de 2013, a las 09h49, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias residuales de la Corte Provincial de Pichincha, que declara que el causante es padre biológico de la demandada, misma que se encuentra ejecutoriada y ejecutada. La accionada responde que dado que la parte actora pretende atacar sentencia en firme dictada por Superior, la impugnación resulta impertinente, ante lo cual, la Jueza de la Unidad Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, desechó la demanda por improcedente.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de término, la actora interpone Recurso de Apelación. El Tribunal de apelación, una vez realizado su análisis, expresa que esta acción en modo alguno puede confundirse con la de impugnación de reconocimiento, siendo necesario dejar constancia que el acervo probatorio en el juicio de investigación de paternidad y de impugnación de reconocimiento son diametralmente distintos, no considerándose en este último como prueba, el examen de ADN, pues no se discute la verdad biológica, por lo que, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado. El Tribunal de apelación expresa que la sentencia estableció el vínculo filiatorio no puede ser alterada a través de este juicio concluyendo que el pronunciamiento que fijó la paternidad ha adquirido firmeza.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora presenta Recurso de Casación, el que una vez admitido por la conjuenza competente, accede a este Tribunal de Casación para su conocimiento y resolución de fondo.- La recurrente, plantea su recurso, con fundamento en las causales Primera, Segunda, Tercera y Quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Este Tribunal luego de un minucioso y profundo análisis concluye en NO CASAR la sentencia recurrida, en atención al objetivo de la función judicial, cual es la búsqueda de la justicia, con fundamento en: las sentencias estimatorias de una demanda de investigación de la paternidad, cuyo fundamento fáctico y jurídico tenga como base la renuencia injustificada, deliberada e insistente del demandado a la práctica del examen de ADN; causan autoridad de cosa juzgada formal (inimpugnabilidad) y sustancial o material (inmutabilidad). Teniendo en cuenta los precedentes judiciales obligatorios emitidos por la Corte Nacional de Justicia se determina que no es posible desvirtuar o impugnar la paternidad de una persona cuya filiación fue declarada judicialmente por haber mediado un juicio de investigación de paternidad. Se presenta un Voto Salvado concurrente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 246-2016

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, miércoles 29 de marzo del 2017, las 16h34.-
VISTOS:

1. ANTECEDENTES

La señora Fátima Mariana de Jesús Martínez Tirira, en calidad de albacea testamentaria del de *cujus*, señor Jorge Guerrero Mora, ha comparecido ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia de Quito, impugnando la declaratoria judicial de paternidad que se hiciera a favor de la señora Martha Fabiola Guerrero Villavicencio. Explica en su libelo, que la ahora accionada, señora Martha Guerrero Villavicencio, con anterioridad a este juicio, planteó demanda de investigación de paternidad en contra del señor Jorge Guerrero Mora, obteniendo en última y definitiva instancia, sentencia estimatoria de la acción.

Luego de sustanciada la presente causa de impugnación de declaratoria judicial de paternidad, se ha emitido en última instancia, sentencia contraria a la pretensión.

1.2 Actos de sustanciación del recurso:

En esa razón, la accionante ha comparecido ante el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, interponiendo recurso extraordinario de casación del fallo de 07.07.2016; las 14h48.

La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 29.08.2016; mientras que mediante auto de 30.09.2016; las 14h33, la conjuenza competente del estudio del recurso, doctora Janeth Santamaría Acurio, ha admitido a trámite el recurso.

En esa virtud, mediante sorteo de 10.10.2016, accede la causa al tribunal que suscribe para su conocimiento y resolución de fondo.

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

La recurrente plantea su recurso con fundamento en cuatro de las cinco causales genéricas que prevé el art. 3 de la ley de casación, esto es, primera, segunda, tercera, y quinta.

En lo que respecta a la adecuación de las normas infringidas con los vicios cometidos, la casacionista imputa al fallo de apelación, por los siguientes motivos:

- Por causal primera: a) falta de aplicación de las siguientes normas: arts. 66.29 d); 76 núm. 3 y 7 de la Constitución de la República; 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 18.7 del Código Civil, y del precedente jurisprudencial expuesto en los juicios signados con los números 150-98, 141-2001 y 114-2003
- Por causal segunda: a) falta de aplicación de los arts. 9, 100 núm. 1 y 3, 124, 130 núm. 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial; 99, 100, 101, 276, 346.5, 411 y 1014 del Código de Procedimiento Civil, lo que conllevó –dice- a la indebida aplicación de los arts. 312 y 399 *ibidem*. b) indebida aplicación del art. 297 del mismo cuerpo legal.
- Por causal tercera: a) falta de aplicación del art. 115 de la propia codificación adjetiva civil.
- Por causal quinta: a) infracción de las disposiciones contenidas en los arts. 76.7 (i) de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia: Este tribunal integrado por las juezas nacionales: Rocío Salgado Carpio, María Rosa Merchán Larrea y María del Carmen Espinoza Valdiviezo en calidad de ponente, es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de los dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación los Artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;¹ artículo 1 de la Ley de Casación y, conforme las

¹ Ver Suplemento del R.O. N° 38 de 17 de julio de 2013.

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 las Salas de este Órgano Jurisdiccional.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

Los argumentos que emite la casacionista para sostener su inconformidad con el fallo de apelación, son los que siguen:

2.2.1. Por causal primera:

i. A criterio de la recurrente, el tribunal de apelación aplicó en forma indebida la Resolución N° 05-14 emitida por el pleno de la Corte Nacional de Justicia. Señala que esta resolución regula la acción de impugnación del reconocimiento voluntario del padre, por lo cual, el precedente jurisprudencial no debió ser aplicado a la presente acción, ya que a través de esta última, *se pretende impugnar la declaración judicial de paternidad y no el reconocimiento voluntario*. Que, sobre la base de esa aplicación indebida del precedente el *ad quem*, declaró improcedente la acción, lo que, -a su concepto- resulta errado.

ii. Por otra parte, manifiesta que al haberse declarado como improcedente la acción, el tribunal de apelación mal interpreta el art. 8 del Código Civil, pues la acción de “impugnación de declaratoria de judicial de paternidad” al no encontrarse expresamente prohibida en la ley, se entendería permitida.

iii. Finalmente, señala que en la sentencia bajo censura se deja de aplicar el precedente jurisprudencial obligatorio por el cual, la ex Corte Suprema de Justicia declaró que tratándose de juicios de filiación, en los que no se haya actuado pericia de ADN, los fallos emitidos no causan autoridad de cosa juzgada material o sustancial; precedente que -dice-, no ha sido cambiado por la actual Corte Nacional de Justicia.

Bajo esa consideración, la casacionista manifiesta que el tribunal de alzada, equivocadamente concluye que el fallo emitido a propósito del juicio de investigación de paternidad, ha causado autoridad de cosa juzgada material o sustancial.

2.2.2. Por causal segunda:

En esta parte, a recurrente emite dos apreciaciones, una con respecto al trámite dado en primera

instancia, y otra, referente a algunas actuaciones en segunda instancia.

i. En lo que a la primera instancia concierne, se reseña en primer lugar, que una vez trabada la *litis*, la jueza convocó a junta de conciliación, y se dispuso luego, la apertura del término de prueba conforme al trámite de un juicio de naturaleza ordinaria, diligiéndose varios petitorios de prueba.

Que luego de este cuadro procesal, la autoridad *a quo*, declaró la nulidad de lo actuado a partir de la convocatoria a conciliación, bajo el argumento que la *litis* se ha entablado por cuestiones de puro derecho, razón por la cual, conforme al art. 399 de la codificación adjetiva civil, se ha de emitir sentencia de fondo sin que resulte necesaria probanza de hechos.

Consideración con la que la casacionista discrepa, pues según manifiesta, la demandada, planteó excepciones perentorias y dilatorias, que debían sujetarse a escrutinio probatorio; que, no habiéndose dado el trámite correspondiente al juicio ordinario, entonces se afectó su derecho constitucional a ser juzgada con observancia del trámite propio de cada acción.

En consecuencia de lo expuesto, a criterio de la que casa, el juicio adolecería de nulidad procesal (art. 1014 CPC), al haberse impedido la actuación probatoria conforme exigían los planteamientos de la demandada y su contestación.

ii. Al referirse al fallo de apelación, la impugnante señala que el tribunal *ad quem*, no revisó en forma adecuada el actuar -que reprochó anteriormente- de la jueza *a quo*, y que lo dejó pasar por alto, compartiendo el criterio equivocado del fallo primigenio, que la *litis* se entabló bajo cuestiones de puro derecho.

De otro lado, y ya refiriéndose a la tramitación de segunda instancia, señala que el tribunal de alzada valoró prueba presentada por su contendora procesal en forma extemporánea. Para sostener esta acusación, se vale del art. 100.3 de la ley que rige a la función judicial, que trata sobre cómo ha de procederse para la contabilización de días festivos. Reseña que la causa se recibió a pruebas con fecha 01.02.2016, que considerando el feriado de carnaval y que la institución laboró el sábado 13.02.2016, el término de prueba debió concluir el 16.02.2016.²

² Se debe tener en cuenta que el feriado de carnaval del año 2016, fueron los días lunes 8 y martes 9 de febrero del mismo año.

Sostiene que el tribunal de apelación, actuó sorpresivamente, pues en un primer momento rechazó un petitorio de prueba presentado por la demandada el 17.02.2016; y luego revocó esa providencia, y aceptó la solicitud, lo que dio como resultado que el término probatorio se haya extendido a trece días.

Indica que esa actuación irregular, influyó en la decisión de la causa, pues el *ad quem*, acogió la partida de nacimiento extemporáneamente insertada por la demandada, para concluir que la sentencia de declaratoria judicial de paternidad se halla ejecutada y ejecutoriada. Continúa su exposición manifestando, que el procedimiento al ser de orden público, no puede ser alterado bajo ningún concepto.

2.2.3. Por causal tercera:

En razón de esta causal, se acusa que el tribunal de alzada al momento de emitir su resolución, omitió valorar algunos instrumentos probatorios importantes para decidir el caso; yerro que a criterio de la recurrente, contraviene el precepto de valoración probatoria que obliga a los operadores jurídicos a apreciar todos los elementos legalmente aportados al proceso (art. 115 CPC).

Entre los elementos obviados por el *ad quem*, la casacionista señala dos instrumentos probatorios: (1) pericias de ADN; y (2) historia clínica de la madre de la demanda. Los dos instrumentos, según la que casa, cambiarían el destino de la decisión final.

i. Con respecto a los informes de ADN, se manifiesta que el tribunal de alzada los omitió, sosteniendo que estas pericias ya fueron apreciadas por parte de su homólogo dentro del juicio de investigación de paternidad, donde se declaró que el señor Jorge Guerrero Mora, es el padre de la señora Martha Fabiola Villavicencio (apellido previo a la declaratoria de paternidad).

Esta afirmación del tribunal *ad quem*, es desmentida por la casacionista bajo el argumento que los informes de ADN actuados dentro del juicio de investigación de paternidad, y presentados en la presente causa –donde se impugna esa declaratoria judicial- no fueron valorados por el tribunal que resolviera la causa de investigación de paternidad. Señala que en aquella ocasión, las juzgadas de apelación desecharon los exámenes científicos, con base en tres consideraciones: que uno de los informes no contaba con las firmas de los peritos nombrados y posesionados para el efecto; que en la otra prueba de ADN realizada con el supuesto pa-

dre, no se llegó a la convicción que el elemento del que se obtuvo la muestra genética –marcapasos- le perteneciera al entonces demandado, Jorge Guerrero Mora; y que, la prueba de abuelidad, realizada en los fallecidos progenitores del demandado, no cumple con todas las exigencias científicas que se requieren.

La ahora casacionista, señala que los motivos expuestos por aquel órgano jurisdiccional que resolviera declarar la paternidad, fueron equivocados, pues por un lado, las pericias de ADN no debieron contar con las firmas de los dos expertos, y por otro lado, si se tenía la convicción de que la muestra de ADN extraída le pertenecía a Jorge Guerrero; y finalmente, que la prueba de abuelidad, sí cumple en estricto con los estándares internacionales delineados para la exclusión de vínculo de parentesco. Insiste por último, en que si no se tomó en cuenta las pericias de ADN, la sentencia de declaratoria judicial de paternidad no causó autoridad de cosa juzgada material.

ii. El otro elemento probatorio que la recurrente acusa omitido, se refiere a la historia clínica de la madre de la ahora demandada. A su decir, en este instrumento se da cuenta de una intervención quirúrgica realizada a la madre de la accionada, en que se le extrajera el útero a la edad de 28 años. Manifiesta que esa intervención trae como consecuencia la imposibilidad de concebir hijo/as.

Indica que si se toma en cuenta este hecho y se lo confronta con la fecha de nacimiento de la señora Martha Guerrero Villavicencio, año 1943, esto es, cuando su madre tenía la edad de 39 años, resulta médicamente imposible; con esta evidencia, señala la casacionista que es inverosímil pensar que la madre de la demandada haya concebido una hija con el señor Jorge Guerrero, quien tampoco –dicedo podía tener hijos; hecho este último, que fuera el motivo por el cual se consiguiera el divorcio con Yolanda Arteta Jiménez.

iii. Por otra parte, se dice que el tribunal de alzada no permitió la realización de una prueba debidamente solicitada por ella, como es el examen de ADN, lo que impidió demostrar que la demandada no es hija de Jorge Guerrero Mora.

Indica que el tribunal de apelación, acogiendo su pedido, ordenó la práctica de dicha pericia. No obstante de esto, y en razón que el departamento médico legal de la policía de Pichincha, solicitare al tribunal una ampliación del plazo de diez días para la entrega del informe, este prescindió del



informe y dictó sentencia por considerar “que los argumentos de las partes hacen relación a ciertas actuaciones que ya obran del proceso”

Esta actuación contraviene no solo el procedimiento propio de cada trámite, sino además la obligación de ordenar la práctica de todas las pruebas solicitadas por las partes. A concepto de la que casa, este yerro fue determinante en la decisión de la causa, pues se prescindió de un instrumento esclarecedor acerca de la verdad biológica de la demandada con el testador, Jorge Guerrero Mora.

2.2.4. Por causal quinta:

i. A propósito de esta causal, señala la recurrente que en el fallo bajo censura, el tribunal *ad quem* en lugar de emitir sus propios argumentos para tomar la decisión, ha hecho suyos los de la jueza *a quo*, actuar que vicia el fallo de apelación por falta de motivación.

Que el órgano de apelación debió revisar la actuación de la jueza *a quo*, pues de haberse analizado las excepciones propuestas por la demandada, se podía determinar que efectivamente existieron situaciones fácticas a probarse y no como sucedió en primer nivel donde se impidió actuación probatoria. De haberse realizado el control de la sustanciación de la causa en primer nivel, el tribunal de apelación, debió declarar la nulidad procesal, y no lo hizo.

Razones por las que, la recurrente considera que la resolución impugnada debe ser declarada nula.

ii. En otro orden, la que casa, acusa al fallo de apelación por “incompleto”. Manifiesta que el tribunal de alzada para tomar su decisión no consideró el precedente jurisprudencial –ya mencionado en líneas anteriores– por el cual se establece que las sentencias emitidas en juicios de filiación sin que se haya actuado prueba científica de ADN, no causa autoridad de cosa juzgada sustancial o material. Que también es incompleto el fallo de apelación, ya que –reiterando sus argumentos anteriores– se omitió valorar algunas pruebas presentadas por la recurrente, como son los informes de ADN, uno practicado con la muestra genética extraída de marcapasos del señor Jorge Guerrero, y el otro, de abuelidad, ambas pericias excluyen la paternidad de este con la demandada. Asimismo, dice, se dejó de lado el historial clínico de la madre de la demandada, y que ya se analizó *ut supra*.

iii. Finalmente, imputa al fallo de apelación por ser contradictorio. A su criterio, la sentencia venida en grado, si bien en uno de sus considerandos distingue entre el juicio de investigación de paternidad,

y el de impugnación de declaratorio judicial de paternidad, más adelante, concluye que la sentencia pronunciada en aquel, ha causado autoridad de cosa juzgada material.

Señala que los jueces de apelación no demuestran en qué forma su acción no se encuentra conforme con los arts. 11 núm. 3, 4, 6 y 7; arts. 67, 75, 76, 82, 169 y 424 de la Constitución de la República, lo que también vuelve al fallo que impugna en contradictorio.

2.3. Cuestiones previas:

Del libelo de casación, se desprende que la defensa de la casacionista en estricto no cumple con la técnica adecuada que dota el carácter de extraordinario al recurso de casación. Se evidencia que una misma acusación es traída al amparo de varias causales, por mencionar un ejemplo, se tiene que la imputación de la supuesta omisión de valorar algunos elementos probatorios, se acusa tanto por causal segunda, tercera, y quinta. Asimismo, el argumento por el cual, la accionante considera que la sentencia proferida dentro del juicio de investigación de paternidad no ha causado efecto de cosa juzgada material, es insistentemente mencionado en casi todas las causales que motivaron el recurso. Así las cosas, y una vez que ha sido admitido el recurso extraordinario, con el propósito de evitar una doble calificación del mismo, y en atención a la trascendencia e importancias del asunto en discusión, este tribunal de casación, extraerá del recurso varias cuestiones que se consideran vitales para la solución del caso y que han sido adecuadamente planteadas.

2.4. Problemas jurídicos a resolver:

De la lectura del escrito contentivo del recurso de casación, se desprenden varios puntos que se recogerán a continuación:

En primer lugar, a efectos del presente fallo, se considera imperioso contextualizar la causa, y exponer los antecedentes más relevantes del asunto en discusión. En segundo lugar, se analizarán las acusaciones de nulidad, tanto la procesal por violación de trámite, cuanto la constitucional, por falta de motivación del fallo. Para esto, se revisarán los criterios atinentes a las nulidades, como son la especificidad y trascendencia; así como también lo que este propio tribunal ha expresado acerca de la motivación. Luego, se pasará a examinar la acusación acerca de la supuesta omisión de valorar prueba determinante para el caso, este análisis se realizará en conjunto, no solo con el precedente jurisprudencial de la ex Corte Suprema (tantas veces

mencionado por la recurrente), sino con el precedente y pronunciamientos emitidos por la actual Corte Nacional de Justicia.

Bajo este marco, las cuestiones a resolver serán las que siguen:

- ¿Existe nulidad procesal de la causa por violación de trámite?
- ¿Es nula la sentencia de apelación por no cumplir con la garantía de motivación (art. 76.7 lit. I CRE)?
- Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales obligatorios emitidos por la Corte Suprema, y la actual Corte Nacional de Justicia, así como la línea de pensamiento de este tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, surge la interrogante: ¿Es posible desvirtuar/impugnar la paternidad de una persona cuya filiación fuera declarada judicialmente por haber mediado un juicio de investigación de paternidad? La respuesta a esta pregunta, solucionará al mismo tiempo el debate acerca de si la sentencia proferida dentro del juicio de investigación de paternidad causó ejecutoria de fondo (material o sustancial).

2.5 Resolución motivada de los problemas jurídicos:

2.5.1. Sobre las supuestas nulidades: i) procedimental, por violación de trámite; y ii) constitucional por falta de motivación del fallo recurrido:

2.5.1.1. Con respecto a la primera acusación de nulidad por violación de trámite, precisa manifestar que la declaratoria de nulidad se realizará por parte del órgano de control casacional, siempre y cuando el vicio se encuentre previsto en la ley (legalidad o especificidad), y en el caso de verificarse el error procesal, que este haya causado indefensión a las partes, lo que evidentemente influirá en la decisión de la causa (trascendencia).

En el caso bajo estudio, la impugnante señala que la jueza de primer nivel resolvió la causa considerando que el litigio se entabló sobre cuestiones de puro derecho; es decir, conforme el art. 399 del Código de Procedimiento Civil, dictó sentencia luego de la contestación a la demanda. Puntuali-

zo la recurrente en su libelo, que previo a esto, la autoridad judicial si dispuso el diligenciamiento de la causa, pero que declaró la nulidad procesal, después que verificara que la *litis* se trabó por cuestiones de puro derecho.

En primer lugar, corresponde revisar si efectivamente el litigio versó sobre asuntos de estricto derecho, cuya resolución permitía prescindir de un término probatorio, (art. 399 CPC) o si debieron justificarse algunas cuestiones a través del trámite ordinario común conforme la ley procesal.

El objeto de la demanda es uno: a través de la acción de “impugnación de declaratoria judicial de paternidad”, se pretende desvanecer la filiación establecida por sentencia dictada dentro de un juicio de investigación de paternidad. Mientras que las excepciones de la actora, son **i)** la inexistencia de la acción en el ordenamiento jurídico; **ii)** ilegitimidad de personería activa; y, **iii)** que la sentencia que estableció la paternidad entre la ahora demanda, y el señor Jorge Guerrero, se encuentra ejecutada y ejecutoriada, es decir, alega cosa juzgada. Todas estas excepciones son tendientes a evitar la tramitación de un proceso inútil.

De acuerdo a la doctrina que clasifica las excepciones, estas pueden ser dilatorias o perentorias. En el primer caso, la excepción tiende a dilatar la prosecución del juicio mediante el planteamiento de cuestiones que versan sobre el proceso y no sobre el derecho discutido, es decir, tienden a corregir errores que enervarían una fácil decisión, por ejemplo, impedir un juicio nulo, defectos del contenido de la demanda, evitar un doble proceso (*litispendencia*). Tratándose de la segunda clase de excepciones, las perentorias, estas ya no constituyen defensas sobre el proceso sino sobre el derecho mismo; es decir, la contestación a la demanda, pretende desvanecer el fondo del asunto, esto es, el derecho demandado. Finalmente, la doctrina ha contemplado la posibilidad de unas excepciones mixtas, y que como es obvio, vienen siendo el resultado de las dos anteriores, y son aquellas que teniendo la esencia de dilatorias, por su carácter procesal, de ser acogidas, causarían los efectos de perentorias; dentro de esta clase se pueden ubicar la alegación de cosa juzgada o de transacción.³ A pesar de esta

³ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 115-119.

clasificación doctrinaria, el legislador ecuatoriano ha definido como excepciones perentorias a estas últimas en el art. 101 del Código de Procedimiento Civil, mientras que en otro momento, en el art. 153 del Código General de Procesos, se la ha calificado como excepciones previas.

Como se vio con anterioridad, las excepciones de la demandada, son cuestiones que de ser aceptadas —como en efecto sucedió—,⁴ provocan efectos perentorios, esto es, que no se tramite inútilmente la causa; pues la supuesta ilegitimidad de personería, la defensa de cosa juzgada, y la alegación de improcedencia de la acción por no encontrarse prevista en el ordenamiento jurídico, no son asuntos que requieran de tramitación, su solución puede ser adoptada prescindiendo del trámite regular previsto para los juicios ordinarios; por tanto, no ha lugar el cargo de nulidad por violación de trámite. Más allá de lo manifestado, se debe recordar que la presente acción, al ser tramitada como un juicio ordinario, en apelación fue susceptible de igual trámite que se da a este tipo de causas en primera instancia; es decir, que si bien en primer nivel se resolvió la causa por considerar que el litigio se entabló por cuestiones de puro derecho; en segunda instancia, el tribunal de apelación sí aceptó la concreción de puntos del recurso vertical, y la solicitud de actuar prueba que se hiciera en ese escrito; por tanto, el tribunal de casación entiende que no ha existido vulneración del trámite en primer nivel, y que la posibilidad de discutir asuntos fácticos y de someterlos a probanza, se dio en virtud del recurso de apelación interpuesto por la propia actora, en consecuencia, se desecha la solicitud de nulidad por causal segunda, por no existir infracción de las normas procesales acusadas.

2.5.1.2. Sobre la denuncia por *falta de motivación del fallo proferido en segunda instancia*, precisa recordar lo manifestado en anteriores ocasiones por este propio tribunal de casación con respecto a la garantía constitucional contenida en el art. 76.7 i) de la Carta Fundamental, así se ha manifestado que:

El constituyente ha establecido parámetros mínimos para entender que una resolución se encuentra adecuadamente motivada, señalando que las resolucio-

nes deberán para su legitimidad y validez, contener la especificación de antecedentes fácticos, principios jurídicos y/o disposiciones normativas en que se funda la decisión, así como también la explicación de la pertinencia de esa subsunción normativa; proceder en contrario tiene una consecuencia doble, por un lado la nulidad del acto, y por otro, la responsabilidad de la o el servidor público que lo emite.

[...]

“Las premisas vertidas en una providencia, deben encontrarse *plenamente justificadas*, esto significa que deben contener una justificación tanto interna, cuanto externa.

Partiendo desde un punto de vista tradicional, *la justificación interna*, ha sido ligada al silogismo jurídico, cuyo resultado para entenderse como justificado, debe ser el producto de la aplicación de reglas universales; también puede ser concebida como la correcta inferencia de las premisas para llegar a una determinada conclusión, en definitiva y en términos de Perelman, para entenderse justificada internamente una decisión debe existir un nexo de solidaridad entre la premisas y la conclusión, lo dicho no significa otra cosa sino que la conclusión a la que llega el juzgador debe guardar coherencia o consistencia con las premisas previamente establecidas.

Por la segunda, *justificación externa*, nos referimos a la fundamentación propiamente dicha de las premisas usadas en la primera (justificación interna), habiendo para ello un amplio grupo de reglas y formas de justificación; este tipo de justificación, se relaciona con la racionalidad de los argumentos o motivos que sustenten los elementos fácticos o normativos, que dicho sea de paso deben encontrarse correctamente establecidos en una providencia, en suma, cuando nos referimos a justificación externa, estamos hablando de una apropiada argumentación que sirva de sustento a las premisas fácticas y normativas.

Finalmente podemos decir, que la motivación puede ser concebida desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de su estructura, que tiene que ver con la relación existente entre las premisas y la conclusión; y, desde el punto de vista de su fuerza, es decir, la intensidad de las razones que sirven de sustento a la conclusión.

En definitiva, una decisión puede considerarse como atentatoria a la garantía de motivación, en los casos siguientes casos: **i)** cuando no se hayan enunciado los hechos fijados; **ii)** si no se evidencia análisis

⁴ La sentencia de primera instancia acoge la excepción de cosa juzgada. Establece que en virtud que el fallo que declaró la paternidad ha adquirido firmeza, se desecha la demanda, por improcedente.

probatorio alguno; **iii)** por falta de sustento de la decisión en el sistema de fuentes del derecho; o **iv)** por manifiesta incoherencia entre la decisión y los antecedentes fácticos.⁵

Para conocer si el fallo acusado encaja o no dentro de los parámetros definidos por éste órgano para entender que se encuentra debidamente motivado, corresponde citar la parte pertinente de ese pronunciamiento:

De los recaudos procesales se evidencia que tanto actora cuanto demandada han incorporado al proceso en el momento procesal oportuno, la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, dictada el 10 de octubre de 2013, dentro del juicio de investigación de paternidad N° 2009-0450, que revoca la sentencia de primera instancia, acepta la demanda y declara que Jorge Guerrero Mora es el padre biológico de Martha Fabiola Villavicencio [...] La sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, ejecutoriada surte efectos irrevocables entre las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho; en consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los juicios hubiere tanto identidad subjetiva constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. En el caso en estudio, la sentencia dictada (...), se encuentra ejecutoriada, [...] y además se encuentra ejecutada [...] Estos efectos jurídicos de la sentencia en tratándose de fallos expedidos en juicios de investigación de maternidad o paternidad, deberán observar lo que dispone el artículo 718 del Código de Procedimiento Civil [...] es decir que estos fallos no se limitan a las partes sino que se amplía con fuerza a todos. En estos fallos es indudable que se aplica el contenido del artículo 281 Código de Procedimiento Civil que explica que el juez que dictó la sentencia no puede recovarla ni alterar su sentido en ningún caso [...] esta disposición se complementa en cuanto a la ejecutoriedad con el artículo 295 del mismo código que dispone que la sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes, ni por ninguna causa, [...] y el artículo 296 íbidem enseña los casos en los que la sentencia se ejecutoria, y al tenor del artículo 299 de la norma antes indicada, contiene los casos en los que la sentencia ejecutoriada es

nula; nulidad que puede ser propuesta como acción por el vencido; mientras no se hubiere ejecutado la sentencia. En el presente estudio de la causa, la sentencia dictada (...), se encuentra ejecutoriada y ejecutada, entendida esto en su significado general como la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla, lo que le da estabilidad, inimpugnabilidad, o lo que es lo mismo la denominada preclusión de los recursos que procedan contra ella, y en esta caso se dice que ésta adquiere autoridad de cosa juzgada en sentido formal [...] *No existiendo y deviniendo en improcedente la acción incoada como medio y fin para dejar sin efecto la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, expedida el 10 de octubre de 2013, dentro del juicio de investigación de paternidad N° 2009-0450, la que como consta en el numeral precedente, ha pasado en autoridad de cosa juzgada formal y sustancial, por tanto es insustancial cualquier análisis respecto a la legitimación en la causa o la cosa juzgada [...]*⁶ (cursivas pertenecen al tribunal de casación).

Como se acaba de ver, el tribunal de alzada concluye que la sentencia emitida a propósito del juicio de investigación de paternidad, que estableció el vínculo filiatorio entre la señora Martha Villavicencio y el señor Jorge Guerrero, no puede ser alterada a través de este juicio que impugna esa declaratoria, concluyendo que el pronunciamiento que fijó la paternidad ha adquirido firmeza y como tal, resulta ya inalterable, para esto, el tribunal *ad quem*, se apoya en varias disposiciones del código adjetivo civil que soportan su pronunciamiento.

Así las cosas, se tiene que en el fallo bajo análisis, **i)** existe una premisa –ejecutoriedad del fallo que se pretende impugnar por esta vía- **ii)** fundamento en las fuentes de derecho, y **iii)** una conclusión coherente con esas premisas fácticas y jurídicas. En consecuencia, se desecha la acusación por falta de motivación del fallo censurado.

2.5.2. ¿Es posible desvirtuar/impugnar la paternidad de una persona, cuya filiación fuera declarada judicialmente por haber mediado un juicio de investigación de paternidad?

⁵ Véase entre otros pronunciamiento de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia. Juicio 291-15, Resolución 285-15; Juicio 122-16, Resolución 153-16; Juicio 192-16, Resolución 231-16.

⁶ Sentencia de apelación, folios 1054-1065 del décimo primer cuerpo del cuaderno de segunda instancia.

2.5.2.1. Sobre el contexto procesal y fáctico de la presente causa:

Previo a resolver el problema jurídico como tal, resulta necesario mencionar que a la presente causa de “impugnación de declaratoria judicial de paternidad”, le preceden algunos acontecimientos que son de gran importancia, no solo para contextualizar el asunto discutido; sino también porque esos antecedentes, servirán como elementos para la solución del recurso extraordinario de casación.

En un primer momento, la hoy demandada, señora Martha Fabiola Villavicencio (apellido materno), intentó acción de investigación de paternidad en contra del señor Jorge Guerrero Mora, obteniendo en última instancia, sentencia de mayoría que establece la filiación entre los sujetos procesales. Es decir, que a través de una sentencia judicial, se declaró la paternidad del señor Jorge Guerrero Mora, respecto de la señora Martha Fabiola Villavicencio, en virtud de la cual, hoy consta inscrita en su partida de nacimiento como Martha Fabiola Guerrero Villavicencio.

Durante la sustanciación de la causa de investigación de paternidad, por varias ocasiones se requirió judicialmente la práctica del examen de ADN entre los sujetos procesales. Dicho requerimiento, no pudo realizarse ni en primera ni en segunda instancia, *por la deliberada reticencia del demandado a su práctica*. La pericia ha sido requerida por más de cuatro ocasiones y en ninguna de ellas el demandado permitió su realización, algunas veces presentándose incluso a los laboratorios moleculares, pero sin permitir que se extrajera una muestra, y en otro momento, simplemente no asistiendo al llamado judicial.⁷

Sumado a su renuencia, y previo a emitirse sentencia en apelación, el señor Jorge Guerrero Mora, fallece, razón por la cual, se ha dispuesto la realización de la pericia de ADN, con la obtención del material genético de los restos mortales del demandado; así como una prueba de abuelidad con los restos mortales de los fallecidos progenitores del demandado.

Para dar cumplimiento a esa orden judicial, se dispuso la exhumación del cadáver del demandado; y al momento de realizar esta diligencia, se tiene que los restos mortales han sido cremados, encontrándose la urna que contendría las cenizas y un marcapasos. Realizado el examen genético con una muestra extraída de ese marcapasos, en una de las conclusiones del informe se lee:

1. Según se desprende de los datos reproducidos en la Tabla 1 de resultados adjunta, se determinó que no existe coincidencia entre el material genético obtenido de la evidencia 3 (marcapasos) con el perfil de la señora Villavicencio Martha Fabiola.

Por lo tanto, *se excluye al individuo a quien pertenece el material genético de la evidencia 3 (marcapasos) como posible padre biológico de la señora Villavicencio Martha Fabiola.*⁸ (cursivas pertenecen al tribunal de casación)

Por otro lado, y con respecto a la prueba de abuelidad, examen comparativo de las muestras genéticas de los restos mortales de los progenitores del demandado (Jorge Guerrero) con los de la señora Martha Villavicencio, en el informe se concluye que es excluyente el vínculo, dejando sentada una observación, al referirse a la tabla de muestras y valores: “Los espacios marcados con punteado (--) indican que no hubo amplificación de esos marcadores genéticos, probablemente por la presencia de inhibidores y/o degradación del ADN” (cursivas pertenecen al tribunal de casación)

Estas dos cuestiones: **i)** no conocer con certeza a quién le pertenecía el marcapasos del cual se extrajo la información genética para la realización del examen de paternidad; **ii)** la imposibilidad de contar con todos los marcadores genéticos dentro de la prueba de abuelidad; sumado a que **iii)** el último informe no se encuentra suscrito por ambos peritos nombrados y posesionados para el efecto, sino solamente con la firma de una las expertas, es que el tribunal de segunda instancia que conociera de la apelación dentro del juicio de investigación de paternidad, decida en voto de mayoría, *tomara la renuencia del demandado como “un principio de prueba en su contra”, obviar los informes por las*

⁷ Para mayor abundancia, se puede consultar el voto de mayoría del fallo emitido dentro del juicio de investigación de paternidad, cuyas copias certificadas constan de folios 733-741 del octavo cuerpo del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 966-970 del décimo cuerpo del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 545-549 del sexto cuerpo del cuaderno de primera instancia.

deficiencias formales y de contenido anotadas; y declarar que entre la actora Martha Villavicencio y el demandado, Jorge Guerrero Mora existe vínculo de filiación.¹⁰

En las partes pertinentes del fallo –de apelación dentro del juicio de investigación de paternidad– bajo comentario, se puede leer:

OCTAVO.- [...] se ordena la práctica de el examen de ADN, sobre los restos mortales del demandado [...] más de la pericia necrológica aparece que en el cofre de tamaño normal, con el nombre del señor Jorge Guerrero Mora, se ha ubicado un pequeño cofre con cenizas presuntamente humanas y un marcapasos del que no se tiene certeza si perteneció efectivamente al difunto, porque el examen que sobre éste se practica, refiere al material genético de “un individuo”, más no a la persona del demandado, como se requiere de modo preciso. Se entiende, por tanto que el señor Jorge Guerrero Mora, fue cremado, lo que impidió la práctica de la prueba de ADN *post mortem*, toda vez que se acusa la pérdida del material genético del señor Guerrero, no quedando claro si esto obedece a la intención de evitar el esclarecimiento de la verdad [...] DUODÉCIMO.- [...] dado que en un primer intento no se ha conseguido amplificar el material genético de los extintos Antonio Guerrero Cepeda y Josefina Mora de Guerrero, padres del occiso demandado, se dispone [...] nuevamente el examen de ADN, necesario para la investigación parental. Para el efecto, se nombra como peritos a la Dra. Msc. Nancy Sáenz Ruales, y Segundo Santorum. El día veintiocho de agosto de dos mil trece, a las dieciséis horas, la primera de las nombradas presenta en solitario un informe pericial, SIN LA FIRMA DEL PERITO Segundo Santorum, lo que determina de plano su invalidez. Este solo hecho [...] explica las inconsistencias que saltan a la vista, de la simple observación de la pericia: Así por ejemplo: La tabla de marcadores, contiene datos referentes a exclusión, coincidencia genética y falta de amplificación, los que denomina punteados (—). Pero curiosamente el informe, de veintiún marcadores, toma únicamente cuatro de ellos que los encuentra excluyentes de abuelidad; dato que no es concluyente, si se considera que el material genético de la actora, naturalmente contiene información, correspondiente a su línea materna, explicable además, porque la distancia es

mayor entre dos generaciones. Nada dice en cambio de los patrones de coincidencia, de los demás factores [...] Finalmente llega a afirmar la exclusión de abuelidad, de la actora, pese a determinar que los espacios marcados con punteado (—), indican que no hubo amplificación de esos marcadores genéticos, es decir que no existen bases certeras de la exclusión [...] asumiendo que la reticencia del demandado a practicarse el examen de ADN, constituye un principio de prueba en su contra, al eludir el desafío a que siempre lo convocó la actora, en aplicación de los artículos 18, 23 numerales 3 y 24, 163 y 272 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente al tiempo de la presentación de esta causa, de los artículos 11 numerales 2, 3, 4, 5 y 9; 66 numeral 4 y 28, 424 y 425 de la Constitución de la República en actual vigencia; Artículos 252, 253 del Código Civil; y al tenor del Art. 24 literal c) del Código Civil que da cabida al establecimiento de la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad, por declaratoria judicial [...] (cursivas pertenecen al tribunal de casación)

2.5.2.2. Sobre las decisiones del tribunal de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, en casos similares:

Este tribunal de casación, en dos ocasiones anteriores, conoció y resolvió asuntos similares al hoy planteado. En las dos causas previas, al igual que en esta oportunidad, se pretendió desvirtuar la declaración judicial de paternidad a través de un juicio ordinario impugnatorio de esa decisión; la diferencia de aquellas causas con la que tratamos ahora, es que dentro de los juicios de investigación de paternidad se realizó prueba científica de ADN con los supuestos padres demandados, teniendo resultado positivo de las pericias realizadas; es decir, existió confirmación de la filiación entre los sujetos procesales. En ese contexto, se concluyó que la sentencia que establezca la filiación y que fuera emitida dentro de un juicio de investigación de paternidad, donde se realizó prueba de ADN; con una conclusión afirmativa del vínculo de filiación, resulta inimpugnable e inalterable bajo ningún presupuesto.

Dentro del juicio signado en casación con el N° 159-15, Resolución 230-16, este tribunal manifestó:

¹⁰ Cabe precisar que el voto salvado, también descarta los informes periciales descritos, pero desecha la demanda por falta de prueba; es decir, la reticencia del demandado, ha sido indiferente para la jueza que emitió su voto disidente.

¹¹ Sentencia dictada dentro de apelación en el juicio de investigación de paternidad, folios 733-741 del octavo cuerpo del cuaderno de segunda instancia.

[...] el tema tratado con anterioridad por este tribunal, comporta iguales patrones fácticos que el *sub judice*, esto es, que en ambos casos, **i)** la filiación paterna ha sido previamente declarada vía judicial; **ii)** para esa declaratoria, se ha efectuado la prueba científica de ADN, que trae como resultado la compatibilidad genética entre el supuesto padre y el hijo/a; **iii)** la sentencia que declara la existencia del vínculo filiatorio, ha sido dada en última instancia, por tanto, se trata de un fallo ejecutoriado; **iv)** la sentencia, así alcanzada, además ha sido ejecutada; **v)** ese acto jurisdiccional ejecutoriado y ejecutado, es pretendido desvanecer mediante otra acción judicial, la de impugnación de reconocimiento.

Así las cosas, por el principio de igualdad y conforme el objetivo de la casación cual es la unificación de los criterios jurisprudenciales, corresponde aplicar el precedente establecido con anterioridad, esto es, que en todos aquellos casos en los que se ha fijado la paternidad por sentencia judicial ejecutoriada (prueba de ADN positiva) y ejecutada, *no podrá ser desvanecida o enervada por otra acción, como es la de impugnación de paternidad*, pues si se pretende anular la sentencia de declaratoria de filiación, se han de seguir los causales legales que el ordenamiento jurídico contempla. (arts. 299 ss C.P.C.; arts. 112 ss COGEP)¹²

En resumen entonces, se tiene que la línea de este tribunal ha sido clara, no es posible impugnar la declaratoria judicial de paternidad de aquellos juicios de investigación de paternidad, donde se cuente con una prueba científica de ADN, que confirme el vínculo filiatorio entre el padre demandado, y la o el hija/o demandante.

El caso que tratamos en esta oportunidad, se diferencia con esas decisiones anteriores, por cuanto como se vio, en el *sub judice* la resolución que declara padre al demandado, *tiene como base la renuencia de este a la realización de la prueba científica*. Así las cosas, corresponde a este tribunal resolver esta última cuestión: ¿Teniendo como antecedentes las decisiones citadas, como actuar frente a la impugnación de una declaratoria judicial de paternidad, que tuvo como base la renuencia deliberada del demandado a la realización de la experticia de

ADN? Para esto, se analizará la discusión que trae la recurrente acerca de la supuesta falta de ejecutoria sustancial del fallo emitido dentro del juicio de investigación de paternidad y los precedentes en los que se basa este argumento. Al mismo tiempo, resulta necesario, reseñar la línea de pensamiento que subyace a la Resolución N° 05-2014, emitido por El pleno de esta Corte Nacional de Justicia, y que la casacionista entiende indebidamente aplicada por el *ad quem*.

2.5.2.2.1. De la Resolución N° 05-2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 346 de 02 de octubre de 2014, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia:

En sentido general, la línea de pensamiento de este tribunal ha sido que la búsqueda de los derechos de estado civil y el de identidad por parte del titular, no tienen límites temporales ni espaciales; mas, la pretensión de desvirtuar esos derechos, si tienen límites dentro del ordenamiento jurídico, límites que además se han considerado a luz de la constitución, como legítimos. Por esta razón, la Corte Constitucional del Ecuador, declaró como inconstitucionales aquellas disposiciones civiles que prevían la prescripción extintiva para los juicios de investigación de paternidad,¹³ o la que establecía la posibilidad de accionar en contra del presunto padre o madre, solo mientras ellos vivan.¹⁴

De ahí que en sentido específico, este órgano de justicia entratándose de asuntos de reconocimiento voluntario de la calidad de hijo/a habidos fuera de matrimonio, haya mantenido con firmeza la posición de respeto por la verdad social antes que la verdad biológica, pues el reconocimiento de la calidad de padre, al ser un acto libre, voluntario y personalísimo, con directa implicancia en los derechos a la identidad y estado civil de las personas, resulta irrevocable por parte del propio reconociente. Sobre esta base, se ha manifestado que el reconocimiento libre y voluntario de la calidad de hijo/a, no se trata de un simple negocio jurídico que pueda ser revocado a voluntad del reconociente, pues se deben respetar los derechos constitucionales que

¹² El mismo criterio fue previamente emitido dentro del juicio N° 073-14, Resolución N° 172-14 de 20.08.2014.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 025-10-SCN-CC, Caso 0001-10-CN, de 24 de agosto de 2010.

¹⁴ Ex Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso N° 0002-06-DI, sentencia publicada en el Registro Oficial Suplemento 274 de 19 de mayo de 2006.

devienen de tal reconocimiento, como por ejemplo el derecho de identidad social y familiar, y el derecho al estado civil. Así las cosas, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia profirió la Resolución N° 05-2014, vinculante en sentido horizontal y vertical, que prevé:

Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializadas de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe elaborado; en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho.

PRIMERO.- El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable

SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, *en que no se discute la verdad biológica.* (cursivas pertenecen al tribunal de casación)

Por tanto, del precedente expuesto se desprende que, quien reconoció en forma libre y voluntaria como suya/o a una hija/o no podrá plantear acción de impugnación de reconocimiento. Si se trata de desvirtuar el acto de reconocimiento de calidad de padre realizado voluntariamente, le corresponderá únicamente la acción de nulidad de ese acto.

En casos ulteriores a la publicación de la Resolución del Pleno, este propio tribunal ha manifestado que *para que prospere la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de la calidad de padre*, este deberá probar: **(1)** el vicio del consentimiento al momento de realizar el acto (error, fuerza o dolo); así como también: **(2)** la ausencia del vínculo filiatorio, a través de la prueba científica de ADN.¹⁵

En tal sentido, el precedente contenido en la Resolución N° 05-2014 pronunciada por el Pleno de la

Corte Nacional de Justicia, efectivamente, deberá ser de obligatoria aplicación solo en casos de impugnación de reconocimiento voluntario en que el propio reconociente pretenda desvirtuar el acto en que se declaró padre de una persona. Es decir, de hijo/as concebidos fuera de matrimonio.

En el caso bajo estudio, como se vio en líneas anteriores, el tribunal de apelación, si bien hace mención al precedente proferido por este el máximo órgano de justicia ordinaria del país, no lo aplica directamente, pues la *ratio decidendi* de la sentencia desestimatoria de la acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad no ha sido el precedente, sino la consideración que la sentencia que declara la paternidad (dentro del juicio de investigación de paternidad) se encuentra ejecutoriada formal y materialmente; por tanto, se desecha el cargo de indebida aplicación del precedente contenido en la Resolución N° 05-2014 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

2.5.2.2.2. Del precedente de la Corte Suprema de Justicia, sobre el cual se objeta la decisión de declarar ejecutoriado el fallo que declaró la paternidad entre la hoy demandada, Martha Fabiola Guerrero Villavicencio y el señor Jorge Guerrero Mora:

En primer lugar, corresponde manifestar que previo la vigencia de la actual Constitución, y durante la existencia de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el art. 19 de la ley de casación, la simple reiteración por tres veces de una decisión sobre un punto de derecho, bastaba para que una resolución -se convierta en precedente jurisprudencial. En la actualidad, el precedente se rige por los arts. 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial. Para que una decisión emitida por la actual Corte Nacional de Justicia se convierta en precedente, es necesario que el Pleno de esta corporación emita una Resolución donde se compile el criterio sobre un mismo punto de derecho emitido previamente en al menos tres casos iguales por alguna de las salas especializadas que la conforman.

Ahora bien, una vez dicho esto, corresponde conocer el precedente que la casacionista, en forma insiste acusa como infringido:

¹⁵ Corte Nacional de Justicia, Sala de la Familia, Niñez, Adolescentes Infractores: Resolución 199-16, Juicio 028-15 (Ulloa vs Ulloa); Resolución 123-16, Juicio 105-15 (Matute vs Matute); Resolución 01-17, Juicio 080-16 (Campoverde vs Campoverde).

Fallos recopilados de triple reiteración				
No. Juicio	Sentencia de Segunda Instancia	Objeto	Prueba ADN	Sentencia Casación
170-97	Confirmatoria de la que rechaza la demanda	Investigación de Paternidad	No se realizó, pues el demandado no compareció a juicio. Citación por la prensa	No casa
150-98	Revoca la de primera instancia y desecha la demanda por falta de prueba	Investigación de Paternidad	No se realizó	No casa
062-99	Confirmatoria de la de primer nivel que rechaza demanda	Investigación de Paternidad	No existe en el proceso alguna petición para que se practique examen de ADN.	No Casa

En el precedente que se invoca como no aplicado por parte de la recurrente, se han reunido tres fallos emitidos en sendos juicios por investigación de paternidad o lo que es igual, de declaratoria judicial de paternidad. Precisa aclarar, que estas demandas han sido interpuestas por hija/os concebidos fuera de matrimonio.

En los tres casos, como se puede ver en el cuadro expuesto, la Corte Suprema, en virtud de no haberse realizado la prueba científica de ADN, que confirme o excluya la paternidad del demandado, resuelve rechazar el recurso de casación, y dejar en firme las sentencias de apelación que desestiman la demanda por falta de prueba. Es preciso recordar, que en el contexto histórico en el que iniciaron esos juicios, fue exigua la práctica judicial de la pericia de ADN, lo común en ese tipo de casos consistía en la realización de exámenes de histocompatibilidad o de reconocimiento de rasgos; de ahí que en la práctica, resultaba inusual la realización de aquella experticia, que sobra decir, recién en esa época surgía como un avance científico de importante contribución en el que hacer jurisdiccional. Por esta razón, es que en los juicios recopilados para emitir el precedente judicial en comentario, *ni siquiera se solicitó la realización del examen de ADN, mucho menos consta su diligenciamiento*; en esta virtud, es que en el contenido de las decisiones en casación, se advierte a los justiciables sobre el anacronismo de ciertas figuras y distinciones del código civil entre hijos legítimos o ilegítimos por ejemplo, y de la necesidad de determinar el vínculo filiatorio sobre la base de exámenes científicos que otorguen un alto nivel de certeza como es el examen de ADN y ya no sobre prácticas menos científicas y más subjetivas como las pruebas de reconocimiento de rasgos o los exámenes de histocompatibilidad. En este marco, el precedente de la Corte Suprema de

Justicia que establece que: las decisiones emitidas en los juicios de filiación donde no se haya realizado el examen de ADN, no causa autoridad de cosa juzgada material, *será aplicable a los juicios de investigación de paternidad donde se rechazó la demanda por falta de prueba*; de esta forma, el contenido jurisprudencial resulta completamente compatible con la línea de pensamiento de este tribunal, pues como se dijo con anterioridad, la búsqueda de los derechos al estado civil y la identidad no tienen límite alguno.

Así las cosas, entonces, el precedente considerado como no aplicado y expuesto en el cuadro anterior, debe entenderse como la posibilidad cierta de aquellas personas que inicien acciones de investigación o de declaratoria judicial de paternidad y cuya pretensión ha sido desestimada por no haberse realizado la pericia de ADN, para renovar ese proceso, o iniciar nuevo juicio para investigar la paternidad.

I. Pronunciamientos en juicios de investigación de paternidad:

Como se verá a continuación, esta es la lectura adecuada que debe dársele al precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, pues es esta la línea de comportamiento que ha adoptado el órgano en forma insistente en varias decisiones posteriores:

Fallos de Investigación de Paternidad			
No. Juicio	Sentencia de Segunda Instancia	Prueba ADN	Sentencia de Casación
141-01	Revocatoria de la de primera y declara sin lugar la demanda	No se realizó, por dos ocasiones no asistió el demandado	Casa la sentencia por no haberse considerado la renuncia del demandado
297-06	Desestimatoria de la demanda	El demandado se rehusó y la jueza no dispuso nuevamente la realización de la prueba, no fue a la audiencia de prueba, no hay constancia de negativa justificada	No casa, pero manifiesta que la aclara con base en el precedente, puede volver a demandar investigación de paternidad
390 R.O. 476 de 18.12.01	Confirma la sentencia que rechazó la demanda por Falta de prueba	No se realizó, no hay referencia	No casa, pero puede volver a plantear el juicio de investigación de paternidad en aplicación del precedente
464 R.O. 332 de 03.12.99	Sin lugar	No se realizó	No casa, pero puede volver a plantear el juicio de investigación de paternidad en aplicación del precedente
016-98	Revocatoria de la de primera y declara sin lugar la demanda	No se realizó, negativa del demandado a someterse a la prueba	Casa por no considerar la resistencia del demandado y declara con lugar
258-98	Desestima la acción	No se solicitó la realización de la prueba	No casa pero deja la posibilidad de volver a demandar con base en aplicación del precedente

Como se ve, la mayoría de las decisiones expuestas consisten en rechazar la demanda de investigación de paternidad por ausencia de la pericia de ADN, y dejar abierta la posibilidad de renovar la causa o iniciar una nueva. Mas, como se puede observar, ya en vigencia del precedente, la Corte Suprema en dos casos, ha decidido casar la sentencia que rechaza la demanda de investigación de paternidad, con fundamento en la resistencia injustificada del demandado a la práctica del examen de ADN, asunto que no ha sido observado por las autoridades jurisdiccionales de instancia.

II. Pronunciamientos sobre juicios de impugnación de paternidad:

A continuación en cambio, se verán algunos fallos en los que se ha invocado el precedente jurisprudencial, en juicios cuyo objeto no ha sido la investigación de paternidad, sino la impugnación de paternidad. En dos de ellos si bien se menciona al precedente, esto no es relevante para la decisión, porque en ambas causas quien pretende impugnar la paternidad no es el padre, sino el hijo, situación que nuevamente se compatibiliza con la doctrina de este tribunal de justicia, pues es el titular de los derechos personalísimos al estado civil y a la identidad quien puede buscar su procedencia en todo momento, no así terceros que pretendan desvirtuar la identidad; en estos casos el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han impuesto límites. Por tanto, no son aplicables esas decisiones al caso concreto:

Fallos de impugnación de paternidad			
No. Juicio	Sentencia de Segunda Instancia	Prueba de ADN	Sentencia de Casación
176-04	Estimatoria de la demanda	No hay referencia.	No Casa
914-09 En la presente causa quien acciona, es el hijo.	Confirmatoria de la que declara con lugar la demanda.	Resultado excluyente	No casa
250-07 En esta causa, se impugna la declaratoria judicial de paternidad.	Confirmatoria de la que desecha la demanda por considerar que la sentencia de declaratoria de paternidad tiene efecto de cosa juzgada material	No se realizó	No Casa

La última de las causas, referidas en el cuadro, es particularmente de relevancia para la resolución de la presente causa. En ese juicio de “impugnación de paternidad”, propuesto por quien figura como padre, existe una antecedente igual al presente juicio, y es que la paternidad fue declarada judicialmente por mediar un juicio de investigación de paternidad, y al igual que en esta ocasión, el de-

mandado supuesto padre, se rehusó injustificadamente a la realización de la pericia de ADN, razón por la cual, la extinta Corte Suprema de Justicia, en conocimiento y aplicación de su propio precedente, rechaza la demanda de impugnación de la declaratoria judicial de paternidad, *considerando que la sentencia que declaró la paternidad del supuesto padre con fundamento en la reticencia de este a la práctica del examen de ADN, ha causado autoridad de cosa juzgada material.*

Con esta decisión en particular, este tribunal se encuentra en pleno acuerdo, ya que el objetivo de la administración de justicia, es precisamente la búsqueda y la realización de la justicia, por ello, tanto el estado, a través de la función judicial, cuanto los justiciables que se involucran en las causas, tienen un altísimo compromiso con ese objetivo, de ahí que la colaboración y la buena fe de los sujetos procesales cobra trascendental importancia para el esclarecimiento de la verdad y la búsqueda de la justicia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el señor Jorge Guerrero Mora (mientras vivió), cuando fue requerido judicialmente para conocer si era el padre o no de la señora Martha Fabiola Villavicencio, deliberada e injustificadamente por más de cuatro ocasiones e incluso en actitud de afrenta a su contendora procesal y a la administración de justicia se rehusó a la práctica de la prueba científica de ADN. Este actuar recurrente de desafío y desacato a los requerimientos judiciales, al obstruir la consecución de la justicia, trae consecuencias jurídicas, así por ejemplo el art. 263 del Código de Procedimiento Civil, prevé que la reticencia del demandado a este tipo de pruebas sea considerada como inicio de prueba en contra de este último, lo cual es acorde con lo manifestado anteriormente, no puede permitirse que el desacato deliberado y desafiante a los requerimientos judiciales no tengan consecuencia jurídica alguna, *máxime* si se encuentran en debate derechos de alta sensibilidad como el de identidad.

Dentro del juicio de investigación de paternidad incoado por la señora Martha Guerrero Villavicencio, en contra de Jorge Guerrero Mora, este conoció el contenido de la demanda en forma legal, y contó con todos los medios de defensa necesarios para que el juicio se considere acorde al debido proceso. Bajo estas circunstancias, su injustificada y desafiante insistencia en rechazar el requerimiento judicial para la realización de la prueba científica



de ADN, constituyó la base sobre la cual, las juezas que conocieron esa causa, en voto de mayoría estimen la demanda.

Decisión que sobre la base de lo expuesto a lo largo de este acápite, se considera ha causado autoridad de cosa juzgada formal y sustancial; no puede permitirse que el desacato judicial y la obstrucción de la búsqueda de la justicia, dejen abierta la posibilidad de que puedan ser fácilmente revisables a través de otro proceso judicial a voluntad y capricho del renuente, y mucho menos, si la resistencia al requerimiento judicial, ha traído ya consecuencias jurídicas en los derechos de terceras personas. Debe tenerse en cuenta, que el cumplimiento oportuno del deber al llamado judicial al que se encuentran conminados los sujetos procesales, puede evitar las consecuencias irreversibles que derivan en el orden jurídico y la inútil activación posterior del aparato judicial.

2.5.3. Conclusiones:

Del marco fáctico y jurídico analizado a lo largo de la presente resolución, se pueden obtener varias puntualizaciones:

(1) La presente causa instaurada por la señora Fátima Mariana de Jesús Martínez Tirira, en calidad de albacea testamentaria de Jorge Guerrero Mora, en contra de la señora Martha Fabiola Guerrero Villavicencia, tiene como objeto impugnar la declaratoria judicial de paternidad realizada a favor de esta última.

(2) Como es obvio, de lo dicho se desprende que la ahora accionada, con anterioridad a esta causa, demandó la investigación de paternidad en contra de Jorge Guerrero Mora, juicio en el que obtuvo sentencia estimatoria en última instancia, con fundamento en la injustificada resistencia del demandado a la realización de la pericia de ADN.

(3) Este tribunal de justicia, en anteriores ocasiones, tratándose de juicios en que se pretendió impugnar una sentencia de declaratoria judicial de paternidad, en cuyas causas se ha realizado la prueba de ADN entre los sujetos procesales, obteniéndose resultado positivo acerca de la existencia del vínculo filiatorio entre el demandado y el hijo/a demandante, se pronunció en el sentido que esas decisiones que declararon la paternidad, son

ya inimpugnables, e inmutables, esto es, que han adquirido efecto de cosa juzgada formal y material. Esto significa, que en contra de una sentencia dada en última instancia y que fuere estimatoria de la demanda de investigación de paternidad con prueba favorable de ADN, no caben más recursos, ni se podrán plantear nuevas acciones, causas judiciales para modificar su contenido.

(4) Con este antecedente, en conjunción con el precedente de la Corte Suprema de Justicia ampliamente analizado *ut supra*, y en atención a la línea de comportamiento en aplicación de ese precedente jurisprudencial, en respeto de los derechos constitucionales a la identidad, estado civil de las personas, y en atención al objetivo de la función judicial, cual es la búsqueda de la justicia, causa en la que la sociedad en general y los sujetos procesales en particular, tiene un alto compromiso y deber, en esta oportunidad, se determina que:

Las sentencias estimatorias de una demanda de investigación de paternidad cuyo fundamento fáctico y jurídico tenga como base la renuencia injustificada, deliberada e insistente del demandado a la práctica del examen de ADN; causan autoridad de cosa juzgada formal (inimpugnabilidad) y sustancial o material (inmutabilidad).

3. DECISIÓN EN SENTENCIA:

3.1. Por las consideraciones expuestas en el presente fallo, el Tribunal Único de la Sala 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 recurrida, y que fuera pronunciada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia der Pichincha, el 07 de julio de 2016; las 14h48. Sin costas ni multa. Con el ejecutorial, devuélvase el expediente el tribunal de origen. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL. V.S.

VOTO SALVADO

Juicio No. 246-2016

Jueza Ponente: Dra. Rocio Salgado Carpio

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTE INFRACTORES.-

Quito, miércoles 29 de marzo del 2017, las 16h34.-
VISTOS: (No. 246-2016)

En razón de no estar de acuerdo con la conclusión a la que se llega en la sentencia de voto de mayoría: “Las sentencias estimatorias de una demanda de investigación de paternidad cuyo fundamento fáctico y jurídico tenga como base la renuencia injustificada deliberada, e insistente del demandado a la práctica del examen de ADN, causan autoridad de cosa juzgada formal (inimpugnabilidad) y sustancial o material (inmutabilidad)”, salvo mi voto en los siguientes términos:

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: 1.1. SOBRE LAS PRESUNCIONES:

Las presunciones suponen razonamientos lógicos que permite pasar de hechos conocidos (indicios) a otros desconocidos; éstas, (presunciones) pueden ser de dos clases: legal *iuris tantum* (presunción simplemente legal) es decir admiten prueba en contrario, diferente a la presunción legal *iuris et jure* (de pleno y absoluto derecho) contra la que la ley no admite prueba en contrario¹.

1.2. SOBRE LA COSA JUZGADA:

En doctrina, la cosa juzgada, del latín “*res iudicata*”, significa “lo que ha sido juzgado o resuelto”; a nivel procesal “...atañe a las consecuencias o efectos, que es donde reside su esencia, los cuales se contraen a dotar de ciertos proveídos, generalmente las sentencias, de una especial calidad que tiene a evitar que entre las mismas partes, por igual causa (hechos) y sobre idéntico objeto (pretensión) pueda instaurarse un segundo proceso”. (AZULA CAMACHO, Jaime, Curso de Teoría General del Proceso, Bo-

gotá, 1986, p. 408). La *cosa juzgada*, encuentra su razón de ser en la seguridad jurídica y la certeza del derecho debatido, en la medida en que evita que se reabra el examen de un asunto que ha sido analizado y decidido por un juez/a, asegurando la estabilidad y certidumbre de los derechos declarados o reconocidos a través de una sentencia en firme. Ahora bien, para considerar que un asunto ha pasado a autoridad de cosa juzgada, es necesario que en la nueva contienda haya identidad objetiva, subjetiva y de causa, respecto de otra, que ya fue conocida por el órgano administrador de justicia y sobre la que se pronunció definitivamente; se quiere de esta manera, evitar las discusiones *ad infinitum* que fortalecerían la incertidumbre afectando la armonía de la convivencia. Por ello, las sentencias ejecutoriadas, tiene efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en derecho, a la luz del principio de inmutabilidad.

En esta misma línea, “La cosa juzgada supone fundamentalmente inimpugnabilidad de la sentencia. Existe cosa juzgada en sentido formal cuando contra la sentencia no puede articularse recurso de ninguna naturaleza; la cosa juzgada en sentido material se configura cuando la sentencia, además de no ser susceptible de ataque directo mediante la interposición de algún recurso también lo es de ataque indirecto a través de otro juicio que permita la obtención de un resultado distinto al alcanzado en el anterior juicio tramitado entre las mismas partes”.

1.3. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE TRIPLE REITERACIÓN No. 05-2014, REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 346 DE 02/10/2014: RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE HIJOS: En el artículo 1, considerando primero, del documento en cita, consta que el reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el **carácter de irrevocable**; el considerando segundo, *ibídem*, dice:

¹ Art. 32, tener inciso C.C. “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”.

² CNAT Sala III Expte n° 3357/04 cent. 87720 28/4/06 «Parra, Gabriel c/ADECCO Recursos Humanos Argentina SA s/ despedido» (Porta. Eiras.)

- “El legitimado activo del juicio de impugnación, de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, **excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica”.**

1.3.1. La Resolución en cita, deja claro:

- La irrevocabilidad del reconocimiento voluntario. El reconociente, únicamente puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto de reconocimiento³: La voluntad tanto en su formación (entendimiento, deliberación, decisión), como en su exteriorización (ejecución y asunción de responsabilidades), debe estar libre de vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo; debe tener objeto y causa lícita, por tanto cumplidos los requisitos para la vinculatoriedad de la declaración de voluntad, el acto jurídico constitutivo del estado civil (reconocimiento), produce plenos efectos (derechos y obligaciones).
- La impugnación, por vía de la nulidad, tiene lugar con fundamento en la existencia de los vicios del consentimiento, objeto o causa ilícita; de ahí que la prueba deba dirigirse a respaldar por qué y cómo, se estima, que el acto de voluntad ha sido viciado, esto es debe demostrarse la relación de causalidad entre el vicio en el consentimiento y la declaración impugnada.
- Sobre la pertinencia de la pericia científica de ADN, para resolver la acción de nulidad del reconocimiento voluntario de un hijo/a, como ha quedado dicho⁴, el actor debía enmarcar los medios de prueba en los artículos 1697 y 1698 del CC, y, circunscribirlos a

los vicios del consentimiento, elemento clave para el reconocimiento, pues como queda establecido, este acto debió haber sido realizado libre de vicios o condiciones (artículo 1467 *ibídem*), tanto en su formación como en su exteriorización. La prueba debe centrarse en el vicio alegado; la pericia genética de ADN, constituye en los juicios de nulidad de reconocimiento, únicamente un elemento coadyuvante en los casos en los que se alega error, o dolo; vicios que afectan singularmente el consentimiento, la voluntad en la etapa de reflexión, no así en la fuerza que se impone a la voluntad en la etapa de ejecución del acto, aun cuando el autor sea consciente que no es el progenitor del reconocido⁵.

2. SOBRE EL CASO CONCRETO:

2.1 El ordenamiento jurídico ecuatoriano, prevé presunciones de hecho, en materia de filiación, la presunción de la paternidad del marido, presunción que por mucho tiempo fue considerada como presunción de derecho que no admitía prueba en contrario; fue primero a través de la jurisprudencia⁶ y luego a través de la norma que la paternidad del marido pasó a ser una presunción legal *iuris tantum* (presunción simplemente legal) admite prueba en contrario; entonces, el marido puede “impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)” (artículo 233 y 246 CC⁷).

2.2. En este orden de ideas, se trae a colación la presunción contenida en el artículo innumerado 10, literal a) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia⁸, que prevé una presunción de hecho a favor de los niños/as y adolescentes en el evento de la negativa del demandado/a, a someterse a la prueba científica de ADN, y que permite, con base a ésta (presunción) la filiación y la imposición de una pensión alimenticia.

³ RESOLUCIÓN No. 036-2014, Juicio ordinario No. 102-2013. Jueza Ponente: María Rosa Marchan; RESOLUCIÓN No. 049-2014, Juicio ordinario No. 210-2013, Jueza Ponente: Rocío Salgado Carpio; RESOLUCIÓN No. 71-2014, Juicio ordinario No. 083-2013, Jueza Ponente: María Rosa Marchan.

⁴ RESOLUCIÓN No. 0239-2016, Juicio No. 0071-2016, Jueza Ponente: Rocío Salgado Carpio.

⁵ **Reconocimiento de complacencia**, esto es, cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo explicitan –pues ellos sería hasta contradictorio con su voluntad emitida–), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos, están conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material. (sentencia 669/2004-Tribunal español).

⁶ Serie 17. Gaceta Judicial 9 de 10-may-2002

⁷ Artículo sustituido por artículo 26 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015.

⁸ Artículo Innumerado 10, literal a) del CNA “Obligación del presunto progenitor.- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no han sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas: a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda”.

De otro lado, el artículo 258⁹ CC, señala:

- “Si propuesta la demanda de investigación para que se declare la maternidad o paternidad, el demandado negare ser suyo el hijo, el actor solicitará al juez la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). En el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a este examen dispuesto por el juez, se presumirá de hecho la filiación con el hijo”.

2.3. Del mismo modo, el artículo 263 del Código de Procedimiento Civil señala que en caso de que una de las partes se rehúse a practicarse exámenes, su negativa hará presumir un indicio en su contra. De lo expuesto, palmariamente, se colige que frente a la práctica de la prueba científica de ADN, el carácter de presunciones, simplemente legales, contenidas en estas normas, ceden ante aquella.

2.4. El ADN (ácido desoxirribonucleico) es una estructura química que está presente en todas las células, que contiene la información genética de cada persona. Los avances científicos alcanzados (1985), permitieron acceder a esta información a través del análisis de algunos “marcadores” que permiten trazar un “patrón genético” para esclarecer las dudas sobre la paternidad. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia:

“La idoneidad del examen antro-po-heredo-biológico ha sido reconocida por la comunidad científica para rechazar con absoluta certeza a los falsos imputados de paternidad o maternidad y para establecer la con una probabilidad del 99,999999% (...)”¹⁰

2.5. La Corte Suprema de Justicia, en fallo de triple reiteración, dejó establecido que las resoluciones sobre filiación de menores dictadas sin la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, es decir el carácter de inmutabilidad solo es posible en aquellas sentencias que establezcan la filiación mediando prueba científica de ADN, siempre y cuando sea realizada conforme a derecho¹¹.

2.6. Resulta evidente, a todas luces, que dados los avances científicos, al tratarse de acciones de impugnación de filiación, la prueba que ofrece garantía de mayor certeza, es el examen genético

(ADN), y, teniendo en cuenta su alta probabilidad de veracidad se constituye en obligatoria para el juzgador/a; prueba de ADN, que hace que pierdan relevancia otras que iban dirigidas a demostrar la supuesta “dudosa o inmoral” conducta de la madre, por ejemplo. Criterio que según lo analizado, ha sido recogido en las reformas al Código Civil, (R.O.S. No. 526, 19/06/2015), que derogaron los artículos 253 y 254 CC, y sustituyeron el artículo 258 CC, que si bien no son aplicables al presente caso, dan cuenta de la intención del legislador en ese sentido.

2.7. En el caso bajo examen, por sus particularidades, por las dificultades para la práctica de la pericia genética: la cremación del demandado, el deterioro de las muestras para la abuelidad; y, las conclusiones expuestas por el Tribunal ad quem:

- “i) no conocer con certeza a quien pertenecía el marcados del cual se extrajo la información genética para la realización del examen de paternidad; ii) la imposibilidad de contar con todos los marcadores genéticos dentro de la prueba de abuelidad; sumado a que iii) el último informe no se encuentra suscrito por ambos peritos nombrados y posesionados para el efecto, sino solamente con la firma de una de las expertas,... (por consiguiente, el Tribunal ad quem de ese juicio, resuelve) toma(r) la renuencia del demandado como “un principio de prueba en su contra”, obviar los informes por las deficiencias formales y de contenido anotadas, y declarar que existe vínculo de filiación (entre las partes)”.

Se resuelve tomar la renuencia del demandado como un principio de prueba en su contra y declarar el vínculo de filiación; sin embargo, estas son circunstancias que no pueden generalizarse, para con base a ellas determinar una regla general; pues habrá que atender siempre a las particularidades del caso, como por ejemplo, los casos en los que el demandado es citado por la prensa, su no comparecencia, tanto a juicio como a la práctica del examen de ADN, no podrá considerarse como “renuencia injustificada deliberada, e insistente” al punto de que los efectos de la sentencia causa en autoridad de cosa juzgada formal y material.

3. DECISIÓN EN SENTENCIA: En tal virtud, el Tribunal Único de la Familia, Niñez, Adolescencia

⁹ Artículo sustituido por artículo 35 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015.

¹⁰ Sentencia T-997 de 2003-Corte Constitucional Colombia

¹¹ Resolución de Triple Reiteración: Resoluciones Nos. 083-99 dentro del juicio 170-97, (Ordoñez vs Granja), publicada en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999; 183-99 dentro del juicio 150-98, (Urbano vs Alcocer), publicada en el S.R.O. 208 de 09 de junio de 1999; y 480-99, dentro del juicio 062-99 (García vs. Hidalgo), publicada en el R.O. 333 de 07 de diciembre de 1999.

y Adolescentes infractores, “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 EMITIDA POR EL Tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de

Pichincha, el 7 de julio de 2016; las 14h48, en los términos de este fallo. Sin costas ni multas.- **Notifíquese y Devuélvase.**

f) **Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL (Voto Salvado concurrente); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.**

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 246-2016

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

SALA DE FAMILIA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-

Quito, miércoles 19 de abril del 2017, las 14h39.-

VISTOS: Oportunamente, ha comparecido la actora, señora Fátima Mariana de Jesús Martínez Tirira, solicitando “aclarar y/o ampliar” tanto la sentencia de mayoría, cuanto el voto concurrente, emitidas el 28.03.17, las 16h34 y notificadas el mismo día. Con la oposición de la contraparte ante la solicitud de la compareciente, se considera: En primer lugar se hace necesario manifestar que el escrito que se provee, carece de claridad, su lectura y análisis por tanto, resultan dificultosos. Una vez desbrozada la petición, se considera:

I. Las cuestiones que presenta la accionante en esta oportunidad y que las trae a pretexto de aclaración y/o ampliación, son asuntos o que ya fueron motivo de análisis debidamente razonado en la sentencia; o bien, interrogantes cuya respuesta se encuentran asimismo en el propio fallo.

Por ejemplo, en los puntos 1 y 2 del escrito, la recurrente al tratar sobre las excepciones propuestas en demanda, y de las nulidades ya por omisión de solemnidad sustancial, o por violación del trámite atinente a una causa, pregunta al tribunal: **i)** cuáles son las normas que permiten convalidar lo tácitamente reconocido como violación del procedimiento; **ii)** que normas permiten prescindir del trámite propio del juicio ordinario.

Estos asuntos vienen siendo discutidos por la recurrente desde primera instancia, en apelación, en casación y finalmente ahora, mediante su solicitud de aclaración y ampliación. Sin lugar a dudas, estas interrogantes han sido satisfechas de manera suficiente en la sentencia que se solicita aclarar. Así, en el punto 2.5.1., se resuelve con claridad estas

cuestiones. A lo largo del fallo además, se responden todas las interrogantes, el asunto discutido, a través del juicio de “impugnación de declaratoria judicial de paternidad”, se contrae a asuntos de puro derecho.

II. En lo demás, la recurrente insiste en discusiones ya tratadas en la sentencia de mayoría y voto concurrente, por lo que no se hacen necesarias más consideraciones. Si cabe recordar a la compareciente, que los recursos horizontales de aclaración y ampliación en modo alguno constituyen vías que permitan a las y los juzgadores alterar el sentido de su sentencia, y menos alterar el fallo al capricho de quien los plantea. Los arts. 281 y 282 de la codificación adjetiva civil, son claros en lo que mandan: El juez/a o tribunal que emitió un fallo no puede alterar ya su sentido. En tratándose de recursos horizontales, solo cabe solicitud de aclaración en caso que la sentencia sea ininteligible; y ampliación, en caso de haberse omitido resolver todos los asuntos discutidos en juicio, o por dejar de resolver frutos, intereses o, costas. En ninguna de esas circunstancias incurre la sentencia pronunciada por este alto tribunal de justicia.

III. Por las razones expuestas, se desecha la petición de la señora Fátima Mariana de Jesús Martínez Tirira, y en consecuencia, no ha lugar las pretensiones de “aclaración y/o ampliación”. Recuérdese además, que las partes procesales debe abstenerse de presentar solicitudes que entorpezcan el normal y ágil desarrollo de las causas. **Notifíquese.**

f) **Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL PONENTE; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Carmen Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL.**

II

Causa No. 008-2017
Resolución No. 95-2017
Fecha: 12 de abril de 2017

TEMA: Juicio de Restitución Internacional de hijo. Si bien todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, existen circunstancias excepcionales.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Comparece el actor ante la Jueza de primera instancia señalando que su hijo fue trasladado a Ecuador con motivo de vacaciones el 1º de agosto de 2015, habiéndose establecido como fecha de su regreso a España el 2 de noviembre del mismo año, sin embargo, su madre se negó retornar al niño en esa fecha, a pesar de que su padre viajó por dos ocasiones para recogerlos, verificándose en tal sentido una retención ilegal del niño en Ecuador, conforme a las disposiciones establecidas en el Convenio de la Haya relativo a la Sustracción Internacional de Menores. Concluida la sustanciación del proceso, la señora Jueza se pronuncia y expresa que no se ha justificado que el niño haya sido retenido indebidamente, o que se haya obstaculizado un régimen de visitas o dispuesto medida alguna en contra de su padre, el niño recibe visitas de su padre en casa de sus abuelos maternos. Al momento el niño tiene la nacionalidad ecuatoriana y requiere del cuidado y protección de su madre RESUELVE rechazar la demanda. Las visitas quedan abiertas para el padre cuando venga al Ecuador.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El actor, por no estar conforme con la resolución de primera instancia, presenta recurso de apelación a través de su Procuradora Judicial. Dentro del análisis que realiza el Tribunal de apelación se indica que " la demandada en autos no ha justificado o demostrado que existe algún impedimento en regresar a España a seguir con sus respectivas actividades, ni tampoco se ha demostrado que ésta, en Ecuador, mantenga una situación económica similar o sostenible a la que mantenía en España con su cónyuge, sino más bien lo que se alega es que éste pueda venir las tantas ocasiones que pueda a visitar a su hijo, sin tomar en consideración que su casa y actividades laborales del núcleo familiar están en España. Con voto de mayoría, acepta el recurso de apelación interpuesto y revoca la sentencia venida en grado, disponiendo se cumpla con la restitución conforme a derecho.

SÍNTESIS CASACIÓN

La accionante interpone recurso de casación con fundamento en las causales tercera y primera del artículo 3 de la Ley de Casación, mismo que es admitido a trámite por el Conjuez Nacional. El Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia en su análisis reconoce dos problemas. El primer problema jurídico considera que el tribunal Ad quem no expone las razones por la que no fueron valorados la confesión, la inspección judicial y la prueba testimonial por lo que existe contravención del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, provocando una valoración incompleta. Por otra parte considera, que si bien todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, existen circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente, en consecuencia CASA la sentencia y de conformidad con el interés superior del niño, niega la restitución internacional ordenando el retorno de forma inmediata del niño.



RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 008-2017

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio**SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-**Quito, miércoles 12 de abril del 2017, las 14h50.-
VISTOS: (008-2017)**1. ANTECEDENTES**

1.1. Relación de la causa: Dentro del juicio especial por restitución internacional de su hijo que Iván Cuevas Nieto, sigue contra María Stefanie Rodríguez Moreira, la jueza de primera instancia rechaza la demanda; una vez apelada, el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en voto de mayoría (25/10/2016, las 09h40), acepta el recurso interpuesto, revoca la sentencia venida en grado y, dispone que se cumpla con la restitución conforme a derecho.

1.2. Actos de sustanciación del recurso:

La accionante interpone casación, con fundamento en las causales tercera y primera del artículo 3 de la Ley de Casación; admitida a trámite por el Conjuerz Nacional, Edgar Wilfrido Flores Mier, en auto de 25/01/2017, las 11h52, accede a este Tribunal para su conocimiento y resolución de fondo.

2. Competencia.- Este tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con los artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11¹; artículo 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición N° 004-2012 de 26 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.

3. NATURALEZA DE LA CASACIÓN.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes aetas jurisdiccionales como lo son las sentencias y autos definitivos, prove-

nientes por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad; el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. En desarrollo de tal marco, una vez más debe la Sala reiterar que la demanda de casación debe avenirse al rigor técnico que su planteamiento y demostración exigen, acatando las reglas legales y 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. Ha de insistirse, también, en que este media extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y por tanto, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito y 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 a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras a la seguridad jurídica, principio fundamental del estado constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4. Cargos en contra de la sentencia impugnada y fundamentos del recurso:

4.1. Al amparo de la causal primera, la recurrente acusa falta de aplicación de normas de derecho

¹ Ver Suplemento del R.O. N° 38 del 17 julio 2013.

referentes al principio del interés superior del niño y tenencia: artículos 44, 76.4, y 82 CRE; 11 CONA; 3 CDN; 13 b) Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; y, precedentes jurisprudenciales obligatorios 064-15-SEP-CC y 021-11-SEP-CC.

- La casacionista sostiene que este caso tiene características especiales, al tratarse de la restitución internacional de un niño de dos años de edad, quien ha permanecido bajo el cuidado de la figura materna desde el día de su nacimiento, por tanto con mayores lazos emocionales; que la madre, no ha perdido o suspendido sus derechos de patria potestad y tenencia sobre su hijo, consiguientemente, sostiene, se debe aplicar el principio del interés superior que consta en la normativa arriba señalada.
- Sostiene que el Tribunal ad quem, debía explicar cómo se protegió el interés superior de NN, por sobre los derechos que pueda tener el padre que requiere que el menor regrese a España, sin considerar si dicho regreso puede ocasionar un trauma psíquico en el menor, con el solo argumento que el niño es español. Principio del interés superior, que a su decir, debía aplicarse en concordancia con el artículo 13 b) del convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y los precedentes jurisprudenciales, sentencia No. 064-15-SEP-CC de la Corte Constitucional que desarrolla el contenido y alcance del principio del interés superior, y que respecto de la tenencia señala que se la debe otorgar al padre o madre más idóneo para el cuidado del hijo/a y reservar al otro un régimen de visitas, favoreciendo así el desarrollo integral del niño; en relación con la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, que reconoce que “... el niño de corta edad no debe ser separado de su madre” (Párr. 62).
- Alega que conforme a los criterios establecidos en la sentencia No. 021-11-SEP-CC en *“la doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño. El interés superior del niño/a... en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de él/ella con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía. La doctrina de la co-custodia... La presunción de el/la dador/a de cuidados básicos... los/las niños/as necesitan cuidado día a día y*

el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas... debería retener la custodia de los/las niños/las... la interacción e interrelación del/la niño/a con su padre o madre o con ambos, sus hermanol as y cualquier otra persona quien pueda influir emocional o psicológicamente el interés superior del niño o niña...”, por tanto, la casacionista sería la persona más apta para la tenencia de su hijo, por la convivencia mantenida, por ser su protectora desde el nacimiento, y, quien ha respetado y garantizado plenamente los derechos de su hijo, niño que está acoplado al ambiente en que se desenvuelve en el Ecuador en compañía de su familia materna.

- Que la sentencia recurrida concluye, que la razón primordial para ordenar la restitución internacional es, por no haber probado que la situación económica de la recurrente en Ecuador sea similar o sostenible a la que mantenía cuando vivía en España con el actor, inaplicando lo dicho en la opinión consultiva ya enunciada, sobre que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial, o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia (párr. 76).
- Que bajo el Código Civil español la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, en este caso el actor autoriza el viaje del niño, a Ecuador, por ello existe un consentimiento tácito para que la accionante ejerza la patria potestad del hijo. Por la falta de aplicación de las normas alegadas, se ha inaplicado el derecho a la seguridad jurídica del niño y su madre, artículo 82 CRE.

4.2. Bajo la causal tercera, censura la falta de aplicación y errónea interpretación de los artículos 113, 114, 115, y 117 CPC, que han conducido a la no de aplicación de las normas referentes al principio del interés superior del niño: artículos 44, 76.4, 82 CRE; 11 CONA; 3 CDN; y, 13b) del convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

- Sobre la falta de aplicación de las normas en cita, aduce: que el testimonio de la testigo Brito Clavijo, la inspección judicial y confesión judicial del actor no fueron consideradas como prueba de la demandada, mencionándose erróneamente en el considerando octavo, que no se ha probado la situación económica de la suscrita.



- Que no se ha demostrado la supuesta fecha de regreso del niño, lo que sí está demostrado, es que el niño viajó a Ecuador en compañía de su madre con la autorización del padre por tanto no se aplica la retención ilícita, acorde con el convenio que la rige. Que tanto de la confesión judicial del actor como del informe técnico se ha demostrado que la accionante ha poseído la patria potestad y tenencia del niño desde el día de su nacimiento, sin que las haya perdido; sin embargo en el considerando séptimo del fallo recurrido no se valora estas pruebas en favor de la suscrita.
 - Que el artículo 115 CPC, impone la obligación del juzgador de seguir las reglas de la sana crítica y que las pruebas sean valoradas en su conjunto.
- 4.2.1.** Sobre la errónea interpretación de los precitados artículos, señala que en el considerando tercero y quinto de la sentencia se consideran como prueba los documentos remitidos por la autoridad central de España y del Ecuador que se adjuntaron a la demanda, por tanto, no deben ser valorados, pues son información de mero trámite; en el proceso administrativo no se ha contado con la accionante, lo que atenta contra su derecho de defensa y debido proceso, artículo 76.4 CRE.
- 5.- PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS:**
- 5.1.-** Quebranta el artículo 115 CPC la falta de valoración de todas las pruebas sin exponer las razones para hacerlo, y conduce a la infracción de las normas sustantivas invocadas?
- 5.2.-** En función del interés superior de niño, niña y adolescente, ¿cuáles son las excepciones que establece el Convenio frente a la restitución internacional?
- 6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:**
- 6.1. CUESTIONES PREVIAS:**
- 6.1.1. SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 115 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL,** norma que refiere a la valoración de la prueba en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
- i. Las reglas de la sana crítica no son regulaciones legales ni tasadas, son normas basadas en la razón y la lógica, comunes a todos los seres humanos; él o la juzgador/a llega al convencimiento de la verdad procesal, a través de las máximas de la experiencia aceptada por la sociedad en la que actúa. De acuerdo con Couture son, *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia de tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”* (COUTURE, E. 1979: 478)².
 - ii. Ahora bien, advierte la Sala que si bien los jueces/as de mérito, en razón del principio de intermediación, gozan de especial autonomía en la valoración probatoria, existen límites para la discrecionalidad, quedan excluidas de las reglas de la sana crítica: la arbitrariedad (acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho-RAE); el absurdo (cuando el juzgador por error, formula una conclusión contraria a la razón, la lógica, la justicia o las leyes) y la utilización de criterios personales; en caso de que esto ocurra, el Tribunal de casación tiene facultad para revisar la valoración hecha por el Tribunal ad quem y casar la sentencia.
 - iii. Respecto a la valoración de la prueba en conjunto; supone, en armonía con la doctrina que: *“La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto...”* (Florían, E. 2008:139)³, requiriendo del juez un examen integral, pleno y completo, pues un medio de prueba junto a otros, puede tomar un significado distinto del que se le daría de considerarlo en forma separada.

² COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979. t. II: 478 pp.

³ Eugenio Florían, “Resultado de las pruebas y su apreciación”, en “Valoración judicial de las pruebas”, Fernando Quiceno Álvarez (comp.), editora jurídica de Colombia, 2008, Pág. 139

6.1.2. SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA:

Consagrado en los artículos 44 de la Constitución, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es directriz para subrayar el reconocimiento y la obligación del estado, la familia y la sociedad, en la tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, en la protección especial atendiendo a su condición de seres humanos en desarrollo. Noción relacional que deja clara que, en caso de conflicto con derechos de igual jerarquía, éste, prevalecerá por sobre los de los padres, las madres, la sociedad y el estado; consecuentemente, los jueces y juezas están obligados a privilegiarlos y tutelarlos de forma efectiva, en todo proceso judicial o administrativo.

a. En esa línea de análisis, la jurisprudencia internacional señala que, “no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad”⁴, dejando claro, que las decisiones que se tomen deben ser traducidas en acciones que garanticen condiciones de dignidad en correspondencia con su condición de personas en formación y que se materialicen en calidad de vida, de forma tal, que ellos/ellas lo sientan y lo perciban en la cotidianidad, como sujetos portadores de “*todos los derechos...*”⁵, acorde con la doctrina de la protección integral, columna vertebral en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que subraya la obligación del estado, la familia y la sociedad en la tutela y garantía del ejercicio pleno de todos los derechos en favor de este grupo humano de atención prioritaria, de ahí que la doctrina de la protección integral comprenda todos los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador y que forman parte de la Constitución de la República, con igual jerarquía; entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño.

b. En ese marco, se trae a colación lo dicho por el Comité de los Derechos del Niño⁶, el que subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: “a) *derecho sustantivo*: “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño...”, y consiguiente aplicación directa e inmediata por parte de los estados, ... b) *principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño ... c) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho”, tomando en consideración que según la Convención de los Derechos del Niño, al aplicar el interés superior del niño, debe tenerse en cuenta ciertos parámetros: “a) *El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño*; b) *El reconocimiento de los niños como titulares de derechos*; c) *La naturaleza y el alcance globales de la Convención*; d) *La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención*; e) *Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo*”⁷.

c. En esa línea, la sentencia T-510 de 2003, emitida por la Corte Constitucional de Colombia,

⁴ Corte I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002

⁵ Silvia LARUMBE CANALEJO, “Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo”, en Revista IIDH, núm. 36, julio-diciembre, 2002, p. 252.

⁶ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), en http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/jdocs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf

⁷ Observación general N° 14 (2013), Ob. Cit.



sobre la aplicación concreta del interés superior del niño/a sostiene que: “*el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal*”.

Lo expuesto, deja claro que este principio opera como criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de este grupo de atención prioritaria, dada su particular vulnerabilidad: sujetos en desarrollo, especialmente protegidos; las y los juzgadores, en su condición de garantes aplicarán el derecho a favor de niños, niñas y adolescentes, y ajustarán sus decisiones hacia la efectividad del conjunto de sus derechos, siempre en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto.

7. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: Bajo la causal tercera la casacionista acusa la falta de aplicación de los artículos 113, 114, 115, y 117 CPC, supuestamente, el juez plural, no valora la confesión judicial del actor, la inspección judicial ni, el testimonio de la testigo Brito Clajivo, esta omisión, a su criterio, da como resultado la violación indirecta de las normas que regulan el principio del interés superior del niño. Cabe precisar que los artículos 113 y 114 CPC, no son normas de valoración de la prueba, tienen relación con su carga, e impone conductas a quienes afirman o niegan hechos a ser probados, pero no determina como el juez debe valorarlos.

7.1. Revisada la sentencia de voto de mayoría, se verifica que el Tribunal ad quem, no expone las razones por las que no fueron valoradas tanto la confesión judicial del actor, como la inspección judicial y, el testimonio de la testiga Brito, deficiencia que vulnera el artículo 115 CPC, y, determina la violación indirecta de las normas alegadas con influencia decisiva en la conclusión de la sentencia.

7.2. En el considerando octavo se limita a señalar que las pruebas presentadas por la parte demandada “*se han enfocado a reiterar que la salida de su lugar habitual de residencia, que era en la ciudad de Barcelona España, era por cuestiones de salud, la misma que en autos solo se lo justifica con un certifi-*

cado médico, al indicarse que sufre de una infección bacteriana a nivel de la piel, con lo cual tomó la decisión de salir de la ciudad de Barcelona a la ciudad de Guayaquil en Ecuador, y no existiendo otra prueba o investigación por la cual se demuestre que la salida de la madre con el infante haya sido producto por otras cuestiones que hayan justificado el peligro eminente o inmediato, como por ejemplo alguna violencia psicológica o física, sufrido por parte del actor de algún familiar cercano o que el infante se encuentre en una situación médica que no pueda ser tratada en el hogar del padre, sino más bien lo que se pueda observar que su salida del país de España contó con la autorización del padre con la finalidad que esta regrese lo más pronto, sin embargo su estadía en Ecuador se extendió a lo supuestamente acordado con el actor, razón por la cual éste presenta la acción por retención ilícita, por las negativas de la demandada de regresar al infante a su residencia habitual; por otra parte la demandada en autos no ha justificado o demostrado que existe algún impedimento en regresar a España a seguir con sus respectivas actividades, ni tampoco se ha demostrado que ésta en Ecuador mantenga una situación económica similar o sostenible a la que mantenía en España con su cónyuge, sino más bien lo que se alega es que éste pueda venir las tantas ocasiones que pueda a visitar a su hijo, sin tomar en consideración que su casa y actividades laborales del núcleo familiar están en España”.

7.3. Si bien el voto de mayoría deja claro que la demandada viaja con autorización de su cónyuge, indica que aquella no ha demostrado que “*la salida de la madre con el infante haya sido producto por otras cuestiones que hayan justificado el peligro eminente o inmediato, como por ejemplo alguna violencia psicológica o física...*”; ahora bien, el juez plural no repara en la confesión judicial del actor, en este documento, el exponente afirma que la demandada adolecía de un problema dermatológico y, que luego de buscar la ayuda de tres profesionales especialistas (respuesta a pregunta 8), ninguno de ellos emitió un diagnóstico acertado, dejándole sin la posibilidad de tener el tratamiento adecuado; asunto que se constituyó en la razón para que la señora tome la decisión de viajar al Ecuador para ser tratada y recuperar su salud, según el certificado médico analizado en la sentencia recurrida. El actor señala, además, en su confesión que el lugar de su residencia en Barcelona, no tiene problemas de humedad sino de condensación, problema, que a decir de la demandada agravaba la enfermedad de la piel, y, el temor de contagio para el niño.

7.4. En esta misma línea, este Tribunal, no encuentra las razones por las que el voto de mayoría ignora el testimonio de la testiga Paquita Cleofe Brito Clavijo, testimonio que da cuenta de la dependencia y estrecho vínculo del niño y su madre “*casi no se pueden separar*”; situación corroborada por el actor en su confesión, cuando sostiene que era la madre quien ejercía el cuidado primordial del niño, si bien, luego del horario de trabajo, el actor, compartía estas tareas; circunstancia relevante que debió ser leída a la luz del interés superior al momento de tomar la decisión, pues, el alejamiento de la persona, que hasta ese momento, constituía su referente afectivo privilegiado, sin lugar a dudas, supone grave riesgo para un niño de dos años; sin embargo, el voto de mayoría exige la evidencia que demuestre que: *en Ecuador mant(iene) una situación económica similar o sostenible a la que mantenía en España con su cónyuge*. La inspección judicial alegada como no valorada no aporta nuevos elementos.

Lo expuesto, meridianamente da cuenta del análisis parcial de la prueba, en contravención expresa del artículo 115 CPC, provocando una valoración incompleta e imprecisa, error que incide en la decisión de la causa, por lo que el cargo prospera.

8. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: Bajo la causal primera se contempla el siguiente problema jurídico: En función del interés superior de niño, niña y adolescente, ¿cuáles son las excepciones que establece el Convenio frente a la restitución internacional?

8.1. Este Tribunal recuerda que, tanto la Convención de los Derechos del Niño, como la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, han sido ratificados por el Ecuador y por tanto, tienen el mismo nivel jerárquico que la Constitución, condición de la que deviene la obligación de las autoridades judiciales y administrativas de observarlos y respetarlos⁸; y, en los casos en los que, uno de éstos, (tratados internacionales) haga efectivo de mejor manera los derechos, será de inmediato cumplimiento y aplicación. El objetivo de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Su-

stracción Internacional de Menores⁹, es el restablecer el statu quo del menor a través de su restitución inmediata, producto de su traslado o retención ilícita (artículo 1, a); así como el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita, vigentes en el estado contratante (artículo 1, b), teniendo siempre como marco el interés superior, principio cardinal que señala el horizonte en todos los casos en los que se encuentren involucrados. El preámbulo de Convenio al que se obligó el Ecuador reza:

- “*Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita...*”¹⁰

Queda claro, al amparo de este principio, que el propio Convenio, prevé excepciones a la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente.

8.2. Las excepciones a la obligación de retorno, están previstas en los artículos 13^a, 13.b primero y segundo inciso, y 20 de la Convención. El artículo 13b, alegado como inaplicado, resalta para la autoridad judicial o administrativa del estado requerido, la debida diligencia en advertir si, “... b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”, en cuyo caso no procederá la restitución.

8.3. La excepción a la obligación de retorno, se fundamenta en el interés superior de los y las niñas, pues de existir un grave riesgo de exponerlos “a un peligro físico o psíquico o situación intolerable”; el retorno sería contrario a su mejor interés.

8.4. El informe explicativo realizado por la experta Eliza Pérez-Vera, ilustra de mejor manera este asunto: “el Convenio ha dado un contenido preciso a este concepto. Así, el interés del menor a no ser desplazado de su residencia habitual, sin garantías suficientes de que la nueva será estable, cede en estos supuestos ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable”¹¹.

⁸ Artículos 424, 426 y 11.3 CRE

⁹ Convención suscrita el 25 de octubre del 1980 y ratificada por el Ecuador el 1 de abril de 1992

¹⁰ Preámbulo Convenio de la Haya Convenio-Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

¹¹ Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, par Elisa Pérez-Vera, Ob. Cit.

8.5. En el caso concreto, este Tribunal toma el interés superior del niño como criterio hermenéutico y resalta el grave riesgo por la vulnerabilidad que entraña la corta edad del niño, 2 años, el separarlo de la persona más cercana, la que ha tenido desde el momento de su nacimiento su cuidado primordial, lo que se enmarca sobre la base del artículo 13(b).

8.6. En este orden de argumentación, si bien la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Corte IDH, resalta la importancia de la familia como la institución llamada a satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas del niño, y el derecho a vivir en familia, para lo que se remite al criterio de la Corte Europea que ha definido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, no es menos cierto que cuando se refiere a la adopción de medidas especiales para la protección del niño (párr. 62), invocando el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, subraya que:

· “*Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre...*”.

En armonía con el párrafo 65 que establece:

· “*En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.*”

8.7. En este contexto, si bien está en juego el derecho/interés del padre para estar con su hijo, es relevante el interés del niño en precautela de su bienestar psicológico, dada su edad y el vínculo existente con la persona que lo cuidó primordialmente desde su nacimiento, con la que, debería romper, en caso del retorno, y se le privaría del entorno familiar acogedor y seguro que favorece su desarrollo integral (informe técnico).

9.- DECISIÓN: Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, aceptando los cargos alegados, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DE ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en voto de mayoría (25/10/2016, las 09h40), y niega la demanda de restitución internacional del niño NN, ordenando su retorno en forma inmediata; ofíciense con el contenido de esta sentencia a la autoridad central del Ecuador y cúmplase con la ejecución de la sentencia de la jueza de primera instancia. Sin costas, ni multas. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juicio No. 008-2017

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, viernes 28 de abril del 2017, las 14h55.-

VISTOS: (008-2017).- Dentro del juicio especial que por restitución internacional sigue Ivan Cuevas Nieto, contra María Stefanie Rodríguez Moreira, la demandada comparece solicitando aclaración y, la parte actora solicita ampliación de la sentencia emitida por esta Sala, que casa el fallo de segundo nivel, y niega la restitución internacional del niño NN, ordenando su retorno inmediato; para resol-

ver se considera:

PRIMERO.- El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, expresa: “*La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas;*” en esta virtud, precede la solicitud de aclaración y/o ampliación, siempre que el peticionario demuestre que en los argumentos de la sentencia existe oscuridad, o no se hayan resuelto todos los puntos de la litis.

SEGUNDO.- 2.1. Dentro de la aclaración, se solicita se corrija la hora del voto de mayoría emitido por el Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, puesto que, en los antecedentes de la sentencia de este Tribunal así como en la decisión consta: 25/10/2016, las 09h40, cuando lo correcto sería 25/10/2016, las 10h53.

2.2. El error en la hora se produce por un lapsus calamis, error que no altera el sentido; se aclara y corrige que el fallo con voto de mayoría del Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al que refiere la sentencia de casación, corresponde al emitido con fecha 25/10/2016, las 10h53.

TERCERO.- 3.1. La ampliación solicitada por la parte actora, sobre no haber considerado el acuerdo de 30/01/2017 suscrito por las partes, dado que tampoco *“se motivó si este acuerdo se encuentra conforme o no al Principio de Interés Superior del Niño”* (sic), por tanto, solicita se amplíe la resolución *“explicando por qué no se tomó en cuenta el acuerdo mencionado anteriormente”* (sic).

3.2. Este Tribunal observa que el recurso de casación es admitido a trámite en auto de 25/01/2017, las 11h52, por el Conjuez Nacional, Edgar Wilfrido Flores Mier, quien dispone correr traslado a la contraparte, por el termino de cinco días, es decir hasta el 1 de febrero del presente año. La

contestación fundamentada del recurso se presenta el 31/01/17 operando la preclusión por su consumación; el principio de preclusión ha sido definido como: *“el efecto de un estadio del proceso que al abrirse clausura, definitivamente el anterior. Esto es, que el procedimiento se cumple por etapas que van cerrando la anterior... Conforme a Calamandrei, se produce por tres motivos:...b) por haberse ejercido válidamente la facultad (consumación); y este ejercicio de la facultad es integral: no puede completarse luego, salvo norma legal expresa...”*. En tal virtud el escrito presentado como *“alcance”*, 01/02/2017, no puede formar parte de la contestación al recurso de casación pues el término se había consumado.

3.3. En cuanto a la no consideración del acuerdo, este Tribunal considera que la sentencia de casación analiza y resuelve de manera puntual cada una de las impugnaciones formuladas por la casacionista, en el ámbito de las causales invocadas, de tal manera que no requiere ampliación alguna, siendo el *“acuerdo”* de entrega del niño una cuestión nueva, que no formó parte de las pretensiones ni excepciones, es decir no fue materia de la litis, como no lo fue del recurso de casación, el pedido de ampliación, deviene en improcedente. Por lo expuesto, se niega la solicitud de ampliación presentada. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

JUSTICIA



¹ Enrique Véscovi, Teoría General del Procedo, Temis, Colombia. P. 59

III

Causa No. 294-2016
Resolución No. 140-2017
Fecha: 31 de mayo de 2017

TEMA: Juicio de Impugnación de Paternidad. El reconocimiento voluntario de paternidad puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo en virtud de su derecho inalienable a la identidad. El reconociente solo lo puede impugnar por vía de nulidad cuando al reconocimiento no concurrieron los requisitos para su validez.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor, manifiesta que estuvo casado desde 1986 a 2010 en que se divorció de su esposa. Dentro del matrimonio nació un niño, que fue inscrito con sus apellidos en el certificado de nacimiento que data de 1996. La madre del menor le ha indicado, con total claridad, que el menor no es hijo suyo y que sería mejor que el niño llevara el apellido de su verdadero padre, sin comunicar quien es su padre biológico. Asevera, que esta circunstancia, ha afectado gravemente su honor y su dignidad, por lo que se ve en la necesidad de interponer demanda de IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD. Como prueba, presentó Informe de perito sobre un examen comparativo de ADN realizado al menor y sus padres, cuyo resultado en la parte medular dice: realizado el análisis se encuentra que el presunto padre NO posee todos los obligados paternos que debería tener el padre biológico del niño, excluyéndose como padre. Por otro lado el Juez argumenta que la reclamación del cónyuge contra la paternidad del hijo concebido por su esposa durante el matrimonio debió hacerse dentro de los sesenta días desde aquel en que tuvo conocimiento del parto, vencido el cual se produce la caducidad de la acción para demandarla, por lo que declara sin lugar la presente demanda.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El actor presenta recurso de Apelación ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas y fundamenta que no se ha apreciado ni valorado la prueba en su conjunto, en especial, la prueba de ADN que acompañó a su demanda; no se han considerado los fallos de triple reiteración, entre otras cosas, y pide que en sentencia se declare que él no es el padre biológico del menor cuya paternidad se impugna. Este Tribunal, luego de analizar las pruebas en conjunto y siguiendo las reglas de la sana crítica, determina que el actor reconoció libre y voluntariamente al menor, lo que constituye un acto Jurídico Constitutivo de Estado Civil, para el cual la ley no ha previsto Revocatoria, y que en el presente caso durante la tramitación del proceso no ha existido prueba alguna de que dicho reconocimiento se encuentre viciado por no reunir los requisitos de validez, en consecuencia, se CONFIRMA la sentencia subida en grado y se rechaza el recurso de apelación.- El actor solicita ampliación de la sentencia la misma que es declarada improcedente.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor interpone Recurso de Casación, en el que se impugna la sentencia dictada por la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Guayas, con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, por aplicación indebida de los artículos 24.b), 247, 248, 249, 250 y 251 de Código Civil, vigentes a la fecha de presentación de la demanda, ya que en el fallo no se ha analizado doctrinaria ni jurídicamente la impugnación

de paternidad de un hijo concebido dentro de matrimonio, pues la aplicación indebida mencionada, conlleva una actuación apartada de la ley por parte de los juzgadores. El Tribunal de Casación, con voto de mayoría desecha la demanda, pues no destruida la presunción legal de paternidad con un examen debidamente actuado, la paternidad del hijo nacido en matrimonio, corresponde al cónyuge de la madre. Los jueces de instancia entienden equivocadamente que en la causa se impugna el reconocimiento voluntario del demandado, cuando en realidad se trata de una acción diversa a la demandada, cual es, la de impugnación de la paternidad; por otro lado se señala que la norma que establecía límite temporal de 60 días para la impugnación de la paternidad fue declarada inconstitucional. Se presenta Voto salvado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 294-2016

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, miércoles 31 de mayo del 2017, las 09h11.-
VISTOS:

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que por impugnación de paternidad sigue Winston Fernando Hidalgo Salavarría en contra de Israel Jacob Hidalgo Villón; el actor interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada el 29 de junio de 2016, las 16h23, por la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la que, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el actor, y confirma el fallo de primer nivel que declara sin lugar la demanda por considerar que la acción se encuentra prescrita.

Concedido el recurso de casación por el tribunal de instancia, y remitido al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, la Conjueza de esta Sala, en quien por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, luego del examen pertinente, lo admite a trámite y corre traslado con el memorial a la contraparte; fijada la competencia, para la elaboración de la ponencia en la causa, este Tribunal Único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, para resolver considera:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente, acusa a la sentencia

de aplicación indebida de los artículos 24.b), 247, 248, 249, 250 y 251 del Código Civil vigentes a la época de la presentación de la demanda; sostiene que los jueces “no han precisado precedentes jurisprudenciales respecto a la impugnación de la paternidad, pretensión principal de mi demanda; yo que jamás se ha remitido a la impugnación de reconocimiento voluntario como indebidamente sostienen los ciudadanos jueces que dictaron el folio.” (Sic).

Arguye, que de las piezas procesales se desprende que el accionante estuvo legalmente casado con Isolda Marivel Hidalgo Villón, y que dentro de dicho matrimonio nació Israel Jacob Hidalgo Villón; sin embargo, aduce que su ex cónyuge “en anterior época expresó al compareciente que éste no era mi hijo y que mejor debe llevar los apellidos de su verdadero padre, sin identificarlo.”, razón por la cual, demandó a este último la impugnación de paternidad por tratarse de un hijo concebido dentro de matrimonio, pero que pese a ello, la Sala de Apelación en su considerando NOVENO, analiza normas jurídicas que se remiten a otra acción que no se demandó, artículos 24.b y 251 del Código Civil, y que corresponden a la impugnación de reconocimiento voluntario de un hijo concebido fuera de matrimonio, acción totalmente contradictoria e incompatible con la de impugnación de paternidad.

Finalmente señala, que en el fallo no se ha analizado doctrinaria ni jurídicamente la impugnación de paternidad de un hijo concebido dentro de matrimonio, acción que se encuentra regulada en los artículos 24.a, 234, 235 y 236 del Código Civil; y que, la aplicación indebida de las normas de derecho contenidas en los artículos 24.b, 247, 248,



249, 250 y 251 *ibídem*, conlleva una actuación apartada de la ley por parte de los juzgadores que le causa grave perjuicio.

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 de la República, 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 número 004-2012 de 25 de enero del 2012; ratificadas por el Pleno para actuar en esta Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, por resolución No. 01-2015 de 28 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 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

2. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

2.1. Al Tribunal, en virtud de los puntos a los cuales el recurrente contrae su recurso, le corresponde resolver:

2.1.1. Si en la sentencia impugnada existe aplicación indebida de los artículos 24.b, 247, 248, 249, 250 y 251 del Código Civil, al haberse resuelto con fundamento en aquellas, una acción de impugnación de reconocimiento voluntario no demandada.

3. PUNTOS DE DERECHO BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

3.1. La ley prevé dos formas de impugnación de la filiación: 1. La del hijo nacido dentro de matrimonio; y, 2. La del reconocimiento voluntario.

3.1.1. La acción de impugnación de paternidad del hijo nacido en matrimonio, procedía en los términos previstos en el derogado artículo 236 del Código Civil, a impulso del marido, sujeta a caducidad; de los herederos de este o de toda persona que tuviera interés actual en ello. Con las reformas introducidas en el Código Civil, por la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015, pueden proponerla: quien se pretenda verdadero padre o madre; el hijo; quien

consta legamente registrado como padre o madre de aquel cuya filiación impugna; y las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnada perjudique en sus derechos sucesorios con respecto a quienes constan legalmente como padre o madre, en cuyo caso, la acción caduca en el que el plazo de 180 días a partir de la defunción del padre o madre. (Artículo 233A del Código Civil).

3.1.2. El reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad, puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo (artículo 250 Código Civil) en virtud de su inalienable derecho constitucional a la identidad, y por cualquier persona que pueda tener interés en ello; el reconociente solo lo puede impugnar por vía de nulidad, cuando al reconocimiento, no concurren los requisitos para su validez. (Artículo 250 sustituido por artículo 33 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015).

3.2. La sentencia No. 131-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0561-12-EP, por la Corte Constitucional del Ecuador, el 29 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 012 de 02 de junio de 2015, declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 236 del Código Civil (vigente a la época de la presentación de la demanda), eliminando, entre otras cosas, la caducidad de la acción por el vencimiento del plazo legal para proponerla. Retrotrayendo los efectos de la declaratoria a la vigencia de la Constitución, 20 de octubre de 2008.

3.3. El derecho concreto a solicitar la intervención del Estado, para mediante un proceso resolver un conflicto, a través de la actuación de la Ley, tiene limitaciones en el tiempo de ejercicio, vencido el cual opera la caducidad o la prescripción de la acción, la primera por el ministerio de la Ley, la segunda por alegación de parte.

3.4. La caducidad como límite temporal al ejercicio del derecho, produce como efecto la pérdida de la vigencia de la acción; relacionada con la oportunidad para entablarla ante el órgano jurisdiccional, sin posibilidad de interrupción; no requiere alegación, opera de oficio, por el vencimiento del plazo legal.

3.5. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, exige el transcurso de cierto lapso, durante el cual no se haya ejercido, puede interrumpirse natural o civilmente y suspenderse a favor de determinadas personas; produce como efecto la inexigibilidad de la obligación civil, su extinción, transformándola en obligación natural.

4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS, EN RELACIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

4.1. Invocando la causa 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, se acusa a la sentencia de violación directa de la ley, por indebida aplicación de las normas de derecho que regulan la impugnación del reconocimiento voluntario, a un juicio de impugnación de paternidad de hijo nacido en matrimonio.

Alega el recurrente, que en la sentencia, hay indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 24.b, 247, 248, 249, 250 y 251 del Código Civil, pues la pretensión deducida en su demanda, la fundamentó en los artículos 234, 235 y 236 del Código Civil, que regulan la impugnación de la paternidad de un hijo nacido en matrimonio.

En la sentencia en análisis, se observa que, efectivamente, los jueces de instancia, al resolver la causa, entienden equivocadamente que en ella se impugna el reconocimiento voluntario del demandado, analizan los hechos y las pruebas bajo esa óptica y aplican la normativa y la jurisprudencia de triple reiteración atinente a las hipótesis contenidas en los artículos 247¹, 248² y 249³ del Código Civil,

normas que amparan una situación diversa a la demandada, por existir entre la partes procesales el vínculo filial en virtud de ser el demandado, hijo nacido en matrimonio.

El vicio de indebida aplicación acusado, se produce en la sentencia, porque el hecho motivo de la litis no es el contenido en la hipótesis de las normas aplicadas, de las que, el tribunal de apelación deduce que la acción ha prescrito, por no haberse interpuesto ante juez competente en tiempo hábil; error que resulta determinante en la decisión de la causa, razón por la cual, este Tribunal de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, CASA la sentencia impugnada; y para resolver el litigio, en aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación; dicta sentencia sustitutiva en los siguientes términos:

Trabada la Litis con la pretensión del actor de impugnación de paternidad de hijo nacido en matrimonio, con sustento en los artículos 66 numeral 28⁴ y 44⁵ de la Constitución de la República, y 234⁶, 235⁷, 236⁸ del Código Civil, y las excepciones de: improcedencia de la demanda y de la

¹ "247.- Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 63".

² "248.- El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce."

³ "249.- El reconocimiento podrá hacerse por escritura pública, o ante un juez y tres testigos, o por acto testamentario, o por la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres. Si la declaración, en la inscripción del nacimiento o en el acta de matrimonio, hubiere sido hecha en cualquier tiempo anterior al 21 de noviembre de 1935, tal declaración valdrá como reconocimiento; pero los efectos del mismo no surtirán sino a partir del 26 de marzo de 1929. Si solamente es uno de los padres el que reconoce, no podrá expresar la persona en quien, o de quien hubo el hijo."

⁴ "Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales."

⁵ "Artículo 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticos intersectoriales nacionales y locales."

⁶ "Art. 234.- El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza, por sí solo, al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre."

⁷ "Art. 235.- Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo."

⁸ "Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente."



acción por irretroactividad de la ley; y, caducidad del tiempo para entablar la acción, corresponde establecer si la acción de impugnación de paternidad propuesta por el actor ha caducado; si, la presunción legal de paternidad del hijo nacido matrimonio puede ser destruida por un examen de ADN efectuado sin orden judicial y fuera del proceso; y, si opera contra el ella el indicia en contra, por la negativa a la práctica del examen de ADN. Con respecto a la caducidad del derecho del actor para proponer la acción, se debe señalar que, la Corte Constitucional en la sentencia 131-15-SEP-CC, publicada en la Gaceta Constitucional de 2 de junio de 2015, declaró la inconstitucionalidad del artículo 236 Código Civil, norma que establecía la limitación temporal de 60 días para la impugnación de la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio; declaratoria que con efecto general, dejó fuera del ordenamiento jurídico a la norma, por contraria a la Constitución vigente en el país a partir de su publicación en el R.O. 449 de 20 de octubre de 2008; por lo que sus efectos se retrotraen a la entrada en vigencia de aquella; así lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia en mención, en la que dando efectos retroactivos a la declaratoria de inconstitucionalidad, declara la nulidad de las sentencias dictadas en esa causa incluida la de primera instancia de 24 de agosto de 2009, retrotrayéndola a la apertura de la causa a prueba, lo que implica que, tal declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos sobre una causa iniciada en 2008, época de la vigencia de la nueva constitución, a raíz de la cual, la norma que no se sujeta a ella, queda excluida del ordenamiento jurídico; lo que viabiliza el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad por el marido, con respecto al hijo nacido en matrimonio, en cualquier tiempo, mediante el examen comparativo de ADN; sin que exista norma que señale que con respecto a esta acción no opera la prescripción, lo que si ocurre por disposición del artículo 255 reformado del Código Civil, en lo concerniente a las acciones para investigar la paternidad o la maternidad. Lo señalado, apertura el conocimiento de la presente causa, pues la demanda se presentó el 4 de noviembre de 2014, y se resolvió en primera instancia el 29 de junio de 2016, cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, con efectos generales, tenía pleno vigor. Con respecto a si la presunción legal de paternidad del hijo nacido dentro de matrimonio puede ser destruida por un examen de ADN efectuado

sin orden judicial y fuera del proceso o por indicio en contra, es necesario señalar que, si bien, la presunción legal de que el hijo nacido después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido; puede ser impugnada y en consecuencia admite prueba en contrario, se ha de entender que aquella, la prueba, debe cumplir con las exigencias previstas en la Ley, pues solo la debidamente actuada, esto es, la pedida, presentada y practicada previa notificación contraria hace fe en juicio; el examen de ADN es una prueba científica, que requiere la designación y posesión de un perito, que actúa por disposición judicial, para cuya validez probatoria se fijan una serie de condiciones y responsabilidades; el informe de un examen de ADN que no cumple con estos requisitos no hace prueba en juicio. Solicitada la práctica de esta prueba científica, en el proceso y ordenado su cumplimiento, sin efectuarse por renuencia del demandado, se ha de apreciar como indicia en su contra, al tenor de lo dispuesto en el artículo 263 del Código Procedimiento Civil. Un indicio no es más que un medio de prueba indirecto, que se constituye en tal, en cuanto, apelando a las reglas de la experiencia el juez lo vincula con el hecho a probar en una relación lógica que le permite deducir la existencia o no del hecho sujeto a prueba. En este caso el indicio en contra de quien no acude a la práctica de un examen científico ordenado en el proceso, no implica, ipso facto, (de hecho) que tal renuencia por sí misma, obedezca a que el hecho que se pretende probar, inexistencia de nexo sanguíneo, sea tal, que le conduzca necesariamente al juez a dictar una sentencia que lo de por probado; ello porque el indicia lo muestra como muy posible o muy probable, pero no demuestra de manera irrefutable la existencia o la inexistencia de aquel; citando a Echandía el indicia es *“un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o principios científicos técnicos.”* (Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Bogotá Colombia. P. 588). En este caso la inasistencia reiterada a la práctica del examen de ADN, conduce a considerar que muy probablemente el demandado no tenga como padre al actor, pero en base a esta probabilidad, no se lo puede despojar de un componente esencial de su identidad que puede ser construida en base a presunciones, pero no destruida con indicios, al

tratarse de un derecho humano, constitucionalizado en el artículo 66.28. En materia de niñez y adolescencia, para construir una identidad en beneficio del niño, niño o adolescente, con derecho a una subsistencia digna, por disposición del artículo 10 de la Ley No. 0 publicada en el R.O.S. 283 de 7 de julio de 2014, la negativa del presunto progenitor a someterse a las pruebas científicas de ADN que el juez disponga, hace presumir de hecho la filiación habilitando la fijación de alimentos. Téngase en cuenta, que se trata de presunción legal y no de indicio en contra.

La presunción legal considera cierto un hecho, mientras no se pruebe lo contrario, estableciendo una verdad que puede ser destruida, en este caso, con un examen de ADN realizado por orden judicial y cumpliendo con todos los requisitos para su validez y no por un indicio en contra. No destruida la presunción legal de paternidad con un examen debidamente actuado, la paternidad del hijo nacido en matrimonio, corresponde al marido de la madre.

DECISIÓN

Con la motivación que antecede, 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”, desecha la demanda de impugnación de paternidad seguida por Winston Fernando Hidalgo Salavarría en contra de Israel Jacob Hidalgo Villón. Sin costas ni multas. **Notifíquese y devuélvase** los expedientes de instancia.

f) **Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO).**

VOTO SALVADO

Juicio No. 294-2016

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, miércoles 31 de mayo del 2017, las 09h11.-
VISTOS: (No. 294-2016)

1. ANTECEDENTES:

Este fallo, iniciará su análisis desde el considerando 4.1. Del Voto de Mayoría, a partir del inicio de la sentencia sustitutiva y luego de trabada la litis, siendo los antecedentes y consideraciones anteriores, de plena adherencia.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.-

1.1. SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD:

El artículo 66.28 de la Constitución señala:

- Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 28). El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espiritua-

les, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Principio/Derecho, encuentra su fundamento axiológico, en la dignidad humana y presupone una multiplicidad compleja de aspectos y elementos vinculados; unos de carácter, predominantemente, psicológico, somático, otros espirituales y/o culturales, religiosos, ideológicos, políticos, etc. Para el jurista peruano Fernández Sessarego, se trata de un “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, que perfilan el “ser uno mismo”, el ser diferente a los otros constituye, entonces, la identidad personal... la identidad, no obstante ser unitaria, presenta dos vertientes. **Una estática**, inmodificable a con tendencia a no variar... conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil, su edad y fecha de nacimiento etc.; y **otra dinámica**, mutable en el tiempo...que se refiere, en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad, constituida por los atributos y características de cada persona, desde

los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales”¹ (el énfasis me pertenece).

1.2. SOBRE LA FILIACIÓN EN RELACION CON EL DERECHO A LA IDENTIDAD.-

1.2.1. La filiación, no es otra cosa, que un conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y la maternidad que vincula a padres y madres, con los hijos/as dentro de la familia; relaciones que se establecen por diferentes caminos, y amplían esta noción de forma tal, que trasciende el ámbito legal y extiende su entendimiento a los principios constitucionales que coexisten y a veces, entran en contradicción: por una parte la *verdad biológica* y de otra la *protección de la familia*; la vida familiar, no sólo basada en el matrimonio, y/o en la convivencia, pues puede resultar de otros factores que demuestren la existencia de una relación constante que da paso a la creación de vínculos familiares de facto²; consiguientemente: “*el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria*”³.

1.2.2. Así las cosas, se recalca que para lograr la mayor concordancia posible entre las diferentes verdades, que, como ha venido sosteniendo este Tribunal configuran la identidad, siguiendo el pensamiento de Malaurie: la verdad afectiva, (verdadero padre es el que ama), la sociológica (que genera posesión de estado); la de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario querer serlo); la del tiempo, (cada nuevo día la paternidad o maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo)⁴, es sin duda, uno de los más importantes retos del derecho de familia; verdades claves, para la constitución de la identidad de las personas, que deben ser analizadas y ponderadas al momento de la aplicación del derecho, en cada caso.

1.2.3. En consecuencia, como se ha reiterado⁵, lo que habría que considerar son las circunstancias

fáticas particulares, en cada caso; es decir, poner de relieve: la edad del hijo/ hija, la conformación del grupo familiar en el cual está inserto, las relaciones familiares previas, y cualquier otra circunstancia, que mejor concilie todos los intereses en juego, si el hijo/hija goza de posesión de estado respecto de su padre biológico, o si el hijo/hija es tratada como tal, por el marido de la madre; lectura que deberá ser hecha, a la luz del derecho a la identidad, principio fundante de la dignidad humana.

2. SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.-

2.1. La caducidad, plazo prefijado, forma parte de los requisitos de procedibilidad y prosperidad de la acción; consiguientemente, si al momento de dictar sentencia el Juez o Jueza determina que ha operado esta institución jurídica, simplemente la declara, sin entrar al fondo de la cuestión debatida, declaración que hace tránsito a la cosa juzgada formal.

En esa línea, “*La cosa juzgada supone fundamentalmente inimpugnabilidad de la sentencia. Existe cosa juzgada en sentido formal cuando contra la sentencia no puede articularse recurso de ninguna naturaleza; la cosa juzgada, en sentido material se configura cuando la sentencia, además de no ser susceptible de ataque directo mediante la interposición de algún recurso también lo es de ataque indirecto a través de otro juicio que permita la obtención de un resultado distinto al alcanzado en el anterior juicio tramitado entre las mismas partes*”⁶. Queda claro, entonces, que si bien la cosa juzgada formal supone la inimpugnabilidad de la sentencia, se podría iniciar un nuevo juicio, entre las mismas partes procesales, para obtener, quizá, un resultado distinto al anterior.

2.2. La Corte Suprema de Justicia (fallo de triple reiteración), para los casos de niños, niñas y adolescentes, subraya la obligación, sin excepción, de aplicar el principio del interés superior, y, establece que las resoluciones sobre filiación de menores

¹ Fernández Sessarego, en Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia, Tomo II, Edit., 2006, pág. 708

² SENTENCIA 182-15, Jueza Ponente Rocío Salgado

³ Eduardo Zannoni, “Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: Nuevo paradigma en el Derecho de Familia?”, LL, 1998-C-1179

⁴ Malaurie, Philippe. En la semanine juridique 26/03/2003.

⁵ Juicio 0077-2015, voto salvado ponente Jueza Rocío Salgado, y Juicio 0182-2015 ponente Jueza Rocío Salgado, 0028-2016, voto concurrente, ponente Jueza Rocío Salgado.

⁶ CNAT Sala III Expte n° 3357/04 sent. 87720 28/4/06 «Parra, Gabriel c/ADECCO Recursos Humanos Argentina SA s/ despido» (Porta. Eiras.)

dictadas sin la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial (Resolución de Triple Reiteración 0, *Recopilación* 1998 de 01-ene.-1998).

2.3. Ahora bien, la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 131-15-SEP-CC (R.O.S. No. 513, 2/06/2015), elimina el plazo para la caducidad de la *acción de impugnación* de la paternidad, previsto en el artículo 236 del Código Civil, sentencia posterior al inicio del presente caso; en esa decisión la Corte Constitucional, no modula sus efectos temporales; debemos entender, por tanto, que rige para lo venidero (artículo 5 LOG-JCC), pues de otra manera hubiera hecho referencia expresa a su efecto retroactivo.

En virtud del respeto a la seguridad jurídica, y los derechos adquiridos, la regla general es que el efecto de las decisiones rigen hacia el futuro; en armonía con el artículo 436.2 CRE que destaca la invalidez, como efecto de la inconstitucionalidad del acto normativo, distinta a la nulidad, pues de operar ésta, ab initio no produce efectos jurídicos, comporta ineficacia intrínseca que no puede convalidarse o producir efecto jurídico alguno, por lo tanto, si una ley declarada inconstitucional tiene como consecuencia la nulidad, el fallo proferido tendrá efectos ex tunc (retroactivo), en cambio, con la invalidez, los efectos de la misma son hacia el futuro.

2.4. En esta lógica, según lo analizado, los casos de filiación, pueden causar cosa juzgada formal o material; en el primero se deja abierta la posibilidad de volver a presentar la acción, reforzado por el hecho que tanto la Corte Constitucional y posteriormente la Asamblea⁷, eliminan el plazo para que opere la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad; es decir, que no existe impedimento constitucional ni legal para que el impugnante la vuelva a interponer.

2.5. La razón es clara, un escenario de vigencia del estado constitucional de derechos y justicia, en el que la tutela judicial efectiva, es derecho consagrado; la Carta Mayor, (artículo 75) otorga a las y los ciudadanos, el derecho a acceder a los órganos de

administración de justicia, para hacer valer sus intereses, y a obtener, de estos servidores judiciales, un pronunciamiento que garantice su vigencia y efectividad, en concordancia con el artículo 23 del *Código Orgánico* de la Función Judicial.

2.6. En este orden de ideas, los principios de celeridad y eficiencia en la administración de justicia, recogidos en los artículos 18 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, garantizan a las y los ciudadanos ecuatorianos a no permanecer, más del tiempo estrictamente necesario, en estado de indefinición jurídica, es decir que el trámite concluya sin mayores dilaciones, dentro del menor tiempo posible, cumpliendo su finalidad a través del pronunciamiento del fondo de la cuestión debatida (tutela judicial efectiva artículo 75 CRE); más aún, en temas de filiación, en los que se debate el derecho constitucional a la identidad; consecuentemente, se espera debida diligencia reforzada. Lo señalado posibilita el conocimiento de la presente causa.

3. SOBRE LA PRESUNCIÓN DEL MARIDO COMO PADRE

3.1. Se ha dicho que:

- *“...las presunciones de matrimonialidad son fruto de una clasificación superada de reconocimiento o no de derechos entre hijos nacidos dentro de matrimonio (hijos legítimos y por tanto con protección total a nivel jurídico) o fuera de él (hijos ilegítimos, y por ende sujetos a la vulneración y distinción discriminatoria de sus derechos). Distinción producto de una concepción del matrimonio como fuente de la familia legítima y objeto principal de la regulación del derecho de familia, otorgándole carácter de sagrado, depositando en él: “el valor de la tradición y de las creencias de una nación... ante todo subordinar la norma jurídica a la moral, a la recta razón y a las verdades trascendentes de la religión”⁸. Matrimonio basado en postulados del cristianismo y particularmente en el Derecho Canónico. Presunción de paternidad que respondía “a las costumbres y moralidad de una época en que la protección a la familia matrimonial era absoluta y por encima de cualquier otra forma de*

⁷ Ley Reformatoria al Código Civil, R.O.S. No. 526, 19/06/2015

⁸ J. LARREA HOLGUIN, Compendio de Derecho Civil del Ecuador, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 1968, pág. 258

organización social. Anteriormente la dificultad probatoria para determinar la paternidad o no del marido, obligó a crear sistemas de impugnación de paternidad cerrados, y cuya legitimación activa era dada exclusivamente al marido”, de ahí que contra esta presunción no cupiese prueba en contrario[...] en el contexto de un estado constitucional de derechos y justicia que reconoce la prevalencia e importancia del vínculo padre-hijo/a, por sobre la relación conyugal y, el desarrollo de la ciencia; la presunción de la paternidad del marido, pierde fuerza, admite prueba en contrario y no es de obligatoria aplicación, en razón de que se puede establecer la filiación de muchas formas y con mayor certeza, elementos que convierten a esta presunción en simplemente legal”⁹.

3.2. La Constitución (2008), constitucionaliza el derecho de familia; abre las perspectivas jurídicas para tutelar sus diversos tipos¹¹; remarca la igualdad y la individualidad de sus miembros, alejándose de la familia patriarcal, desconociendo las diferencias de su origen legal o de facto; desvincula la familia del matrimonio, depura las diferencias entre la filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción. Tutela los derechos y libertades personales y patrimoniales de los cónyuges y/o convivientes; y de las hijas e hijos, considerados no solo en su dimensión familiar, sino en su calidad de sujetos de derechos. Se protege los derechos de las madres y padres en igualdad; derechos y responsabilidades de jefas o jefes de hogar.

Al integrar a la Familia dentro del capítulo de los derechos de libertad, subraya la voluntad responsable de conformarla, dicho de otro modo, en usa de la autonomía de la voluntad a la luz del principio de libre desarrollo de la personalidad, su elección supone un acto de libertad.

Sin embargo, cabe destacar el criterio del legislador que, en el artículo 233 CC reformado (19/06/2015, R.O.S. 526), ordena:

- “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá

impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)...”.

4.- EN EL CASO CONCRETO.-

4.1. Consta del proceso, la inasistencia reiterada a la práctica del examen de ADN, renuencia que según el artículo 263 CPC, “será apreciada por el juez como indicio en contra (del renuente)”;

debiendo esta prueba, actuada dentro de un juicio de impugnación de paternidad ser decisiva, cumpliendo los requisitos legales: la solicitud, la orden de efectuarla por autoridad competente, y el desarrollo de la diligencia con observancia de las formas procesales, con garantía de los principios de contradicción y publicidad; sin dejar lugar a dudas, permitiendo establecer de manera cierta la identidad biológica del hijo/a.

4.2. Por su parte, de la confesión rendida por el actor, queda demostrada la relación parento-filial desde el momento del nacimiento del demandado, e incluso antes, cuando acompañaba, periódicamente, a la madre a los controles prenatales, en la elección del nombre, y en el trato de hijo; así fue recibido por parientes, vecinos y amigos, haciendo visible el emplazamiento, del demandado en la familia, por la vinculación jurídica y social de quienes aparecen como sus padres, aspecto relevante, para la dimensión dinámica de la identidad.

Se subraya que el Derecho de Familia, contiene normas y principios que le son propios, dada la naturaleza de sus relaciones, en esta razón, para estos casos, se impone el principio pro-persona, es decir, la exigencia para las y los juzgadores de una lectura conjunta y armónica de las circunstancias fácticas y de las normas elegidas, en privilegio de su espíritu, fines, y marco axiológico de la Carta Mayor, preservando los valores éticos y sociales, sopesando las verdades, pues, conjuntamente, con la verdad biológica existen otras verdades que no pueden ser ignoradas: la social, la afectiva, la psicológica, verdades claves en la identidad de la persona.

Por lo expuesto, en este caso, queda demostrado que no se trata de una paternidad aparente,

⁹ Eva Camacho Vargas, Jueza de Familia, Primer Circuito Judicial de San José y Magistrada Suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, La filiación matrimonial y la presunción de paternidad del marido, <http://www.poderjudicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-1?id=21>

¹⁰ Juicio no. 192-2014, Jueza Ponente: Rocío Salgado Carpio, voto salvado

¹¹ Formas de vida familiar u otras formas de convivencia

simplemente formal, producto de una presunción legal, sino que la paternidad formal coincide con la verdad material.

5. DECISIÓN EN SENTENCIA.- En tal virtud, el Tribunal Único 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”, desecha La demanda

de impugnación de paternidad, seguida por Winston Fernando Hidalgo Salavarría en contra de Israel Jacob Hidalgo Villón. Sin costas ni multas.-

Notifíquese y Devuélvase.

f) Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



IV

Causa No. 101-2017
Resolución No. 200-2017
Fecha: 31 de julio de 2017

TEMA: Divorcio por causal. Valoración de la prueba. La prueba debe valorarse en conjunto atendiendo los principios de la sana crítica. La falta de armonía se debe determinar a partir de manifestaciones externas, objetivas que indiquen la imposibilidad de armonía conyugal.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Comparece el actor para demandar la disolución del vínculo matrimonial señalando que tiene una hija de 10 años de edad de una relación anterior, circunstancia conocida por la esposa antes del matrimonio, a pesar de lo cual, este hecho generó una serie de reclamos, actitud hostil, celos infundados, malos tratos físicos, verbales y conductas inapropiadas, por parte de ella y que finalmente abandona la casa en diciembre del 2013, llevándose al hijo común a la ciudad de Quevedo en donde reside actualmente, sin que existan hasta la fecha relaciones conyugales de ninguna índole.- Con fundamento en la causal 3ª del Art. 110 del Código Civil, demanda a su esposa, en juicio verbal sumario a fin de que en sentencia se declare disuelto el vínculo matrimonial que los une.- La demandada se opone al divorcio solicitado y deduce como excepciones: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; falta de legitimación activa del actor para proponer la presente demanda en virtud de ser ella la cónyuge agraviada; entre otras.- Agotada la tramitación de la causa se dicta sentencia, la señora Jueza considera que la desaparición de la "affectio conyugal", principio básico en el matrimonio, por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales. No se puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, por lo cual, declara con lugar la demanda.- Se dispone que el menor quede bajo la tenencia y cuidado de su madre debiendo su padre suministrarle la pensión alimenticia correspondiente.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La demandada interpone recurso de apelación ante la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en el Cantón Quevedo. Luego del análisis realizado por el Tribunal de Apelación, este concluye que la actitud hostil por parte de la demandada debería tener carácter de reiterada, con manifestaciones externas y objetivas de la falta total de armonía que impida una vida matrimonial normal, son hechos que debían ser probados por el actor, lo cual no ha sucedido, visibilizándose más bien que la demandada era la cónyuge agraviada lo que se acredita con un examen psicológico de valoración en el que se determina que existen signos y síntomas de violencia intrafamiliar psicológica ejercida en su contra por el esposo, por lo que se acepta el recurso de apelación y se revoca la sentencia.

SÍNTESIS CASACIÓN

Por no estar de acuerdo con el fallo de instancia el actor plantea recurso de Casación, enmarcándolo en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, censurando la errónea interpretación de los artículos 122 y 124, 207 y 216.7, del Código de Procedimiento Civil, lo que ha conducido a la no aplicación de la norma prevista en el Art. 110.3 del

Código Civil. La Sala de Casación advierte quebranto en las normas denunciadas, pues el juicio de hecho, contraviene objetivamente los parámetros de racionalidad y de objetividad. Si bien es cierto que los jueces gozan de autonomía en la valoración probatoria. Queda excluido de la sana crítica la arbitrariedad y el absurdo cuando el juez el Juez formula una conclusión contraria a la razón. CASA la sentencia y al haberse configurado la causal que refiere al estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, se declara disuelto el vínculo matrimonial por divorcio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 12203-2014-12508

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpio

SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, a lunes 31 de julio del 2017, las 11h09.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES. 1.1. Relación de la causa:

Comparece el ciudadano Byron Wladimir Alvarez Ibarra, y demanda el divorcio por causal a Cynthia Gissela Fuentes Cuesta. En primera instancia se declara con lugar la pretensión del actor y se disuelve el vínculo matrimonial; apelada que fue esa resolución, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en el cantón Quevedo, en sentencia de 11/04/2017, las 10h57, acepta el recurso de apelación y revoca la sentencia venida en grado.

1.2. Actos de sustanciación del recurso:

El accionante interpone recurso extraordinario de casación, lo enmarca en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y es admitido a trámite por la conjuera Janeth Cecilia Santamaría Acurio, mediante auto de 08/05/2017, razón por la cual, accede a este tribunal de justicia para su conocimiento y resolución.

2.- Competencia.- Este tribunal es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con los artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;¹ artículo 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la

Judicatura de Transición N° 004-2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 01 -2015 de 28 de enero 2015, respecto a la nueva conformación de la Sala de este Órgano Jurisdiccional. En virtud del oficio No. 1074-SG-CNJ-ROG, de 17 de julio de 2017, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, actúa el doctor Alejandro Arteaga García, Conjuera Nacional, en reemplazo de la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, por estar en goce de licencia.

3. NATURALEZA DE LA CASACIÓN.- Recurso extraordinario, que implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias y autos definitivos, provenientes por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad; el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las 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

¹ Ver Suplemento del R.O. N° 38 del 17 julio 2013.

de fondo de los cargos. Ha de insistirse, también, en que éste medio extraordinario de impugnación no constituye una tercera instancia, y por tanto, no le otorga competencia a la Corte para juzgar el pleito y 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 a aplicar para rectamente dirimir el conflicto. Actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo, en aras a la seguridad jurídica, principio fundamental del estado constitucional de derechos y justicia; la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4. Cargos en contra de la sentencia impugnada y fundamentos del recurso:

El recurrente, censura, bajo la causal tercera del artículo 3 de la Ley de casación, por:

- Errónea interpretación de los artículos 122 y 124 del Código de Procedimiento Civil “*sobre la definición y apreciación de la confesión judicial, en tanto y cuanto es declaración o reconocimiento contra sí mismo que hace una persona;*”.
- Errónea interpretación de los artículos 207 y 216.7 íbidem “*...la apreciación de la declaración testimonial y la falta de imparcialidad, como es de la testigo de la parte demandada o la diminuta y antojadiza apreciación de las declaraciones de los testigos del actor, lo que ha conducido en consecuencia, por la errada interpretación, a la no aplicación de la norma de derecho prevista en el Art. 110, causal 3, del Código Civil.*”
- “*En cuanto al examen psicológico... , no toma en cuenta lo manifestado en el Numeral 7, RESULTADO DE LOS REACTIVOS APLICADOS, donde se indican algunos de los caracteres de la demandada en cuanto es persona con impulsividad, irritabilidad, defensividad, conductas dominantes, hostilidad, tendencias a manipular, etc.,*

lo que demuestra consecuentemente la apreciación parcializada y antojadiza de la prueba.”

5. PROBLEMA JURÍDICO.-

¿Se ha violentado los presupuestos jurídicos de valoración probatoria, al acreditar como dadas, las injurias graves o actitud hostil que manifiestan un estado habitual de falta de armonía del artículo 110.3 del Código Civil?

6.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.- CUESTIONES PREVIAS.-

6.1.- En acuerdo al diccionario de la real academia de la lengua, las injurias suponen hechos o insultos que ofenden a una persona, por atentar contra su dignidad, honor, credibilidad, etc., su sinónimo es agravio; en tanto que lo hostil, es la actitud o el acto, con el que una persona muestra a otra ser contrario o enemigo.

Eduardo Zannoni, experto argentino en temas de la familia, considera que las injurias, en los casos de divorcio, remiten a la ofensa o menoscabo de un cónyuge a otro, es decir, a las palabras, conductas, actitudes que agravan a uno/a de los miembros de la pareja; desde esta perspectiva, añade el doctrinario, todas las causales de divorcio podrían, en un intento de síntesis, encerrarse en la genérica calificación de *injurias*, quien duda, añade, que por ejemplo, “*el adulterio infiere una gravísima ofensa o menoscabo al otro/a cónyuge, lo mismo que la tentativa de uno de los cónyuges a la vida del otro.*”²

De otro lado, ese mismo autor, destaca los elementos de la causal injurias: la voluntariedad y la gravedad; subraya, “*...que no existe sinonimia entre la injuria como delito del derecho penal-que exige el animus iniuriandi- y la injuria como causal de divorcio, lo que si se imputa al cónyuge, es que sus actos provocan objetivamente ofensa, humillación y menoscabo... de tal forma que la voluntariedad del agravio se refiere exclusivamente, a su imputabilidad al cónyuge ofensor... haya o no existido la intención deliberada de ofender*”³.

Estudios realizados desde el género, como categoría de análisis, dan cuenta que las relaciones de poder en la pareja, terminan por imponer la subordinación de uno/a de los cónyuges, de forma tal, que se naturaliza una forma de relación basada en la desigualdad y, el trato discriminatorio pasa a ser parte

² Eduardo Zannoni, Derecho de Familia. Tomo 2, p. 83. Edit. Astrea, B. Aires 2002.-

³ Íbidem.

del comportamiento habitual, es decir, no se necesita pensar para ejecutarlo, simplemente, se actúa.

6.2.- La gravedad, sostiene Zannoni, “...son aquellas conductas que ofenden humillan o menoscaban a un cónyuge por que exceden los límites que exige el respeto mutuo, la comprensión recíproca... (y, por fin remarca) no se requiere que, ineludiblemente que las injurias sean reiteradas (pues) un solo hecho puede revertir la gravedad suficiente para constituir causa de divorcio...”⁴.

6.3.- En esa línea de análisis es importante mencionar que el catálogo de causales de divorcio reformadas con la Ley Reformatoria al Código Civil (Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015); la causal tercera, que se invoca en este caso, es suprimida en su primera parte de forma tal que se mantiene, únicamente, *el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial*.

6.4.- Ahora bien, siguiendo el intento de síntesis, de Eduardo Zannoni, también podríamos decir, que todas las causales de divorcio, antes de la reforma y luego de ella, podrían ser agrupadas bajo la denominación de violencia intrafamiliar que trae la Convención para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, artículos 1 y 2:

1. Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (Subraya la Sala).

2. Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. *que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual*⁵ (énfasis fuera de texto).

6.5.- Los estudios multidisciplinarios sobre la violencia en las relaciones de pareja, dan cuenta que este fenómeno social, tiene como sustento el desigual ejercicio del poder entre los contrayentes, asunto palmariamente visible a partir de cuatro grandes ejes: a) *la fuerza o violencia –tanto de tipo físico como psicológico– (la amenaza con la violencia puede inducir a que otros obedezcan a nuestras demandas); b) el control de los recursos (poder económico o control de los recursos básicos); c) las obligaciones sociales (en una relación, la parte que tiene más obligaciones sociales, está en una situación de inferioridad en cuanto al poder); d) la ideología (conjunto de creencias que justifican la desigualdad o las diferencias de poder)*⁶; en otras palabras, la violencia en la pareja no se expresa únicamente con la agresión física; la desigualdad de facto, incluye otros elementos que permanecen ocultos en los estereotipos de género⁷, que dan por hecho que “*ser mujer*” impone la dedicación exclusiva a las tareas de cuidado, sumada la responsabilidad de mantener el matrimonio, inclusive, a costa de su propia integridad.

6.6.- Expertas juristas, como la española Elena Larrauri analizan, a la luz de los debates norteamericanos, las características que distinguen a las mujeres que ejercen violencia en el seno de la familia, determinando indicadores que diferencian, este tipo de acciones, con las ejercidas por los hombres: su menor intensidad; la finalidad de tales actos, que generalmente son de carácter defensivo; los motivos por los que se las ejercen, los mismos que suelen ser por conflictos concretos y no como parte de una estrategia para intimidar o someter; y “*la violencia de la mujer no tiende a producir una sensación de temor perdurable y omnipotente, [...] puesto que es una infracción de su rol como mujer, en tanto que la del hombre puede ser vista como una reafirmación de su rol como cabeza de familia*”⁸, lo que implica que como es una acción naturalizada no se la evidencia y mas bien, se califica como “mutuas”, las acciones violentas, aunque no sean equiparables por las razones expuestas.

⁴ Eduardo Zannoni, Derecho de Familia. Tomo 2, p. 84. Edit. Astrea, B. Aires 2002.-

⁵ Tratado Internacional firmado y ratificado por el Ecuador 1995. Fecha 09/06/1994- R.O.: 728 de 30/06/1995

⁶ Morales Morante María Elena. *El poder en las relaciones de pareja*. Universidad de Granada. 2005. p. 19

⁷ Se entiende por estereotipos de género “*la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales [...] es un término general que se refiere a ‘un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres’*” en “Estereotipos de Género. Perspectivas legales transnacionales” de Rebecca J. Cook & Simone Cusack, págs. 15; 26.

⁸ Elena Larrauri. “Criminología crítica y violencia de género”. Editorial Trotta. España. Pág. 21

El artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.

6.7.- Ahora bien, cierto es, que los jueces/as de mérito, gozan de especial autonomía en la valoración probatoria, sin embargo, habrán de cuidar los límites de la discrecionalidad; queda excluida de la sana crítica: la arbitrariedad (acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho-RAE); el absurdo (cuando el juzgador por error, formula una conclusión contraria a la razón, la lógica, la justicia o las leyes); el criterio del juez, la jueza, deben responder a su convicción a razón vista: los motivos lógicos y la razonabilidad de los hechos probados.

6.8.- La valoración de la prueba en conjunto; supone, en armonía con la doctrina: *“La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento total del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto...”* (Florian, E. 2008:139)⁹, el examen integral, pleno y completo, es una exigencia para los juzgadoras, pues un medio de prueba junto a otros, puede tomar un significado distinto del que se le daría de considerarlo en forma separada. El concepto de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, hoy se subrayan, básicamente, dos elementos: a) *la lógica*, con sus principios de identidad, contradicción, razón suficiente y, tercero excluido y b) *las máximas de experiencia* o *“reglas de la vida”*, a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre. A ello, se agregan c) *los conocimientos científicos* (según lo contemplen las normas), y d) *la obligación de motivar la sentencia*¹⁰.

7.- SOBRE EL PROBLEMA JURÍDICO:

7.1.- Los artículos 122, 124, 207 y 216.7 del Código de Procedimiento Civil, alegados como erróneamente interpretados, tratan en su orden: la definición de confesión judicial; apreciación de la confesión judicial; apreciación de la declaración

testimonial; y sobre los testigos no idóneos por falta de imparcialidad.

7.2.- Censura el casacionista, falta de aplicación del artículo 207 CPC, *“Los jueces y tribunales apreciaran la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que estos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran.”*, manifestando que el Tribunal de alzada realiza una *“...diminuta y antojadiza apreciación de las declaraciones de los testigos del actor...”*.

7.3. En el considerando NOVENO, de la sentencia, se dice: *“...El demandante presenta como prueba de su parte las declaraciones testimoniales, las mismas que ... hacen referencia tan solo a la separación de los cónyuges, sin precisar fechas y no se refieren en lo absoluto a la actitud hostil ya que el interrogatorio tampoco se hace referencia a tal actitud. La confesión rendida por la demandada tampoco le favorece al actor, la actitud hostil habitual de la demandada hacia su marido durante el matrimonio debió ser acreditada fehacientemente en el proceso, con indicación de hechos concretos y que tales hechos o manifestaciones se hayan mantenido en forma reiterada y que se hayan producido las manifestaciones externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges, que imposibilite la vida matrimonial. Estos hechos no han sido probados por el actor.- Por el contrario con el análisis al testimonio de la señora Silvia María Quiñonez Chávez, constante a fs. 50,... se demuestra que la demandada es la cónyuge agraviada lo que se acredita con el examen psicológico de valoración que consta fs. 133 a 137 de autos, en el que se ha determinado que existen signos y síntomas de violencia intrafamiliar, psicológica, ejercida en su contra por el esposo...”*;

7.4.- Así las cosas, para este Tribunal, es clara la falta de valoración integral de los dichos de los testigos del actor; el juez plural, construye su criterio sobre la lectura amputada de las respuestas dadas; no toma en consideración el testimonio del testigo Luis Fernando Bastidas Molina, quien en respuesta a las preguntas 7 y 8, detalla las agresiones físicas y verbales recibidas por el actor; examen parcial que

⁹ Eugenio Florian, “Resultado de las pruebas y su apreciación”, en “Valoración judicial de las pruebas”, Fernando Quiceno Alvarez (comp.), editora jurídica de Colombia, 2008, Pág. 139

¹⁰ **González Castillo Johel**, LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LA SANA CRÍTICA Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2006

provoca una valoración incompleta e imprecisa de la testimonial, error que afecta la decisión de la causa, al colegir que: “...no se refieren en absoluto a la actitud hostil ya que en el interrogatorio tampoco se hace referencia a tal actitud...”, sin considerar, como advierte el casacionista, un segundo informe psicológico que da cuenta del estado psicológico de la demandada: “...se pudo evidenciar en los resultados de las pruebas aplicadas; desconfianza, susceptibilidad, impulsividad, irritabilidad, defensividad, conductas dominantes, hostilidad, baja autoestima, tendencia a manipular, se muestra indiferente a los halagos o las críticas de los demás, muestra frialdad emocional, distanciamiento o aplanamiento de la afectividad...”, cuyas conclusiones son: la demandada “...denota afectaciones emocionales leves, que no le causan impedimenta en su desempeño cotidiano... Se sugiere que la usuaria se someta a tratamiento psicoterapéutico para reforzar su estabilidad emocional y elevar su autoestima.” Con lo que queda expuesta la lectura incompleta de este medio de prueba, error que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, al colegir que no se han “producido las manifestaciones externas, objetivas de la falta total de armonía de los cónyuges, que imposibilite la vida matrimonial”.

7.5. Es importante recordar que, a través de los medios de prueba, los operadores de justicia reconstruyen los hechos, conductas y circunstancias materia de análisis, con la finalidad de formar la convicción de la verdad de los hechos y, resolver en derecho.

Ahora bien, en este caso, no se puede dejar pasar por alto, desde el análisis integral, que la falta de armonía en cuyo contexto se desarrolla esta relación transversalizada por desbordes emocionales, que afectan la integridad física y psíquica de la pareja, se invisibiliza la violencia psicológica, que generalmente, es la que genera mayor lesividad, porque se mantiene en el fuero interno de quien la sufre, ocultando su efecto intimidatorio y resultados devastadores.

7.6. En este sentido, se hace necesario subrayar, que no es lo mismo, un acto violento por ejercicio abusivo del poder y otro que se ejerce en defensa

de la integridad personal, darles la misma calidad, sería desconocer la realidad y cometer una arbitrariedad; las actitudes defensivas en el marco de una relación desigual, no llegan a ser intimidatorias ni producen temor perdurable en la otra parte, en este caso, se hacen evidentes por venir de una mujer que infringe su rol pasivo y opaca las acciones, y expresiones hostiles de su cónyuge.

7.7. De otro lado, el artículo 81 del Código Civil¹¹ al definir el matrimonio, resalta sus fines: vivir juntos, guardarse mutua lealtad, ser solidarios y perpetuar la especie; objetivos de los contrayentes hacen suyos al iniciar su proyecto de vida común y, que deberán fortalecerlos, cotidianamente, en el marco de la afectividad, los sentimientos y las emociones que se gestan y desarrollan en el núcleo familiar. Sin embargo, en este caso, ha quedado demostrado, que estos fines han desaparecido.

La Constitución de la República, al consagrar como garantía *la vida libre de violencia, la igualdad y no discriminación*, da cuenta del compromiso del Ecuador con los tratados de derechos humanos; en esta línea de reflexión, la condición de garantes, de la que estamos investidos/as los y las juezas ecuatorianos, obliga observar ese compromiso, proscribiendo toda manifestación de violencia, para fortalecer los derechos que derivan de la dignidad, pilar fundamental de los derechos humanos.

7.8.- En esa virtud, la Sala advierte quebranto de las normas denunciadas, pues el juicio de hecho, contraviene objetivamente los parámetros de racionalidad y de objetividad, haciendo innecesario el análisis de los otros yerros normativos; el cargo prospera.

8. DECISIÓN EN SENTENCIA.- Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, con sede en el cantón Quevedo, el 11 de

¹¹ Art.81 (Definición).- 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.

abril de 2017, las 10h57; y, al haberse configurado la causal que refiere al estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, se declara disuelto el vínculo matrimonial por divorcio. Sin costas ni multas. **Notifíquese y devuélvase.**

f) **Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dr. Alejandro Arteaga García CONJUEZ NACIONAL.**





CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



Gaceta
Judicial