Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXIII

2018

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 3

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
Octubre 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 Rios
Av. del Maestro OE1-90 y Av. Galo Plaza Lasso
Teléfono: 3953500 ext. 22465

Gaceta Judicial

año 2018

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

RESOLUCIONES DEL PLENO

R: 01-2018	Integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.	1151
R: 02-2018	Instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia.	1153
R: 03-2018	Procedimiento consultas de jueces.	1155
R: 04-2018	En los procesos sumarios cuya pretensión principal sea la fijación de pensión alimenticia de niños, adolescentes o personas con discapacidad, la inasistencia a la audiencia única del accionante obligará al juzgador a emitir inmediatamente un auto interlocutorio ratificando la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda.	1158
R: 05-2018	Autoridad competente para resolver la excusa de un juez. La negativa de una excusa presentada por un juez o conjuez tendrá el carácter de definitiva y no puede ser revisada por un tribunal superior.	1164
R: 06-2018	La consulta de oficio sobre las decisiones de los jurados de capitanes, previstas en los artículos 23 y 24 del Código de Policía Marítima, al no tener carácter jurisdiccional, no son de competencia de la Corte Nacional de Justicia.	1167
R: 07-2018	Aclaración de dudas respecto de la citación por carteles en el exterior.	1176
R: 08-2018	Trámite de excusas y recusaciones.	1183
R: 09-2018	Procedimiento abreviado: Oportunidad para proponerlo por el fiscal, competencia para conocerlo, pena mínima a imponerse.	1187
R: 10-2018	El procedimiento directo en el caso de delitos contra la propiedad calificados como flagrantes, es aplicable cuando concurran dos presupuestos. 1.- La pena máxima sea de hasta cinco años de privación de libertad; y, 2.- El monto del perjuicio ocasionado no exceda de treinta salarios básico unificados del trabajador en general	1198
R: 11-2018	Aclaración de las dudas respecto de la competencia de las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.	1204
R: 12-2018	Aclaración respecto de la aplicación de la disposición transitoria décimo quinta de la Ley Orgánica para la reactivación de la economía, fortalecimiento de la dolarización y modernización de la gestión financiera.	1215

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 596-2018 J: 2016-01340	Declaratoria de nulidad del acto administrativo originado en un recurso administrativo inexistente.	1221
II. R: 808-2018 J: 17811-2016	Indemnización de daños y perjuicios e indemnización pecuniaria reparatoria por daño moral.- Responsabilidad del Estado por retardo injustificado en la administración de justicia.	1238
III. R: 245-2018 J: 17811-2013	El riesgo excepcional como fuente de responsabilidad objetiva del Estado.	1265
IV. R: 820-2018 J: 17811-2017	Acción de controversias contractuales, para el pago de obligaciones derivadas de una relación contractual previa entre el Estado y prestadores privados, diferencia con el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.	1279
V. R: 855-2018 J: 17741-2010	Responsabilidad objetiva del Estado, en casos de negligencia médica.	1286
VI. R: 1013-2018 J: 11804-2017	Las riberas de los ríos son bienes de dominio público y es potestad de los gobiernos municipales controlar su uso, así como preservar y garantizar el acceso efectivo a las mismas.	1300

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 227-2018 J: 17751-2018	Acción Objetiva de Anulación, respecto al principio de reserva de ley para la creación de tasas.	1313
II. R: 272-2018 J: 17510-2016	El Impuesto a la Renta, en materia de Hidrocarburos, se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial (es decir el precio promedio ponderado el último mes de ventas hecho por PETROECUADOR cuando el precio de venta sea mayor al referencial).	1346
III. R: 205-2018 J: 09501-2015	Impugnación de resolución que establece diferencia a pagar por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011, aplicación del principio de esencia sobre la forma.	1394
IV. R: 411-2018 J: 09501-2017	Aplicación de métodos de valoración de determinación del valor en aduana de las mercancías importadas por parte de la SENAE. Valoración de las mercancías en aduana y su carácter confidencial o protegido que consta en las bases de datos de la SANAE.	1408
V. R: 250-2018 J: 09504-2014	Principio *nullum tributum sine ledge* (no hay tributo sin ley) y el principio de legalidad, así como criterios doctrinarios relativos a la naturaleza del hecho generador, su calificación, la esencia económica y la compensación.	1422

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI. R: 491-2018 J: 17510-2015	La SENAE en ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica contravención de competencias atribuidas a otras autoridades, ya que dichas competencias son estrictamente en el ámbito tributario- aduanero, por lo que de ninguna manera desconoce lo resuelto por otras autoridades.	1450

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

I. R: 1021-2018 J: 11258-2016	Delito: Trata de personas incluida la prostitución forzada. La prostitución forzada es la situación en la cual la víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos de contenido sexual que involucran su cuerpo para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello. Este delito convierte a la persona en objeto que se puede "comercializar", lo que conlleva a su "cosificación".	1483
II. R: 1730-2018 J: 07308-2016	Delito: Violación. En el presente caso, el "conocimiento de la víctima con anterioridad" es una circunstancia constitutiva de la infracción y no una agravante; por ende no debe tomarse en cuenta para aumentar la pena impuesta al procesado. Las circunstancias constitutivas de la infracción, son los supuestos de hecho que se encuentran descritos en el tipo penal, mismos que son considerados como parte integrante de la conducta penalmente relevante y por consiguiente ameritan la pena prevista por el legislador por el cometimiento del injusto. Una circunstancia agravante es un supuesto fáctico no descrito dentro del tipo penal, que aumenta la malicia del acto, la alarma que produce la infracción dentro de la sociedad o la peligrosidad de sus actores.	1495
III. R: 539-2018 J: 17282-2016	Delito: Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. La norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que las adicciones son un problema de salud pública; por lo tanto existirá contravención a lo dispuesto, cuando a pesar de que probatoriamente se determine que él o la procesada es farmacodependiente, se penalice su acción consumidora debido a que la sustancia encontrada en su poder supere el peso límite permitido en la tabla emitida por el CONSEP.	1509
IV. R: 2120-2018 J: 07281-2014	Delito contra la seguridad interior del Estado. La causal de casación por indebida aplicación de la ley tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a un determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta aplicada; su convergencia radica en que, el hecho fáctico, tras la valoración probatoria, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene. Para que el tribunal juzgador dicte una sentencia condenatoria, no solo le es necesario comprobar la existencia de la infracción, sino instituir con certeza, conforme la prueba y su valoración, al o los responsables de aquella infracción con la determinación de su grado de participación, de lo contrario la misma norma exige confirmar el estado de inocencia de los procesados.	1518

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V. R: 1380-2018 J: 17721-2016	Delito: Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. El Tribunal de Casación cambia el criterio determinado en el Precedente Jurisprudencia No. 12-2015, razonando que en los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos constantes en el artículo 220 del COIP, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente dosificada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal.	1534
VI. R: 1855-2018 J: 17269-2006	Delito: Violación. Cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, el juzgador que la escuchó, debe valorar y motivar la credibilidad que le otorga desde una triple perspectiva: i) Que no exista incredibilidad subjetiva ii) Debe existir una verosimilitud de lo narrado por la víctima, enlazando su testimonio con el resto del acervo probatorio que robustezcan la credibilidad del relato; y, iii) Debe existir una persistencia en la incriminación, determinando que lo relevante en los dichos es que el núcleo central sea mantenido.	1551
VII. R: 1526-2018 J: 1246-2015	La nulidad constitucional no necesariamente se debe alegar ante el Tribunal de Casación como un cargo propio del recurso. La nulidad constitucional por falta de motivación es un mecanismo que procura la materialización de la tutela judicial; la garantía de motivación es exigible en cualquier tiempo respecto a todo acto judicial. Los cargos casacionales estriban en violaciones legales contenidas en la sentencia de apelación que deben encasillarse en modos de error específicos a manera de control de legalidad concreto. Por ende la alegación de falta de motivación no requiere inexorablemente ser encasillada dentro de uno de los modos de error previstos en la legislación procesal penal para el recurso de casación. El Tribunal determina además parámetros para considerar motivado un fallo de apelación.	1563
VIII. R: 1530-2018 J: 0874-2016	Delito: Violación. Al momento de resolver el recurso de casación se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que las o 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. Empero, la facultad de auscultar errores de derecho en la aplicación del método de valoración probatoria consignado en la legislación penal es una circunstancia totalmente procedente en sede de casación.	1579
IX. R: 598-2018 J: 13283-2015	Delito: Abuso de confianza. El delito se constituye cuando el mandatario rebasa las funciones a él confiadas y ejecuta actos de dominio sobre la cosa. El abuso de confianza es una especie de defraudación que por su naturaleza exige que entre el sujeto activo y pasivo exista una relación de confianza.	1590
X. R: 1341-2018 J: 17282-2015	Delito: Lavado de Activos. El Principio de Favorabilidad debe analizarse de manera que el juzgador posea los elementos necesarios y la plena convicción para aplicarlo al caso concreto, por ello, su determinación deviene en la necesidad de establecer qué norma legal es más favorable, en este contexto, implica una sucesión de leyes penales en el momento de la realización de la conducta punible	1597

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

XI. R: 1577-2018 J: 11282-2014	Delito: Sabotaje a Servicios Públicos o Privados. Cabe el recurso de casación penal cuando la subsunción efectuada por el juzgador de alzada no corresponde al contenido fáctico en relación con la prueba; y, por ende, existe yerro en la adecuación típica que realizó el juzgador de segundo nivel, toda vez que este, en base a un análisis sesgado, establece los elementos constitutivos del tipo penal de manera errónea.	1617
XII. R: 2079-2018 J: 23281-2017	Delito: Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. El Tribunal de Casación considera que, para la aplicación de la atenuante trascendental contemplada en el artículo 46 del COIP, debe cumplir cuatro requisitos a saber: 1 Precisión, 2. Verisimilitud, 3. Comprobación; y, 4 Relevancia.	1626
XIII. R: 1494-2018 J: 1447-2015	Delito: Asesinato. El Tribunal de Revisión acepta el recurso por haberse demostrado un error de hecho en su juzgamiento, mediante prueba testimonial nueva, que destruye la cosa juzgada, debiendo restituirse el estado de inocencia del recurrente.	1631
XIV. R: 1533-2018 J: 0084-2014	Delito: Detención ilegal. Entre los elementos del dolo, se encuentra el cognitivo o intelectual. Este elemento comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sujeto, conducta, resultado, relación causal, bien jurídico; es decir, es el saber y entender que se está atentando contra la libertad ambulatoria del sujeto. Sin este elemento es procedente confirmar la inocencia del procesado.	1651
XV. R: 785-2018 J: 11282-2016	Delito: Femicidio. Cuando el cargo casacional se concentra en violación del artículo 457 del COIP, que contiene los preceptos para la valoración de la prueba, el recurrente está en la obligación de determinar en primer lugar el medio de prueba que está siendo violentado, y a continuación debe correlacionarlo con alguno de los criterios de valoración probatoria determinados en la mentada disposición, para que así el Tribunal de Casación pueda colegir el vicio en derecho contenido en la sentencia recurrida.	1662
XVI. R: 1972-2018 J: 03282-2017	Delito: Abuso sexual. La recepción de testimonios urgentes o anticipados es excepcional, en casos específicos, entre los que se encuentran a las víctimas del delito de abuso sexual. En estas infracciones que atentan contra la integridad sexual, si bien la prueba madre será el testimonio, pues permitirá esclarecer los acontecimiento suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que conoce los sucesos, por tanto, se deben brindar todos los mecanismos que permitan a todos los sujetos procesales intervinientes en la causa penal desplegar a cabalidad sus derechos, y en el caso contradecir en el momento procesal oportuno, esto es, durante la práctica del testimonio urgente o anticipado.	1671

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO LABORAL

I. R: 0383-2018 J: 01133-2017	Juramento deferido.- El Art. 593 del Código del Trabajo establece los parámetros para la apreciación del juramento deferido y la finalidad de esta diligencia; cuando no obre del proceso prueba alguna que permita establecer la remuneración percibida ni el tiempo de servicios del actor, esta actividad será apreciada conforme las regla de la sana crítica.	1689
II. R: 402-2018 J: 02528-2017	Despido ineficaz. La relación mantenida entre el accionante y la empresa es de carácter laboral, relación laboral derivada del contrato escrito entre las partes. De su análisis se desprende que la labor que realizaba la accionante no era a destajo, pues cumplía un horario definido, estaba subordinada a las órdenes que le daba el empleador. Por tanto se trata de un contrato a tiempo indefinido y al haber sido despedida en estado de gestación se convierte en despido ineficaz.	1698
III. R: 0068-2018 J: 2975-2016	Despido intempestivo. No es obligación del empleador justificar de qué manera concluyó la relación laboral, si su contestación de la demanda ha sido la negativa. Corresponde al trabajador que alega el despido intempestivo probar su afirmación.	1713
IV. R: 078-2018 J: 1877-2016	Visto Bueno y Despido Intempestivo. Se produce el despido intempestivo en el caso de que el visto bueno fuere negado por el Inspector del Trabajo y el empleador no reintegre a su puesto de trabajo al trabajador, más si la petición de visto bueno fuere favorablemente al empleador, aunque haya tardado más del tiempo permitido por la ley no significa por si solo el despido intempestivo, ya que la resolución de visto bueno está sujeta a una tercera persona en este caso el Inspector del Trabajo.	1719
V. R: 0115-2018 J: 05371-2017	Nulidad procesal: La recurrente no puede pretender la declaratoria de nulidad por la supuesta indefensión de su codemandado, pues no le corresponde a ella beneficiarse de dicha argumentación para evitar el pago del cual fue condenada, sobre todo cuando del análisis del caso, no se desprende el agravio o la supuesta indefensión, requisito indispensable para aceptar el yerro imputado.	1730
VI. R: 0423-2018 J: 0487-2010	Jubilación patronal. La bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal no goza de carácter imprescriptible que si es aplicable a la jubilación patronal; y siendo así, dado el tiempo transcurrido entre la terminación de la relación laboral y la citación con la demanda, la acción para reclamar el derecho devenido de la contratación colectiva es extemporáneo por haber prescrito.	1737
VII. R: 721-2018 J: 2717-2016	Despido a una persona con discapacidad. Para tener derecho a la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades no es necesario que el trabajador notifique a su empleador sobre su discapacidad, como mayor razón si la condición de discapacidad de la accionante es anterior al inicio de la relación laboral.	1746
VIII. R: 0441-2018 J: 1055-2017	Impugnación de la resolución de visto bueno. El empleador debe demostrar, que el trabajador incumplió con el reglamento interno de trabajo; y al no hacerlo procede la impugnación que hace el trabajador de la resolución de visto bueno.	1758

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IX.
R: 621-2018
J: 17731-2015
Visto bueno.- El empleador no podrá ser obligado al pago del despido intempestivo, cuando la demora en la resolución del visto bueno, es atribuible al inspector del trabajo, ya que la resolución de visto bueno al ser un trámite, no es motivo de prescripción. 1775

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I.
R: 158-2018
J: 12331-2016
Reivindicación de inmueble. Para la singularización del inmueble existen varios elementos que el juzgador deberá sopesar, las diferencias mínimas en las dimensiones del bien que se pretende reivindicar no son motivo suficiente para afirmar que dicho bien no está debidamente singularizado. 1789

II.
R: 006-2018
J: 17711-2016
Reivindicación. La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio procede contra título inscrito, sin que para ello importe el cambio de titularidad en el decurso del tiempo. El tracto sucesivo no impide la posesión, ésta subsiste independiente de la titularidad del dominio. 1795

III.
R: 0128-2018
J: 1753-2014
Daño moral. La cuantificación del daño está determinado en el artículo 2232 del Código Civil; queda a prudencia del juez la determinación del valor. El monto tiene carácter reparador más no sancionador. 1804

IV.
R: 0151-2018
J: 0646-2011
Se puede adquirir un bien que perteneció a la unión de hecho que se ha disuelto, si se cumplen los requisitos para que opere la prescripción, como es el transcurso del tiempo. Por tanto no cabe negar la prescripción por sostener que la mujer reconoció al conviviente como propietario. 1820

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I.
R: 0057-2018
J: 21201-2016
Nulidad de Reconocimiento Voluntario de Paternidad: Procede la acción de nulidad de acto de reconocimiento voluntario de paternidad. 1831

II.
R: 144-2018
J: 17204-2017
El derecho de la niña a conservar los apellidos de su madre, por ser esa la identificación que prefiere a la luz de su interés superior, de ningún modo modifica ni altera sus datos de filiación que legalmente deberán ser marginados en el Registro Civil y de los que, efectivamente, podrán derivar todos los derechos de su condición de hija del demandado. 1839

III.
R: 228-2018
J: 17985-2017
El Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores prevé varias posibilidades para que la autoridad competente niegue el retorno de los niños a pesar de verificarse una sustracción calificada de ilegal en los términos del instrumento mencionado, en aplicación del interés superior del niño. 1854

IV.
R: 188-2018
J: 17203-2013
Unión de Hecho. Si bien la prueba documental da cuenta de que entre ellos había una relación sentimental, no prueba que aquella haya sido estable y monogámica, peor aún que hayan formado un hogar de hecho, faltándole además, la notoriedad. 1870

V. R: 175-2018 J: 01614-2010	Unión de hecho. La Sala de Casación expresa que la equivocada aplicación conlleva el criterio de impertinencia de la norma sustancial empleada para resolver el caso, lo que torna incongruente el cargo, pues justamente los arts. 222 y 223 del Código Civil están llamados a definir el concepto y a regular la institución civil de la unión de hecho, cuya declaración constituye la pretensión jurídica.	1878

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2018

RESOLUCIONES DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

INTEGRACIÓN DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 01-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

Que el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que "La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres..."

Que la Resolución 04-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962, de 14 de marzo de 2017, que contiene el Instructivo de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dispone: "Art. 3.-Son funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia: ...11. Determinar el número de juezas y jueces nacionales de cada sala especializada de la Corte Nacional de Justicia y proceder a su integración"

En uso de sus atribuciones legales

RESUELVE:

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

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Dr. Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo
2. Dr. Pablo Tinajero Delgado
3. Ab. Cynthia Guerrero Mosquera

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

1. Dr. José Luis Terán Suárez
2. Dra. Ana María Crespo Santos
3. Dr. Darío Velástegui Enríquez

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

1. Dr. Luis Enríquez Villacrés
2. Dr. Miguel Jurado Fabara
3. Dra. Sylvia Sánchez Insuasti
4. Dra. Daniella Camacho Herold
5. Dr. Marco Rodríguez Ruiz
6. Dr. Edgar Flores Mier
7. Dr. Iván Saquicela Rodas

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

1. Dr. Carlos Ramírez Romero
2. Dra. María Rosa Merchán Larrea
3. (a proveerse por sorteo en virtud de la vacante del Dr. Vicente Robalino Villafuerte)

SALA DE LO LABORAL

1. Dra. María Paulina Aguirre Suárez
2. Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo
3. Dr. Merck Benavides Benalcázar
4. Dra. Katerine Muñoz Subía
5. Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

1. Dr. Carlos Ramírez Romero
2. Dra. María Rosa Merchán Larrea
3. Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

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

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Carlos Ramírez Romero, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, 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, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enriquez, JUECES Y JUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

INSTRUCTIVO PARA LA DISTRIBUCIÓN DE CAUSAS EN CASO DE RENOVACIÓN PARCIAL DE LOS MIEMBROS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 02-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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

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

Que a fin de garantizar la seguridad jurídica, es necesario unificar la manera en que se sortearán los procesos en las diferentes Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, cuando en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución de la República y la ley, se produce una renovación parcial de sus integrantes.

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

RESUELVE:

Dictar el siguiente Instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia:

Art. 1.- En el evento de que no se modifique el número de integrantes de una Sala especializada:

a) Los jueces y juezas que permanecen en la Corte Nacional de Justicia luego de una renovación parcial e integran la misma sala especializada, continuarán en conocimiento de las causas en que se ha radicado su competencia, en la misma calidad que les ha correspondido por sorteo.

b) Las causas que se encontraban en conocimiento de los jueces o juezas sustituidos, serán sorteadas equitativamente entre los jueces o juezas que ingresen a la Sala respectiva, quienes asumirán la competencia en la misma calidad que tenían aquéllos.

En el sorteo no se tomará en cuenta a aquellos magistrados y magistradas que ya forman parte de cada tribunal.

Art. 2.- En el evento de que aumente el número de jueces o juezas de una Sala especializada, todos los procesos de los despachos de las y los jueces y juezas sustituidos, serán reasignados por sorteo entre los nuevos jueces o juezas, en la misma calidad que conoció el juez que sale.

Sin embargo, a fin de que exista equidad en la carga laboral, se procederá a obtener la media aritmética de todos los despachos, a efectos de que se proceda al sorteo de las causas que ingresan, entre los jueces o juezas nuevos, en calidad de ponentes, hasta equiparar la carga laboral de todos los integrantes de la Sala.

Art. 3.- En los casos en que un conjuez o conjueza permanezca en las mismas funciones luego de una renovación parcial de la Corte Nacional, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Las causas que estén siendo conocidas por conjueces o conjuezas en virtud de la excusa o recusación de un juez o jueza nacional, permanecerán en su conocimiento.

b) En los casos en que un conjuez o conjueza haya sido llamado a actuar en una causa por ausencia temporal de un juez o jueza de la Corte Nacional de Justicia, continuará en su conocimiento si hubiese actuado en una audiencia oral.

Art.4.- En los casos en que un conjuez o conjueza pase a desempeñar las funciones de juez o jueza titular, luego de una renovación parcial de la Corte Nacional, se aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior siempre que sea asignado a la Sala de la materia del proceso en su conocimiento. Caso contrario, se sorteará la causa entre los jueces o juezas que integren la Sala.

En el sorteo no se tomará en cuenta a aquellos magistrados y magistradas que ya forman parte de cada tribunal.

Art. 5.- Los procesos no penales que se encuentran para admisión de un recurso de casación o de hecho, que estaban en conocimiento de un conjuez o conjueza saliente, serán sorteados entre todos los conjueces que ingresen a la respectiva Sala.

Art. 6.-Esta Resolución sustituye la Resolución 07-2012 y todas sus reformas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Hasta que el Consejo de la Judicatura, en virtud del proceso de renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, designe los Conjueces o Conjuezas que reemplazarán a aquellos que han sido designados Jueces o Juezas, sus funciones se encargarán entre los Conjueces que permanecen en la Corte Nacional, por sorteo, de conformidad con el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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, el primer día del mes de febrero de dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, 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, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr.Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra.

María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, Dra. Beatriz Suárez Armijos, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Guillermo Narváez Pazos, CONJUEZ NACIONAL. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL

PROCEDIMIENTO CONSULTAS DE JUECES

RESOLUCIÓN No. 03-2018

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Art. 126, inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que las juezas y jueces enviarán a las cortes provinciales respectivas, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, en el primer mes de cada semestre, un informe acerca de la administración de justicia en su territorio con la anotación de los vacíos de los códigos, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, con expresión de las razones en que se funden.

En concordancia con esta disposición, el Art. 129.8 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen la facultad de presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen.

El Art. 199 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que a la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde poner a consideración del Pleno para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia expidió la Resolución de 20 de mayo de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 614, de 17 de junio de 2009, mediante la cual dictó normas de procedimiento para las Consultas de Jueces sobre la Inteligencia y Aplicación de las Leyes y para la Aprobación de Anteproyectos de Ley; sin embargo, en la actualidad es necesario revisar esa normativa a fin de evitar que se realicen consultas respecto a temas en los que no existe duda sobre la aplicación de las leyes, reintegración o duplicidad de consultas; estableciendo para el efecto mecanismos de precalificación, así como de la selección de aquellos temas que ameriten una resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia con fundamento en la atribución establecida en el Art. 180 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos.

La Corte Nacional de Justicia, como máximo organismo de la administración de justicia ordinaria, tiene entre sus tareas fundamentales el generar criterios que permitan a las y los juzgadores de instancia contar con elementos jurídicos claros respecto de la aplicación de las leyes que motiven correctamente sus decisiones, esto dentro del marco de la garantía a la seguridad jurídica que establece el Art. 82 de la Constitución de la República. Para tal propósito, la Corte cuenta con los mecanismos adecuados como son el de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de la leyes, emitir resoluciones que aprueben los fallos jurisprudenciales de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho y la absolución de consultas. Tal actividad constituye una de las labores fundamentales de este Órgano de justicia, íntimamente vinculado con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica contemplados en los Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; y se encuentra relacionado con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución.

En este marco, es necesario regular el procedimiento para la formulación y absolución de consultas, a efecto de evitar distorsiones sobre los aspectos que deben ser objeto de este mecanismo de apoyo de la actividad de las juezas y jueces, así como establecer que asuntos por su transcendencia deben ser conocidos por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

RESOLUCIÓN No. 03-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que, el Art. 126, inciso primero del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: "REMISION DE INFORMES.- Las juezas y jueces enviarán a las cortes provinciales respectivas, y éstas a la Corte Nacional de Justicia, en el primer mes de cada semestre, un informe acerca de la administración de justicia en su territorio con la anotación de los vacíos de los códigos, las dudas suscitadas sobre la inteligencia y aplicación de las leyes, y las reformas que deban hacerse, con expresión de las razones en que se funden."

Que, en concordancia con esta disposición, el Art. 129.8 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "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: ...8. Presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que ejercen."

Que, el Art. 199 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que a la Presidenta o Presidente de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: "Poner a consideración del Pleno para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas."

Que la Constitución de la República en su Art. 82 garantiza el derecho a la seguridad jurídica el mismo que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por la autoridad competente.

Que, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tiene entre sus atribuciones 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.

Que, la facultad de esta Corte Nacional de Justicia de expedir resolución es generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de la leyes, constituye una de las labores fundamentales de este Órgano de justicia, íntimamente vinculado con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica contemplados en los Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; y se encuentra relacionado con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución;

Que, es necesario regular el procedimiento para la formulación y absolución de consultas, a efecto de evitar distorsiones sobre los aspectos que deben ser objeto de este mecanismo de apoyo de la actividad de las juezas y jueces, así como establecer que asuntos por su transcendencia deben ser conocidos por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia;

En ejercicio de las atribuciones que le confiere los numerales 6 y 8 del Art. 180 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Expedir la siguiente Resolución para la tramitación de consultas sobre la Inteligencia y Aplicación de las Leyes y Formulación de Anteproyectos de Leyes y Reformas Legales:

Art. 1.- La formulación de consultas respecto de la inteligencia y aplicación de las leyes corresponde a las juezas y jueces de la Función Judicial.

Art. 2.- Toda consulta será fundamentada y contendrá: la individualización de la disposición legal, la duda u obscuridad, el criterio del consultante y se referirá a un solo punto de derecho.

Art. 3.- La consulta se presentará ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia del distrito al que pertenece el consultante.

Las consultas de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario se enviarán directamente a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia.

Art. 4.- La o el Presidente de la Corte Provincial revisará y verificará si la consulta cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2 de esta Resolución, luego de lo cual la remitirá a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia o la devolverá al consultante.

Art. 5.-Recibida la consulta, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dispondrá que la Dirección Técnica de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial Internacional elabore un informe jurídico pertinente al asunto consultado.

Este informe será puesto en consideración de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a la materia motivo de la consulta, a través de su Presidente o Presidenta, para su conocimiento y aprobación.

Art. 6.- Absuelta la consulta, la o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, pondrá el informe en conocimiento de los Presidentes de las Cortes Provinciales y Tribunales Distritales para su difusión.

La o el Presidente de la Corte Provincial enviará un reporte respecto de la difusión en su jurisdicción de la absolución de la consulta.

Art. 7.- En caso de que la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en coordinación con el Presidente de la Sala correspondiente, consideren que el asunto objeto de la consulta, por su complejidad y trascendencia, requiere de un pronunciamiento del Pleno de la Corte,

Elaborarán el correspondiente proyecto de resolución, para su conocimiento y aprobación, de conformidad con lo establecido en el Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 8.- Los anteproyectos de leyes o reformas legales que formulen las juezas y jueces de la Función Judicial en los temas que tengan directa relación con la competencia y jurisdicción que ejerzan, deberán contener una exposición de motivos debidamente sustentada que exprese la razones de la propuesta.

Art. 9.- La o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, dispondrá que la Dirección Técnica de Asesoría Jurídica y Cooperación Judicial Internacional elabore un informe respecto de la pertinencia y necesidad del anteproyecto de ley o reforma legal, para que sea puesto en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional.

Art. 10.- Los proyectos de ley o de reformas legales que se estimen pertinentes serán presentados por el Presidente o Presidenta de la Corte Nacional de Justicia a la Asamblea Nacional.

Art. 11.- Se deroga la Resolución de 20 de mayo de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 614 de 17 de junio de 2009.

Esta Resolución entrará en vigencia 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, el catorce de marzo de dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. AnaMaría Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz,Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier,Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, Dr. Francisco Iturralde Albán, CONJUECES Y CONJUEZA. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL

EN LOS PROCESOS SUMARIOS CUYA PRETENSIÓN PRINCIPAL SEA LA FIJACIÓN DE PENSIÓN ALIMENTICIA DE NIÑOS, ADOLESCENTES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA INASISTENCIA A LA AUDIENCIA ÚNICA DEL ACCIONANTE OBLIGARÁ AL JUZGADOR A EMITIR INMEDIATAMENTE UN AUTO INTERLOCUTORIO RATIFICANDO LA PENSIÓN PROVISIONAL FIJADA EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA

RESOLUCIÓN No. 04-2018

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- NORMATIVA APLICABLE

Entre las funciones que corresponden a la Corte Nacional de Justicia, a través del Pleno de ese organismo, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: ...6. 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."

La facultad de esta Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de la leyes, constituye una de las labores fundamentales de este Órgano de justicia, íntimamente vinculado con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución

de la República). Se encuentra relacionado con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: "Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ...5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. ...8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio."

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia brinda a las juezas y jueces de instancia, tribunales provinciales, así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general, criterios unificados, debidamente sustentados, sobre la aplicación de la normatividad jurídica en la solución en casos controvertidos.

2.- ANTECEDENTES JURIDICOS

De conformidad con lo previsto en el artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, se tramitarán por el procedimiento sumario "...3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes... 4. El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley".

El artículo 9 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto de la fijación provisional de la pensión de alimentos, establece: "[...] Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla [...]"

Así mismo el artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP" establece que, en la calificación de la demanda, "[...] en materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas [...]"; esto en concordancia con lo previsto en el inciso segundo, número cuatro, del artículo 332 del mismo cuerpo normativo, mismo que dispone que "[...] la o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley [...]"

Conforme a estas disposiciones la o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad, de acuerdo a la ley.

En relación al procedimiento, el juicio sumario se efectuará en audiencia única, en dos fases, de saneamiento, fijación de los puntos del debate y conciliación, y la segunda, de prueba, alegatos y resolución.

Si bien el artículo 9 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y los artículos146 y 332.4 del Código Orgánico General de Procesos prevén en forma imperativa la fijación de una pensión provisional de alimentos, no existe disposición legal que determine en qué circunstancias está pensión alimenticia puede dejar de ser provisional y permanecer vigente hasta no ser modificada; de allí la duda que se genera cuando a la audiencia única no comparece la parte actora o ninguno de los contendientes pero no puede declararse el abandono por prohibición del artículo 247.1 del Código Orgánico General del Procesos.

El artículo 86 del COGEP establece que las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto cuando concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir y también si se autorizare a petición de parte, se realice a través de video conferencia u otro medio de comunicación similar.

Las consecuencias de la inasistencia a esta audiencia única están previstas en el artículo 87 del COGEP, cuando se trate de la persona que presentó la demanda, su inasistencia se entenderá como abandono; y si es la parte demandada, continuará la audiencia entendiéndose que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos.

Sin embargo, es necesario señalar que en las causas que tengan como objeto principal la fijación del derecho de alimentos de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, no se puede declarar el abandono, en razón del interés superior de estas personas; según lo determina el artículo 247 numeral 1 del COGEP.

En los juicios de divorcio por mutuo consentimiento o contenciosos, no se podrá dictar sentencia si previamente no se resuelve la situación de los hijos menores de edad o con discapacidad, en lo relativo a alimentos, tenencia, visitas, etc.

En la práctica, conforme lo han informado las y los juzgadores de las unidades judiciales especializadas en materia de la niñez, adolescencia y familia, ocurre que ninguna de las partes concurren a la audiencia única; existiendo la duda sobre lo que ocurre con el derecho de alimentos de las niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, al haberse determinado en el auto de calificación de la demanda una pensión que tiene el carácter de provisional.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

El Ecuador ha ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño, del año 1990, reconociendo a este instrumento jurídico internacional como parte del ordenamiento jurídico nacional; y, en este ámbito, asume un posicionamiento ético y político al reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos con la adopción de la "Doctrina de la Protección Integral" como paradigma de actuación en todos sus aspectos; la cual es recogida en los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador que garantizan la aplicación de la "Doctrina de la Protección Integral" de los niños, niñas y adolescentes y aseguran la aplicación del principio de su interés superior, entendiendo que sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas;

El artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia desarrolla con amplitud lo concerniente al "Principio del Interés Superior del Niño", indicado que "[...] es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla";

En este sentido los artículos 2, 3 y 4 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que trata sobre el derecho de alimentos, establece que "[...] el derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción

de las necesidades básicas de los alimentarios [...]", categorizándolo como un derecho "[...] intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado [...]". Los niños, niñas y adolescentes, lo adultos o adultas hasta la edad de 21 años que mantengan estudios de cualquier nivel, y las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad física o mental, son los titulares del derecho de alimentos.

El artículo 9 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, respecto de la fijación provisional de la pensión de alimentos, establece: "[...] Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla [...]"

El artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP" establece que, en la calificación de la demanda, "[...] en materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas [...]"; esto en concordancia con lo previsto en el inciso segundo, número cuatro, del artículo 332 del mismo cuerpo normativo, mismo que dispone que "[...] la o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley [...]"

El artículo 86 del COGEP establece que "[...] Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto cuando concurra con procuración judicial que contenga cláusula especial o autorización para transigir [...]"; así mismo, el artículo 36 del COGEP señala que "[...] Las partes que comparezcan a los procesos deberán hacerlo con el patrocinio de una o un defensor, salvo las excepciones presentadas en este Código [...]".

El COGEP establece que la falta de comparecencia a las audiencias, por parte del actor, provoca el abandono de la instancia o del recurso, abandono regulado en el artículo 87 del referido cuerpo legal. Por su parte, el COGEP también ha previsto, como excepción, que la figura del abandono no procede, entre otros, en los procesos en lo que se encuentren involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces, siendo improcedente declarar el abandono por falta de comparecencia a las audiencia en los procesos de alimentos.

De acuerdo a las normas antes citadas y en cumplimiento del "Principio del Intereses Superior del Niño", es necesario definir con claridad la situación del derecho a los alimentos de las niñas, niños, adolescentes y personas discapacitadas en razón de la no comparecencia de las partes a la audiencia única del procedimiento sumario.

El artículo 332 numeral 4 del COGEP establece que en los juicios de divorcio contenciosos, no se podrá resolver el divorcio o la terminación de la unión de hecho, sin que previamente no se haya resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas de los hijos menores de edad e incapaces. En este tipo de causas, cuya pretensión principal es la disolución del vínculo matrimonial o la declaratoria de terminación de la unión de hecho, en caso de que la parte actora no asista a la audiencia única, se deberá ordenar el archivo, dejando insubsistente la pensión provisional de alimentos fijada en el auto de calificación de la demanda, por tanto si el asunto principal del proceso no puede proseguir, tampoco podría continuar vigente tal pensión.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 04-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el Ecuador ha ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño, del año 1990, reconociendo a este instrumento jurídico internacional como parte del ordenamiento jurídico nacional; y, en este ámbito, asume un posicionamiento ético y político al reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos con la adopción de la "Doctrina de la Protección Integral" como paradigma de actuación en todos sus aspectos;

Que los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador garantizan la aplicación de la "Doctrina de la Protección Integral" de los niños, niñas y adolescentes y aseguran la aplicación del principio de su interés superior, entendiendo que sus derechos prevalecen sobre los de las demás personas;

Que el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia desarrolla con amplitud lo concerniente al "Principio del Interés Superior del Niño", indicado que "[...] es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla";

Que los artículos 2, 3 y 4 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que trata sobre el derecho de alimentos, establece que "[...] el derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios [...]", categorizándolo como un derecho "[...] intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado [...]". Los niños, niñas y adolescentes, los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que mantengan estudios de cualquier nivel, y las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad física o mental, son los titulares del derecho de alimentos;

Que el artículo 9 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, respecto de la fijación provisional de la pensión de alimentos, establece: "[...] Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla [...]"

Que el artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP" establece que, en la calificación de la demanda, "[...] en materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas [...]"; esto en concordancia con lo previsto en el inciso segundo, número cuatro, del artículo 332 del mismo cuerpo normativo, mismo que dispone que "[...] la o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley [...]"

Que el artículo 86 del COGEP establece que "[...] Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto cuando concurra con procuración judicial que contenga cláusula especial o autorización para transigir [...]"; así mismo, el artículo 36 del COGEP señala que "[...] Las partes que comparezcan a los procesos deberán hacerlo con el patrocinio de una o un defensor, salvo las excepciones presentadas en este Código [...]".

Que de manera general, el COGEP establece que la falta de comparecencia a las audiencias, por parte del actor, provoca el abandono de la instancia o del recurso, abandono regulado en el artículo 87 del referido cuerpo legal. Por su parte, el COGEP también ha previsto, como excepción, que la figura del abandono no procede, entre otros, en los procesos en lo que se encuentren involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces, siendo improcedente declarar el abandono por falta de comparecencia a las audiencia en los procesos de alimentos;

Que en virtud de las normas antes citadas y en cumplimiento y aplicación del "Principio del Intereses Superior del Niño", es necesario definir con claridad el efecto jurídico y las consecuencias que se generan en razón de la no comparecencia de las partes a la audiencia única del procedimiento sumario, en el que se sustancia las reclamaciones de alimentos, en relación a la pensión de alimentos de las niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad;

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

RESUELVE:

Art. 1.- En los procesos sumarios cuya pretensión principal sea la fijación de pensión alimenticia de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, la inasistencia a la audiencia única de el o la accionante o de ninguna de las partes, obligará a la o el juzgador competente, a emitir inmediatamente un auto interlocutorio ratificando la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda, la que se mantendrá vigente mientras no sea modificada.

Art. 2.- La resolución a la que se refiere el artículo anterior, sólo será revisable mediante incidente de aumento o disminución de la pensión de alimentos, o por caducidad del derecho de conformidad con la ley.

Art. 3.- En los juicios de divorcio contencioso o de terminación de unión de hecho, a cuya audiencia única no asista la parte accionante, se ordenará el archivo del proceso, quedando sin efecto la pensión provisional fijada en el auto de calificación de la demanda.

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

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

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

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea,Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, 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, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Enríquez, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, CONJUEZA NACIONAL. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER LA EXCUSA DE UN JUEZ. LA NEGATIVA DE UNA EXCUSA PRESENTADA POR UN JUEZ O CONJUEZ TENDRÁ EL CARÁCTER DE DEFINITIVA Y NO PUEDE SER REVISADA POR UN TRIBUNAL SUPERIOR

RESOLUCIÓN No. 05-2018
(Sustituida por la Resolución 08-2018)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- NORMATIVA APLICABLE

Entre las funciones que corresponden a la Corte Nacional de Justicia, a través del Pleno de ese organismo, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: ...6. 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."

La facultad de esta Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de leyes, constituye una de las labores fundamentales de este órgano de justicia. Esta capacidad normativa está vinculada con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República). Se encuentra relacionado con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: "Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ...5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. ...8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio."

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia brinda a las juezas y jueces de instancia, tribunales provinciales, distritales de lo contencioso administrativo y tributario así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general, criterios unificados, debidamente sustentados, sobre la aplicación de la normatividad jurídica en la solución en casos controvertidos.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

La Constitución de la República garantiza el derecho de las personas a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, conforme lo establece el artículo 76 numeral 7 letra k) de nuestra Constitución; y en cuanto al principio de imparcialidad de la o el juzgador, este se encuentra previsto en el artículo 9 de la Ley

Orgánica de la Función Judicial.

La imparcialidad es una condición fundamental que deben tener los juzgadores que administran justicia y consiste en que no deben tener ningún vínculo ya sea con las partes o con el asunto materia del litigio, de tal manera que los que no puede favorecer o perjudicar a alguno de los litigantes en su decisión, en virtud de cualquier nexo subjetivo u objetivo con el proceso.

Uno de los medios que ha previsto la ley para garantizar la imparcialidad de las y los juzgadores es la excusa, que consiste en que la propia jueza o juez, que considera estar incurso en alguna de las causales contempladas en el artículo 572 del Código Orgánico Integral Penal o en el artículo 22 del Código Orgánico General de Procesos, se aparta de su conocimiento, para que otra jueza o juez califique la excusa y de estimarla procedente, declare que la autoridad jurisdiccional que se excusa, ha perdido definitivamente la competencia para conocer el proceso.

En cuanto al procedimiento para la excusa, la jueza o juez que estime estar incurso en alguna de las causales de excusa previstas en la ley, debe presentarla motivadamente ante otra juez o juez de la misma jerarquía y materia, en el caso de juzgadores individuales o ante de los otros miembros del tribunal, tratándose de órganos pluripersonales. Las juezas, jueces o miembros de un tribunal tienen la facultad de calificar la excusa, aceptándola o negándola.

En el caso de que quien conoce la excusa, estime que aquella no se justifica y la deseche, tal decisión es definitiva, ya que ni el Código Orgánico General de Procesos, ni ningún otra norma procesal, ha previsto la posibilidad de que la o el juzgador que se excusó pueda insistir en aquella provocando un incidente negativo de excusa que deba ser conocido por un órgano jurisdiccional superior, como preveía el Código de Procedimiento Civil.

Sobre este tema se ha pronunciado el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en el caso de incidentes negativos de excusa, expresando que: "El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, considera que la normatividad que sirve de sustento a la excusa, su negativa y la remisión a este órgano de justicia que en otros casos ha asumido competencia y los ha resuelto, provenía del Título II, sección 25 del Código de Procedimiento Civil, derogado, y que, ni el Código Orgánico General de Procesos ni el Código Orgánico Integral Penal, establecen un trámite para remitir los conflictos de excusa al Pleno de la Corte Nacional, para su resolución; lo que se limita a la decisión del propio Tribunal del que forma parte el Juez que se excusa; en virtud de lo cual, resuelve, por carecer de competencia devolver el proceso a la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito ...". Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 29 de noviembre de 2017, juicio No. 07-2017; en igual sentido se ha pronunciado en las Resoluciones de 30 de noviembre de 2016, juicio No. 11-2016 y de 7 de septiembre de 2016, juicio No. 04-2016. Criterio que es aplicable no solo en la Corte Nacional de Justicia sino en todas las instancias jurisdiccionales.

3.- CONCLUSIÓN

No obstante, en la práctica, se continúan presentando situaciones en las que la o el juzgador cuya excusa no fue aceptada, insista en aquella y solicite que un tribunal superior dirima el conflicto negativo de excusa, posibilidad jurídica que en la actual norma procesal no está contemplada, motivo por el cual es necesaria una resolución general del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que aclare la situación de los incidentes en casos de negativa de excusa.

RESOLUCIÓN No. 05-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 6. 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.";

Que la Constitución de la República garantiza el derecho de las personas a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, conforme lo establece el artículo 76 numeral 7 letra k) de nuestra Constitución; el principio de imparcialidad de la o el juzgador, se encuentra previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Judicial;

Que uno de los medios que ha previsto la ley para garantizar la imparcialidad de las y los juzgadores es la excusa, que consiste en que la propia jueza o juez que considere estar incurso en alguna de las causales contempladas en el artículo 572 del Código Orgánico Integral Penal o en el artículo 22 del Código Orgánico General de Procesos, solicite no continuar conociendo la causa;

En el caso de que quien conoce de la excusa, estime que aquella no se justifica y la deseche, tal decisión es definitiva, ya que ni el Código Orgánico General de Procesos, ni otra norma procesal, ha previsto la posibilidad de que la o el juzgador que se excusó pueda insistir en su posición, provocando un incidente negativo de excusa que deba ser conocido por un órgano jurisdiccional superior, como ocurría con el Código de Procedimiento Civil, sin embargo de lo cual algunos juzgadores continúan utilizando esta práctica; y,

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

RESUELVE:

Art. 1.La excusa de un juez unipersonal la resolverá otro del mismo nivel y materia. Cuando se trate de uno o dos juzgadores que integren un tribunal, la resolverá el o los jueces hábiles. En caso de excusa de todos los jueces de un tribunal, resolverá otro tribunal del mismo nivel.

Para resolver la excusa no se convocará a audiencia.

Art. 2.- La negativa de una excusa presentada por juezas o jueces, conjuezas o conjueces, tendrá el carácter de definitiva al no estar su impugnación prevista en la ley.

Art. 3.- Esta Resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario; y se aplicará a partir de su expedición, 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 veinticinco días del mes de abril de dos mil dieciocho.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Ana María Crespo Santos, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Wilman Terán Carrillo, Dr. Patricio Secaira Durango, CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

———• ᔓ •———

LA CONSULTA DE OFICIO SOBRE LAS DECISIONES DE LOS JURADOS DE CAPITANES, PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 23 Y 24 DEL CÓDIGO DE POLICÍA MARÍTIMA, AL NO TENER CARÁCTER JURISDICCIONAL, NO SON DE COMPETENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 06-2018

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- ANTECEDENTES.

El artículo 21 del Código de Policía Marítima determina que el Jurado de Capitanes será competente para fallar en todas las causas instruidas ante las capitanías de puerto por accidentes o siniestros marítimos que hayan ocurrido en las aguas territoriales o a bordo de naves de la marina mercante nacional en alta mar, y que no corresponda fallar al capitán de puerto.[1]

El artículo 23 ibídem, establece que las resoluciones del Jurado de Capitanes se limitarán a establecer la responsabilidad o irresponsabilidad técnica profesional; y respecto de esta decisión, habrá únicamente la consulta de ley para los casos de: a) *accidentes o siniestros de naves de alto bordo*; o, b) *de accidentes o siniestros de embarcaciones de cualquier porte que hubieran causado el fallecimiento o la desaparición de seres humanos.* Se dispone además que el capitán de puerto, elevará la consulta, de oficio, ante la extinta Corte de Justicia Militar después del tercer día de notificada la decisión. A su vez el artículo 24 de la citada norma establece: "La Corte de Justicia Militar conocerá y resolverá por el mérito de los autos, todas las causas que suban en consulta; y las que, por indemnización de daños y perjuicios, intenten los perjudicados contra el respectivo capitán de puerto u oficial de Justicia Militar, en los casos en que la Capitanía de Puerto esté provista de Asesor Jurídico."

[1] El artículo 20 dispone que el capitán de puerto tiene competencia para conocer y fallar en todas las causas iniciadas por las contravenciones comunes de Policía, y las de Policía Marítima que se cometan por cualquier persona dentro de los límites jurisdiccionales de la respectiva capitanía de puerto; y en los accidentes o siniestros ocurridos entre embarcaciones menores de cincuenta toneladas, en los casos en que no hubiere ocurrido pérdida de vidas humanas. Indica la norma además que el procedimiento estará arreglado en lo posible a la Sección III del Libro V del Código de Procedimiento Penal común (norma derogada hacía alusión al juzgamiento de contravenciones).

En razón de esta posibilidad de consulta, y al asimilar que todo lo que le correspondía conocer anteriormente a la Corte de Justicia Militar, es ahora competencia de la Corte Nacional de Justicia, las autoridades de la Armada del Ecuador, elevan las decisiones de Jurados de Capitanes ante esta Alta Corte, ya sea a su **Presidencia o a la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;** quienes por su parte se han declarado sin competencia para conocerlas.[2] Por ende, es necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia aclare su alcance conforme a la estructura de la actual administración de justicia y al sistema penal, con el fin de evitar posibles perjuicios a la ciudadanía y al Estado, tanto por la dilación de los trámites como por gastos innecesarios para la Administración de Justicia.

2.- COMPETENCIA DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA EXPEDIR RESOLUCIONES GENERALES Y OBLIGATORIAS EN CASO DE DUDA U OBSCURIDAD DE LA LEY

Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde determinar la adecuada aplicación de la ley consultada, aclarando las circunstancias de duda puestas a su conocimiento; el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: "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; (...)".[3]

3.- LEGALIDAD, COMPETENCIA Y UNIDAD JURISDICCIONAL

i) De acuerdo a la Constitución de la República, dentro del derecho al debido proceso, encontramos a la legalidad, siendo una de sus dimensiones aquella que consiste en la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente preestablecido, conocido en el mundo jurídico como, *nullum iuditio sine preavia lege;* así la segunda parte del artículo 76.3 de la norma suprema manda: "...Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."

Coherentemente en materia penal, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) reconoce que el derecho al debido proceso se regirá, entre otros, por el principio de legalidad, así la primera parte del artículo 5.1 regula: "No hay infracción penal, pena ni proceso penal sin ley anterior al hecho..."

ii) El asambleísta constituyente ha establecido también como integrante del debido proceso, al derecho a la defensa, que a su vez contiene algunas garantías para su ejercicio, entre ellas, aquella que asegura para todas y todos el ser juzgados ante un juez competente; artículo 76 numeral 7 literal k: "...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:…k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto." Como podemos apreciar, esta garantía empata con parte del principio de legalidad, enunciado en párrafos anteriores.

---

[2] Las consultas han sido direccionadas a la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, así como a Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, correspondiendo su pronunciamiento indistintamente a aquellas, de aquellas ingresadas a partir del año 2012 al 2018.

[3] Sobre la facultad de las juezas y jueces ordinarios, y del máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador, la Corte Constitucional, en sentencia N. 26-16-SEP-CC dictada en el caso N. 0920-12-EP: "(...) Al respecto, esta Corte Constitucional mediante la sentencia N° 202-14-SEFcc dictada dentro del caso N° 950-13-EF señalo que: '... no es competencia de la justicia constitucional el pronunciarse respecto a la debida o indebida aplicación e interpretación de disposiciones normativas de naturaleza infraconstitucional, toda vez que para el efecto el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de los intérpretes normativos correspondiente-justicia ordinaria' (..)"

Al desarrollar el precepto constitucional, el COFJ, en sus artículos 7, 156 y 157 conceptualiza a la competencia, reconoce que ésta nace de la Constitución y la ley, regulándola y fijándola entre juezas y jueces en razón de las personas, la materia, el territorio y los grados. El COIP, en sus artículos 402 y 403, es coherente con el COFJ, y determina además que la competencia es improrrogable. En lo penal, la competencia material se encuentra estatuida en la ley, y otorga capacidad a las juezas y a los jueces para fijar la responsabilidad penal y aplicar una pena; está dada en razón de la figura delictiva, la naturaleza de la acción penal, la calidad del sujeto activo o la calidad de la pena y se la distribuye de forma especializada.

El ser procesado y juzgado por un juez competente conforme al trámite previamente determinado, cimenta el derecho a la seguridad jurídica, tal como lo preceptúa el artículo 82 de la Constitución de la República.

iii) El principio de unidad jurisdiccional tiene su fundamento en que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales que conforman el Poder Judicial (Función Judicial), cualesquiera que sean las personas y el Derecho material aplicable.[4] Artículo 168.3 de la Constitución de la República: "La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución." Artículo 188 ibídem: "En aplicación del principio de unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidas a sus propias normas de procedimiento. En razón de la jerarquía y responsabilidad administrativa, la ley regulará los casos de fuero."

El COFJ desarrolla este principio en su artículo 10 en los mismos términos que la Carta Magna, determinando además que la administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.- FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LA PRESIDENCIA Y DE LAS SALAS ESPECIALIZADAS, PARTICULAR A LA PENAL, PENAL MILITAR Y TRÁNSITO, DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Por su jerarquía y preponderancia para la Administración Justicia, las competencias genéricas de la Corte Nacional de Justicia se encuentran determinadas en la propia Constitución de la República (art. 184). A su vez el COFJ, delimita las funciones de la Presidencia de la Corte, así como las competencias de sus Salas Especializadas y especialmente, para el caso que nos ocupa, de la Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

a) Funciones de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia: De conformidad con el artículo 199 del COFJ, éstas son**:**

1. Representar a la Función Judicial. Esta representación no deberá entenderse como la representación legal que, para fines de administración y gobierno, le corresponde a la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura;

[4] 1. DE OTTO Y PARDO, Ignacio, Estudios sobre el Poder Judicial, Madrid, 1989, Págs. 17 y sgts. Citado por ZAVALA EGAS, Jorge, "La unidad jurisdiccional". Iuris Dictio, USFQ, Quito, Pág. 19.

2. Elaborar la agenda, convocar y presidir el Pleno de la Corte Nacional de Justicia;

3. Conocer y resolver si fuera del caso, los asuntos de extradición, con arreglo a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado;

4. Poner en consideración del Pleno, para su resolución, las consultas formuladas por las juezas y jueces sobre la inteligencia y aplicación de las normas;
5. Conceder licencia hasta por ocho días a los jueces y demás servidores de la Corte Nacional de Justicia; y,

6. Los demás asuntos que establezca la ley.

b) Competencias de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

De conformidad con el artículo 186 del COFJ, estas son:

1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera;

2. Los recursos de apelación de las sentencias en procesos penales por delitos de acción privada, que se sigan a personas sujetas a fuero de Corte Nacional, y, de la sentencia en juicio verbal sumario de liquidación de daños y perjuicios, reconocidos en causas penales en que hubieran sido imputados o acusados funcionarias o funcionarios sujetos al antes mencionado fuero. Se hallan sujetos a fuero de Corte Nacional en materia penal únicamente las autoridades, funcionarias y funcionarios que señalen la Constitución y la ley;

3. Los recursos de apelación en toda causa penal que se promueva contra las personas sujetas a fuero de Corte Nacional;

4. Los recursos de casación y de revisión en los procesos penales por delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas en ejercicio de su misión específica;

5. Los recursos de casación y de revisión en los procesos penales por delitos de función cometidos por los miembros de la Policía Nacional en ejercicio de su misión específica;

6. Los recursos de casación y de revisión por infracciones en materia de tránsito;

7. Las contravenciones de tránsito como de policía cometidas por personas que gozan de fuero de Corte Nacional;

8. Los demás asuntos que establezca la Ley.

c) Las competencias de las demás Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se encuentran delimitadas en los artículos 185, 189, 190 y 191 del COFJ.

5.- COMPETENCIAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA Y SU SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO, PARA CONOCER LOS PROCESOS PENALES MILITARES QUE SE ENCONTRABAN EN SUSTANCIACIÓN, UNA VEZ EXTINGUIDA LA CORTE DE JUSTICIA MILITAR

En coherencia con el principio de Unidad Jurisdiccional, los numerales 18 y 19 de la sentencia interpretativa No. 001-2008-SI-CC, de la Corte Constitucional, de fecha 28 de noviembre de 2008, dispusieron:

18. Para garantizar el principio de unidad jurisdiccional, y de conformidad con la Disposición Derogatoria de la Constitución, esta Corte ratifica que las Ex Cortes Militar y Policial, dejaron de existir con la vigencia de la Constitución de 2008. Los otros órganos de justicia Militar y Policial se mantienen y ejercerán sus funciones hasta que las leyes dispongan lo pertinente.

19. Los procesos que se encontraban sustanciándose en las ex Cortes Militar y Policial, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Octava de la Constitución, deberán pasar inmediatamente a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia y se tramitarán de acuerdo con leyes sustantivas y adjetivas, así como lo servicios de justicia militar y policial, en todo lo que no se oponga a la Constitución…. (subrayado es nuestro)

Posteriormente el COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de fecha 9 de marzo de 2009, eliminó los tribunales y juzgados militares y policiales, y en las Disposiciones Transitorias Décima, literal a) y Décima Tercera, inciso cuarto, estableció el paso de todos los procesos que se hayan iniciado en los tribunales y juzgados militares y policiales con anterioridad a la vigencia del COFJ, "según corresponda, a la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales penales y juzgados competentes en razón de la materia." Al no ser explícito el COFJ con relación a la sustanciación de los juicios penales militares y policiales iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, emitió la resolución de 9 de diciembre de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 95 de 24 de diciembre de 2009, en consideración a que "las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, tienen una organización judicial diversa a la de la justicia ordinaria, por lo que es indispensable hacer una adecuada distribución de los procesos penales militares y policiales, y establecer competencias que se adecúen a la estructura de la justicia ordinaria.." (subrayado es nuestro). El artículo 1 literal d) de la resolución, determina:

1.- Competencia. Procesos militares.- Los procesos penales militares que se encontraban tramitando, con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, en las Fuerzas Armadas, pasarán a conocimiento de la justicia ordinaria, de acuerdo con las siguientes reglas: ...d) Los de la Corte de Justicia Militar a los jueces de las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. (subrayado es nuestro)

Debemos hacer referencia también a la Ley reformatoria al Código Penal, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 196, de fecha 19 de mayo de 2010 que tipifica los delitos cometidos por personas en servicio militar y policial, estableciendo en la Disposición Transitoria Primera que:

> A partir de la publicación de esta Ley, en el Registro Oficial, las y los jueces y tribunales de garantías penales conocerán los procesos penales militares y policiales iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley reformatoria (...) y continuarán sustanciándolos de acuerdo a las normas procesales que estuvieron vigentes cuando se iniciaron y a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en lo que fueren aplicables... (subrayado es nuestro)

En la actualidad se encuentra vigente el Código Orgánico Integral Penal.

6.- LA NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN SUMARIA Y DE LAS DECISIONES DE LA JUNTA DE CAPITANES POR ACCIDENTES O SINIESTROS MARÍTIMOS Y SOBRE LA CONSULTA, DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE POLICÍA MARÍTIMA

Conforme al principio de unidad jurisdiccional, las Juntas de Capitanes no son órganos jurisdiccionales, ni forman parte de la Función Judicial. No tienen tampoco una connotación que se encasilla en el área estrictamente penal.

i) El artículo 21 del Código de Policía Marítima determina que el Jurado de Capitanes será competente para "fallar" en todas las causas instruidas ante las capitanías de puerto por accidentes o siniestros marítimos que hayan ocurrido en las aguas territoriales o a bordo de naves de la marina mercante nacional en alta mar, y que no corresponda fallar al capitán de puerto.

El artículo 360 literal a) dispone que en todo caso de abordaje, varada, naufragio, pérdida de cargamento o cualquier otro siniestro ocurrido a nave de alto bordo o costanera, cualesquiera que sean su porte y nacionalidad, dentro de los límites de su jurisdicción, el capitán de puerto que tuviere noticia de ello, por demanda, parte o denuncia, inmediatamente de recibido el aviso del siniestro, iniciará Información Sumaria.

Como su nombre lo indica la Información Sumaria es una investigación breve, rápida, que no amerita solemnidades como las propias de los procesos jurisdiccionales; con esta información lo que se hace es justificar hechos simples.[5] En los siguientes literales del artículo 360 encontramos el contenido y el trámite a dar a Información Sumaria.

De ser el caso, la Información Sumaria pasa a conocimiento del Jurado de Capitanes, quienes procederán de conformidad con los artículos 361 y 362 del Código de Policía Marítima y emitirán la decisión que corresponda.

Sobre aquella decisión el artículo 23 del Código de Policía Marítima es completamente claro al determinar que las resoluciones del Jurado de Capitanes, se limitarán a establecer la responsabilidad o irresponsabilidad técnica profesional del indiciado.

ii) La segunda parte del artículo 23 ibídem determina que habrá únicamente la consulta de ley de oficio de las resoluciones del Jurado de Capitanes para los casos de a) accidentes o siniestros de naves de alto bordo o b) de accidentes o siniestros de embarcaciones de cualquier porte que hubieran causado el fallecimiento o la desaparición de seres humanos. El artículo 24 regula que será la Corte de Justicia Militar quien conozca y resuelva en mérito de los autos, todas las causas que suban en consulta. Como vemos la consulta significaba una forma de control de oficio por sobre las decisiones de los Jurados de Capitanes en los supuestos antes descritos. La Corte de Justicia Militar, se encuentra extinta desde hace ya casi una década.

iii) El artículo 364 ibídem regula que: "Si de los hechos náuticos analizados por el Jurado de Capitanes resultaren presunciones graves, precisas y concordantes de la existencia de un hecho constitutivo de delito, aquél, en el fallo, dispondrá se pase al juez competente copia de todo lo actuado; y, si por esos hechos no aparecieren presunciones de la comisión de un delito, sino contravenciones marítimas, en el mismo fallo se impondrá la sanción correspondiente." (subrayado es nuestro) En el artículo 369 se reafirma: "Si el hecho, además de constituir contravención, fuere delito, el capitán de puerto o el Jurado de Capitanes, sancionará a aquélla y remitirá al presunto delincuente a órdenes del juez respectivo." (subrayado es nuestro) Es de reafirmar que, a más de cualquier otro hecho, específicamente si del accidente o siniestro se produce un fallecimiento o desaparición de un ser humano, corresponde a las autoridades marítimas de forma oportuna dar aviso a la justicia ordinaria competente, sin que la consulta tenga relación o influencia con este procedimiento.

[5] Ideas expuestas por las y los magistrados de la Sala Especializada de lo Penal, penal Militar, Penal Policial y Tránsito, al momento de fundamentar sus resoluciones en las que se declaran sin competencia para conocer por sobre las consultas elevadas en relación a las decisiones de los Jurados de Capitanes. Ej: Resoluciones 89-2018, 1777-2017 y 195-2014.

iv) Las decisiones de los Jurados de Capitanes podrían tener consecuencias en el ámbito civil, mercantil o administrativo, de ahí que para su impugnación o para el reconocimiento y reclamo de los derechos que podrían verse soslayados, los afectados tienen las vías reconocidas en la Constitución y en la ley.

7.- CONCLUSIÓN

Con la normativa expuesta, la consulta a la que se hace relación en los artículos

23 y 24 del Código de Policía Marítima, actualmente no es aplicable, pues no es compatible con el actual ordenamiento jurídico.

a) El artículo 23 del Código de Policía Marítima determina que las decisiones de los Jurados de Capitanes, en caso de que una de las naves involucradas en el accidente o siniestro sea de alto bordo, o cuando producto del hecho resultare el fallecimiento o desaparición de seres humanos, se procederá de oficio a la consulta de ley, misma que de conformidad con el artículo 24 ibídem, corresponde elevar a la anterior Corte de Justicia Militar, **organismo extinto** desde que entró en vigencia la Constitución de la República en el año 2008.

b) Tanto la sentencia interpretativa No. 001-2008-SI-CC de la Corte Constitucional, como las Disposiciones Transitorias Décima y Décima Tercera del COFJ, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de fecha 9 de marzo de 2009, así como la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 9 de diciembre de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 95, de 24 de diciembre de 2009, otorgan competencia para **conocer los procesos** militares y de policía que se encontraban sustanciando en la Corte de Justicia Militar **con anterioridad** a la entrada en vigencia del COFJ, a la Corte Nacional de Justicia, específicamente a sus Salas de lo Penal. (entendemos luego de la reforma al COFJ, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito)

c) Para los procedimientos por accidentes o siniestros marítimos, **iniciados con posterioridad** a la entrada en vigencia del COFJ o que en la **actualidad se encuentren en trámite ni la Constitución ni ley** han determinado que las consultas a las que se hace alusión en el artículo 23 con relación al artículo 24 del Código de Policía Marítima y que corresponden a decisiones de Jurados de Capitanes, **deban elevarse ni ser conocidas y resueltas por la Corte Nacional de Justicia**, ya sea su Presidencia o alguna de sus Salas Especializadas, entre ellas la Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

Las funciones y las competencias de la Presidencia y de todas sus Salas

Especializadas están plenamente determinadas en la ley.

d) Esta imposibilidad legal tiene lógica con el actual ordenamiento jurídico. Atendiendo al principio de unidad jurisdiccional, los Jurados de Capitanes no son órganos jurisdiccionales, sus decisiones -sustentadas en base a Informaciones Sumarias y que a su vez éstas resultan ser limitadas en lo formal, breves, rápidas- dictadas de conformidad con los artículos 21, 22, 23, 360, 361 y 362 del Código de Policía Marítima, son de naturaleza técnico marítima, por ende buscan determinar la responsabilidad profesional de quienes ocasionaron un accidente o siniestro marítimo. Evidentemente ni a la información sumaria ni a la decisión de los Jurados de Capitanes, se las puede asimilar como integrantes de un proceso jurisdiccional ordinario ni tampoco entran en la órbita del Derecho Penal, pues no se han adecuado a una conducta típica, antijurídica y culpable.

e) El Código de Policía Marítima, publicado en el Registro Oficial No. 1202, de 20 de Agosto 1960, en lo que se encuentra vigente, es aplicable siempre y cuando se adecue a los actuales preceptos constitucionales, y por ende a la actual estructura de la administración de justicia; no es procedente interpretar bajo ningún concepto que todas las competencias de la extinta Corte de Justicia Militar, incluida la de controlar vía consulta a las sanciones de índole profesional y técnica marítima emitidas por Juntas de Capitanes, han pasado *per se* a la Corte Nacional de Justicia, ni tampoco leer en lugar de Corte de Justicia Militar, Corte Nacional de Justicia.

f) Conforme al artículo 364 del Código de Policía Marítima, si es que de los hechos contenidos en aquellas Informaciones (investigaciones) Sumarias, resultaren presunciones sobre la comisión de un delito de acción penal pública, el Jurado de Capitanes en su decisión, debería disponer se pasen copias de todo lo actuado a la Fiscalía General del Estado.

g) Las decisiones de los Jurados de Capitanes no tienen una naturaleza penal, pero sí podrían tener consecuencias en el ámbito civil, mercantil, administrativo, etc., de ahí que quienes vean afectados sus derechos, pueden hacer uso de las vías que se encuentran plenamente reconocidas en la Constitución y en la ley, pero la consulta a la que se hace relación en los artículos 23 y 24 del Código de Policía Marítima, en la actualidad no debe ser bajo ningún concepto entendida como una forma o mecanismo de impugnación válido.

RESOLUCIÓN No. 06-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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;

Que la Constitución de la República, reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad del procedimiento, conforme se desprende de su artículo 76.3. El derecho a la defensa contiene entre otras garantías, el contar con jueces competentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 76.7.k). 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, de conformidad con el artículo 82 ibídem;

Que la Constitución de la República, en su artículo 168.3, reconoce al principio de unidad jurisdiccional, en razón del cual ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución, lo que supuso la supresión de las Cortes de Justicia Militar y Policial;

Que las funciones de la Corte Nacional de Justicia, están determinadas en el artículo

184 de la Constitución de la República, las de su Presidencia en el artículo 199 del Código Orgánico de la Función Judicial, las competencias de su Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en el artículo 186 ibídem. Las competencias de las demás Salas Especializadas se encuentran delimitadas en los artículos 185, 189, 190 y 191 del citado Código;

Que la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 9 de diciembre de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 95, de 24 de diciembre de 2009, en su artículo 1 literal d), determinó que exclusivamente los procesos penales militares de carácter jurisdiccional, y que se encontraban tramitando con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, en las Fuerzas Armadas, pasarán a conocimiento de la justicia ordinaria; así los de la Corte de Justicia Militar pasaron a los jueces de las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia; posteriormente con la reforma del COFJ, entendemos a la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;

Que el artículo 23 del Código de Policía Marítima, determina que: "Las resoluciones del Jurado de Capitanes se limitarán a establecer la responsabilidad o irresponsabilidad técnica profesional del indiciado; y respecto de este fallo, habrá únicamente la consulta de ley para los casos de accidentes o siniestros de naves de alto bordo o de accidentes o siniestros de embarcaciones de cualquier porte que hubieran causado el fallecimiento o la desaparición de seres humanos". A su vez el artículo 24 ibídem regula: "La Corte de Justicia Militar conocerá y resolverá por el mérito de los autos, todas las causas que suban en consulta; y las que, por indemnización de daños y perjuicios, intenten los perjudicados contra el respectivo capitán de puerto u oficial de Justicia Militar, en los casos en que la Capitanía de Puerto esté provista de Asesor Jurídico";

Que ni la Constitución ni la ley, otorgan competencia a la Corte Nacional de Justicia, a su Presidencia, o a alguna de sus Salas Especializadas para conocer y resolver las consultas a las que se hace referencia en los artículos 23 y 24 del Código de Policía Marítima, en trámites que se encuentren actualmente en proceso;

Que los Jurados de Capitanes, conforme al principio de unidad jurisdiccional, no son órganos jurisdiccionales, sus decisiones, sustentadas en base a Informaciones Sumarias, se han dictado de conformidad con los artículos 21, 22, 23, 360, 361 y 362 del Código de Policía Marítima, son de naturaleza técnica, buscan determinar la responsabilidad profesional de quienes ocasionaron un accidente o siniestro marítimo; no son procesos jurisdiccionales ordinarios; no tienen una naturaleza penal, pues no se adecuan a un acto típico, antijurídico y culpable;

Que de lo expuesto resulta inaplicable la consulta a la que hace relación el artículo 23 y 24 del Código de Policía Marítima, empero quienes vean afectados sus derechos por las decisiones adoptadas por Jurados de Capitanes, pueden hacer uso de las vías que actualmente se encuentran plenamente reconocidas en la Constitución dela República y en la ley;

Que aun cuando la referida "consulta" no es procedente de acuerdo al actual ordenamiento jurídico, las autoridades de la Armada del Ecuador, elevan las decisiones de Jurados de Capitanes ante la Presidencia de la Corte Nacional o a su Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

Art. 1.- La consulta de oficio sobre las decisiones de los Jurados de Capitanes, de conformidad con los artículos 23 y 24 del Código de Policía Marítima, al no tener carácter jurisdiccional, no son de competencia de la Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio de que quien se considere afectado pueda ejercer las acciones previstas en la Constitución y la ley.

Art. 2.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su promulgación, 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 dieciséis días del mes de mayo de dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, 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, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, Dra. Beatriz Suárez Armijos (E), Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo (E), JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

ACLARACIÓN DE DUDAS RESPECTO DE LA CITACIÓN POR CARTELES EN EL EXTERIOR

RESOLUCIÓN No. 07-2018

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.- NORMATIVA APLICABLE:

Entre las funciones que corresponden a la Corte Nacional de Justicia, a través del Pleno de ese organismo, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "*Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: …6. 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.*"

La facultad de esta Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de la leyes, constituye una de las labores fundamentales de este Órgano de justicia, íntimamente vinculado con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica (artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República). Se encuentra relacionado con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: "Art. 11. *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: …5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.*

…8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio."

Además, a través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia brinda a las juezas y jueces de instancia, tribunales provinciales, así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general, criterios unificados, debidamente sustentados, sobre la aplicación de la normatividad jurídica en la solución en casos de obscuridad o cuando existan vacíos en la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Orgánico General de Procesos, la citación es el acto por el cual se hace conocer a la o el demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria.

La citación, por regla general, ha de practicarse en el domicilio de la o el demandado y cuando se trata de la citación a personas jurídicas a través de su representante legal, se efectuará en el respectivo establecimiento, oficina o lugar de trabajo en días y horas hábiles. También la ley ha previsto a citación en casos especiales como es para los ecuatorianos en el exterior, a las o los herederos, a comunidades indígenas, afro ecuatorianas montubias o campesinas, organismos e instituciones estatales y agentes diplomáticos.

El Código Orgánico General de Procesos contempla varias formas de realizar la citación: en persona, por boletas o a través de medios de comunicación.

En lo que respecta a las o los ecuatorianos residentes en el exterior, existen dos posibilidades: Que se los cite mediante exhorto a través de las autoridades cuando se conoce su domicilio (artículo 57 COGEP); caso contrario existe la posibilidad de la citación se realice mediante la fijación de carteles en las oficias consulares.

El artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos dispone: *"Art. 56.- Citación a través de uno de los medios de comunicación. A la persona o personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar, se la citará mediante:*

1.- Publicaciones que se realizarán en tres fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar. De no haberlo, se harán en un periódico de la capital de provincia, asimismo de amplia circulación. Si tampoco hay allí, en uno de amplia circulación nacional. La publicación contendrá un extracto de la demanda o solicitud pertinente y de la providencia respectiva. Las publicaciones íntegras se agregarán al proceso.

2.- Mensajes que se transmitirán en tres fechas distintas, por lo menos tres veces al día, en una radiodifusora de la localidad, en un horario de seis a veintidós horas y que contendrán un extracto de la demanda o solicitud pertinente. La o el propietario o la oel representante legal de la radiodifusora emitirá el certificado que acredite las fechas y horas en que se realizaron las transmisiones de mensajes y una copia del audio. La citación por la radio se realizará cuando, a criterio de la o del juzgador, este sea el principal medio de comunicación del lugar.

La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado.

La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición. De admitirla, deberá motivar su decisión.

Transcurridos veinte días desde la última publicación o transmisión del mensaje radial comenzará el término para contestar la demanda.

Si se acredita que la parte actora, su apoderado o ambos, faltaron a la verdad con respecto a la dirección domiciliaria o residencia de la o del demandado o respecto al hecho de no haber sido posible determinar su individualidad, se remitirá copia de lo actuado al fiscal respectivo, para la investigación".

En la práctica se presentan casos en que la o el demandado registra salida del país de acuerdo a la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin embargo, no tiene registro consular y no se conoce el lugar final de su destino.

Las juezas y jueces de primer nivel a quienes corresponde ordenar la citación han expresado mediante consultas sus dudas respecto a la forma en que han de proceder en cuanto a la citación en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, especialmente en cuanto a cómo proceder si el demandado o demandada registra salida del país, pero no consta en un registro consular o se desconoce el lugar exacto de su destino final; o cómo se ha de proceder cuando existiendo registro de salida del Ecuador, en el país de destino existen varios consulados.

3.- CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS JURÍDICO:

La citación es el acto procesal por el que se hace saber al demandado de la existencia y contenido de la demanda o diligencia preparatoria y las providencias recaídas en el proceso. La citación es un acto procesal fundamental pues tiene la misión sustancial de hacer conocer al demandado que en su contra se ha propuesto una acción, para de esta manera vincularlo al proceso y ejerza su derecho a la defensa, pues entre sus efectos está el de "requerir al citado a comparecer ante la o el juzgador para deducir excepciones"; además tiene otros efectos como constituir al demandado en poseedor de mala fe, constituir al deudor en mora e interrumpir la prescripción (artículo 64 COGEP). Entonces debemos entender que la citación cumple un rol fundamental con relación al debido proceso, concretamente el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 76, numeral 7, letras a), b) c) y h) de la Constitución de la República, por cuanto: "*a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; y, h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*". La falta de citación da lugar a la nulidad del proceso, pues atenta precisamente contra estos principios constitucionales, al privar a la persona de su derecho a la defensa; no permitirle contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar y ejercer su defensa, a través de la formulación de excepciones que pudo presentar en oposición a la demanda; impide que sea escuchado en el momento oportuno para contestar la demanda y proponer excepciones que es el término que le concede el juez en el auto de calificación de la demanda; y no le permite presentar sus razones y argumentos y replicar los formulados por la parte accionante, actuar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, lo que constituye el "derecho de contradicción", base del debido proceso.

El caso motivo de duda se refiere a la aplicación de las normas de los incisos terceros y cuarto del artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos; pues por una parte tenemos que la persona que debe ser citada registra salida del país, sin embargo no consta en el registro consular.

En primer término debemos entender que el inciso tercero de la mencionada norma establece como requisito previo para que se pueda realizar la citación a través de medios de comunicación, y consiste en que es imposible determinar la individualidad, domicilio o residencia de la o el demandado; para ello el actor deberá declarar bajo juramento que ha efectuado todas las diligencias para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma.

El inciso cuarto en cambio, empieza señalando "Para el caso anterior se adjuntará la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique que la persona salió del país o consta en el registro consular." Esto significa que además del juramento referido en el párrafo anterior que debe rendir el actor, deberá agregar como requisito ese certificado.

Pero adicionalmente la norma establece otro requisito que consiste en que "Si se verifica que es así", se le citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado. Por lo tanto, es esta última parte del inciso cuarto del artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos la que establece la figura jurídica de la citación por carteles en las oficinas consulares.

Por su parte, la Ley Orgánica de Movilidad Humana, en su artículo 8 establece:

"*Derecho a la protección consular.- Las personas ecuatorianas en el exterior, para el adecuado ejercicio de sus derechos y obligaciones, recibirán la protección y asistencia de las misiones diplomáticas u oficinas consulares del Ecuador, cualquiera sea su condición migratoria.*

Las personas ecuatorianas en el exterior podrán inscribirse en el Registro Único de Ecuatorianos en el Exterior en línea o de forma presencial en las misiones diplomáticas u oficinas consulares del Ecuador. Este registro no constituye condición para acceder a los derechos previstos en esta Ley."

"Art. 124.- Registro migratorio.- Toda persona al momento de su ingreso y salida del territorio nacional está obligada a registrarse ante la autoridad de control migratorio.

En las zonas de integración fronteriza se aplicarán las excepciones de registro establecidas en esta Ley y en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador."

Por lo tanto, la Ley Orgánica de Movilidad Humana distingue entre lo que es el registro migratorio que consiste en la obligación que tiene toda persona de registrarse al momento de su salida o ingreso al país; de lo que es el registro consultar, que consiste en la inscripción en el Registro Único de Ecuatorianos en el Exterior, que en este último caso es voluntario.

La salida del país no necesariamente significa que la persona haya cambiado su residencia, pues puede tratarse de una salida temporal; en tanto que la inscripción en el registro consultar si denota un ánimo de la persona de permanecer por mayor tiempo en el país extranjero; esta distinción permite establecer precisamente en qué casos procede efectuar la citación mediante la publicación de carteles en las oficinas consulares del Estado Ecuatoriano en el exterior.

Al respecto también es necesario señalar que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha expedido el Instructivo para la certificación y citación conforme lo determina el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial No. 636 de 26 de noviembre de 2015, cuyo artículo 3 dispone:

"Art. 3.- Citación en las oficinas consulares Recibida la orden de citación emitida por autoridad competente las Coordinaciones Zonales, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, remitirán, por cualquier medio, la citación a la Oficina Consular correspondiente o a la Oficina Consular que tenga jurisdicción en la ciudad donde se habría trasladado el ciudadano al salir del Ecuador.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Las Oficinas Consulares deben publicar la citación en sus carteleras o paneles de difusión ubicados en un lugar visible de sus instalaciones. En caso de que la Oficina Consular cuente con información de contacto como correo electrónico o número de teléfono del ciudadano demandado, se procederá a informarlo de la existencia de esta citación.

El Jefe de la Oficina Consular o Cónsul dejarán constancia de lo actuado con un registro fotográfico y remitirá en el término de 3 días una certificación de la diligencia a la Coordinación Zonal respectiva, para que la misma sea entregada a la autoridad competente.

Se creará un archivo virtual y físico en las oficinas Consulares o Consulados de las citaciones, la constancia de su publicación y la comunicación enviada al Ecuador.".

En relación a esta norma existe la duda cuando la Oficina Consular tiene registrada información de contacto de la persona que deba ser citada, como un correo electrónico o número telefónico y le informa sobre la existencia de la citación por carteles, pero no recibe una respuesta. En ese caso, algunas juezas y jueces han interpretado que no se ha efectuado la citación y que el actor debe proporcionar más datos para insistir en aquella.

Sobre este último particular, se estima que tal gestión se trata de una actuación adicional realizada por la Oficina Consular pero de ninguna manera remplaza a la citación por carteles que debe igualmente ser practicada, y la razón de la Oficina Consular, servirá de suficiente constancia de que se ha efectuado la citación por carteles.

De la normatividad antes mencionada se establece que para este nuevo tipo de citación, contemplada en el inciso cuarto del artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, se establece que los carteles serán fijados en la Oficina Consular donde la persona que deba ser citada conste efectivamente inscrita en el Registro Único de Ecuatorianos en el Exterior. Por tanto, ateniéndonos al texto de la ley, exclusivamente en el caso de que la o el demandado se encuentren registrados en algún consulado del Ecuador en país extranjero, se procedería a la citación por carteles; no así en el evento de que la persona registre salida del país pero no esté inscrito en el registro consular.

4.- CONCLUSIÓN

En aplicación del Artículo 56 incisos tercero y cuarto del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con los artículos 8 y 124 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la citación mediante la fijación de carteles en las Oficinas Consulares del Ecuador, se realizará únicamente en el caso de que la persona que va a ser citada se encuentre inscrita en el Registro Único de Ecuatorianos en el Exterior; y que en el caso previsto en el Instructivo para la certificación y citación conforme lo determina el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando la Oficina Consular disponga de información de contacto de la persona que deba ser citada, aquello no suple la obligación de proceder a la citación mediante carteles. Para tal efecto se estima necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emita una resolución que aclare estos temas en virtud de las dudas que las y los juzgadores de primer nivel tienen al respecto.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 07-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA CONSIDERANDO:

Que el artículo 169 de la Constitución de la República establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y se regirá por los principios *de* simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso;

Que el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: "*Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 6. 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.*"

Que la citación es el acto procesal por el que se hace saber al demandado de la existencia y contenido de la demanda o diligencia preparatoria y las providencias recaídas en el proceso, que tiene la misión sustancial de hacer conocer al demandado que en su contra se ha propuesto una acción, para de esta manera vincularlo al proceso y ejerza su derecho a la defensa, cumple un rol fundamental con relación al debido proceso, consagrado en el artículo 76, numeral 7, letras a), b) c) y h) de la Constitución de la República. La falta de citación da lugar a la nulidad del proceso, pues atenta precisamente contra estos principios constitucionales, al privar a la persona de su derecho a la defensa; no permitirle contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar y ejercer su defensa;

Que en las diferentes judicaturas del país, se ha suscitado dudas sobre la inteligencia y aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos, en cuanto la citación por carteles en las Oficinas Consulares, cuando lapersona que va a ser citada no ha salido del país aunque esté registrada en un Consulado; o cuando habiendo salido del país no conste registrada en una oficina consular. Además, si bien dicho artículo ordena que se citará "por carteles", existe obscuridad respecto del número de carteles a ser fijados, su intervalo y su contenido;

Que igualmente existen dudas respecto al caso previsto en el artículo 3 del "Instructivo para la certificación y citación conforme lo determina el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos", expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Registro Oficial No. 636 de 26 de noviembre de 2015, cuando la Oficina Consular conocer información de contacto de la persona que deba ser citada como un correo electrónico o número telefónico y le informa sobre la existencia de la citación, pero no recibe una respuesta de aquella persona;

Que la citación, contemplada en el inciso cuarto del artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos mediante carteles serán fijados en la Oficina Consular se efectuará únicamente en el caso de que conste inscrita en el Registro Único de Ecuatorianos en el Exterior, no así en el evento de que la persona registre salida del país pero no esté inscrita en el registro consular;

Que no obstante la Oficina Consular conozca información de contacto de la persona que debe ser citada, se deberá practicar la diligencia de citación por carteles practicada en el forma prevista en el Artículo 56 inciso cuarto del Código Orgánico General de Procesos, cuya razón servirá de suficiente constancia de que se ha efectuado la citación;

En ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 180 numeral 6 del Código

Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- Para que un ciudadano ecuatoriano pueda ser citado mediante la fijación de carteles en un Consulado del Ecuador en el exterior, es necesario que, además del juramento de que ha sido imposible determinar el domicilio o residencia de la o del demandado y de que se han efectuado todas las diligencias necesarias para tratar de ubicar a quien se pide citar, adjunte al proceso la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que indique que la persona ha salido del país y que además se encuentra registrada en un consulado del país de destino.

Art. 2.- Esta forma de citación no procede para ciudadanos extranjeros ni personas jurídicas.

Art. 3.- La publicación de la citación se hará mediante tres carteles que se fijarán en los lugares más concurridos del consulado donde esté registrada la persona que se va a citar y se mantendrán por ocho días.

Art. 4.- La certificación emitida por las autoridades consulares respecto a que se han fijado los carteles servirá de suficiente constancia del cumplimiento de la diligencia de citación.

Art. 5.- Cuando del certificado emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana conste que la persona que va a ser citada no ha salido del país aún cuando esté registrada en un Consulado; o cuando habiendo salido del país no consta registrada en una oficina consular, no se podrá disponer la fijación de carteles. En estos casos el juez o la jueza dispondrá que se la cite en Ecuador mediante publicación por la prensa, previo el juramento previsto en el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 6.- Para la citación por carteles el juez remitirá únicamente un extracto de la demanda, con indicación de los nombres del actor, demandado, pretensión, cuantía, número de proceso y judicatura a la que debe comparecer, así como de las providencias recaídas en ella.

Art. 7.- Esta Resolución tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario; y se aplicará a partir de su expedición, 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 dieciséis días del mes de mayo de dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero, Delgado Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia SánchezInsuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, Dra. Beatriz Suárez Armijos (E), Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo (E), JUECES Y JUEZAS NACIONALES. Certifico f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

TRÁMITE DE EXCUSAS Y RECUSACIONES

RESOLUCIÓN No. 08-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

Que el artículo 75 de la Constitución de la República establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...";

Que el artículo 76.7.k. de la Constitución prescribe que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá entre otras garantías básicas la de ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente;

Que existe duda sobre quién es la autoridad competente ante la que se debe presentar la excusa y sustanciar la recusación, así como aquella a la que corresponde nombrar a quien subrogue al juzgador recusado para que continúe conociendo la causa principal mientras se sustancia la recusación;

Que igualmente existe duda de si cuando se niega la excusa presentada por un juez para conocer una causa, puede insistir en ella y pedir que el incidente sea ser resuelto por el superior;

Que es necesario establecer reglas claras a fin de garantizar la seguridad jurídica establecida en la Constitución de la República;

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde 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;

En uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE

Art. 1.- La demanda de recusación contra un juez unipersonal será sustanciada y resuelta en cuaderno separado por otro del mismo nivel y materia; cuando se presente contra uno o dos juzgadores que integren un tribunal, será conocida por el o los jueces hábiles del mismo; en caso de recusación contra todos los miembros de un tribunal será resuelta por otro tribunal del mismo nivel y materia.

En caso de que no existan suficientes juzgadores del mismo nivel y materia, la recusación será conocida por un juzgador del mismo nivel, cualquiera sea la especialización a la que pertenezca.

Art. 2.- La recusación no suspenderá el progreso de la causa principal.

En la Corte Nacional, citada la demanda, la Presidenta o Presidente de la Corte sorteará un conjuez para reemplazar al juzgador recusado en el conocimiento del juicio principal, salvo cuando la recusación se fundamente en retardo injustificado, en cuyo caso éste continuará en el conocimiento del proceso hasta que se resuelva la recusación. En las Cortes Provinciales, Tribunales y demás órganos jurisdiccionales, el sorteo del juez que subrogará en el conocimiento de la causa principal lo realizará la autoridad designada por el Consejo de la Judicatura para el efecto.

Mientras se tramite el juicio de recusación, el subrogante asumirá provisionalmente la competencia en la causa principal. Si la recusación es declarada procedente, se radicará definitivamente la competencia en él.

En caso de que la recusación sea declarada sin lugar, el juzgador titular recuperará la competencia, a menos que el subrogante haya intervenido en una audiencia prevista en el COGEP o en el COIP o haya dictado resolución, en cuyo caso, en virtud del principio de inmediación, la competencia quedará radicada en él.

Art. 3.- La excusa de un juzgador unipersonal la resolverá otro del mismo nivel y materia. Cuando se trate de uno o dos juzgadores que integren un tribunal, la resolverá el o los jueces hábiles. En caso de excusa de todos los jueces de un tribunal, resolverá otro tribunal del mismo nivel y materia.

En caso de que no existan suficientes juzgadores del mismo nivel y materia, la excusa será conocida por un juzgador del mismo nivel, cualquiera sea la especialización a la que pertenezca. La excusa se sustanciará como un incidente dentro de la causa principal. Para resolverla no se convocará a audiencia.

Art. 4.- La excusa se presentará por escrito y será resuelta en el término de tres días mediante providencia que será notificada a las partes. Sin embargo, también podrá presentarse en forma oral en una audiencia, en cuyo caso, de ser posible, será resuelta en ese momento y en caso de ser negada, la audiencia continuará.

La competencia del juzgador se suspende desde que la excusa consta de autos.

Art. 5.- La excusa no suspenderá el progreso de la causa principal.

En la Corte Nacional, presentada la excusa, la Presidenta o Presidente de la Corte sorteará un conjuez para reemplazar provisionalmente al juzgador titular en el conocimiento del juicio principal. En las Cortes Provinciales, Tribunales y demás órganos jurisdiccionales, el sorteo del juez que subrogará en el conocimiento de la causa principal lo realizará la autoridad designada por el Consejo de la Judicatura para el efecto.

Art. 6.- Si la excusa es negada, el juzgador titular reasumirá la competencia de la causa principal, sin que pueda insistir en su excusa, ni solicitar que un órgano superior revise la decisión. Sin embargo, si el subrogante ha intervenido en una audiencia prevista en el COGEP o en el COIP o ha dictado resolución, la competencia quedará radicada en él.

Si la excusa es aceptada, la competencia quedará radicada en el juzgador designado para conocer provisionalmente la causa principal.

Art. 7.- SUBROGACIÓN DEL PRESIDENTE DE UNA SALA.- La excusa o recusación del Presidente de una Sala especializada será resuelta por el Juez más antiguo de la Sala; de haber dos o más designados al mismo tiempo, lo será el primer nombrado y en caso de que éste no pudiera, conocerá el que le sigue en orden de prelación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

En caso de agotarse todos los jueces titulares de una Sala, la excusa o recusación será conocida por el juez más antiguo de la Sala o Salas afines y en caso de que éste estuviere ausente o impedido, conocerá el juez que le sigue en orden de prelación.

La Presidenta o Presidente subrogante de la Sala seguirá sustanciando la causa principal, salvo cuando la recusación se fundamente en retardo injustificado, en cuyo caso el titular continuará en el conocimiento del proceso hasta que se resuelva la recusación. Si la excusa o recusación es declarada procedente, se radicará definitivamente la competencia en el subrogante.

En caso de que la excusa o recusación sea declarada sin lugar, la Presidenta o Presidente titular recuperará la competencia, a menos que el subrogante haya intervenido en una audiencia prevista en el COGEP o en el COIP o haya dictado resolución, en cuyo caso, en virtud del principio de inmediación, la competencia quedará radicada en él.

En caso de ausencia temporal de la Presidenta o Presidente de Sala, se aplicarán estas mismas reglas para la subrogación.

Art. 8.- SUBROGACIÓN DEL PRESIDENTE DE UNA CORTE PROVINCIAL.- La excusa o recusación de la Presidenta o Presidente de una Corte Provincial será resuelta por el Juez más antiguo del tribunal; de haber dos o más designados al mismo tiempo, lo será el primer nombrado y en caso de que éste no pudiera, conocerá el que le sigue en orden de prelación.

En caso de agotarse todos los jueces titulares de la Corte Provincial, la excusa o recusación será conocida por el juez más antiguo de la Corte Provincial más cercana y en caso de que éste no pudiera, conocerá el que le sigue en orden de prelación.

La Presidenta o Presidente subrogante de la Corte Provincial seguirá sustanciando la causa principal, salvo cuando la recusación se fundamente en retardo injustificado, en cuyo caso el titular continuará en el conocimiento del proceso hasta que se resuelva la recusación.

Si la excusa o recusación es declarada procedente, se radicará definitivamente la competencia en él.

En caso de que la excusa o recusación sea declarada sin lugar, la Presidenta o Presidente titular recuperará la competencia, a menos que el subrogante haya intervenido en una audiencia prevista en el COGEP o en el COIP o haya dictado resolución, en cuyo caso, en virtud del principio de inmediación, la competencia quedará radicada en él.

En caso de ausencia temporal de la Presidenta o Presidente de una Corte Provincial, se aplicarán estas mismas reglas para la subrogación.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: En la Corte Nacional, el sorteo de los jueces o conjueces que deben conocer de una demanda de recusación, será realizado por la Unidad de Gestión Documental y Sorteos.

En las Cortes Provinciales, Tribunales Distritales y unidades judiciales, el sorteo lo realizará la autoridad designada por el Consejo de la Judicatura para el efecto.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SEGUNDA: Son Salas afines:

- Las Salas de lo Civil y Mercantil, Laboral, Familia, Niñez, Adolescencia y

Adolescentes Infractores.

- Las Salas de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario.
- Las Salas de lo Penal con la Sala que conozca asuntos de adolescentes infractores. De no existir Sala afín o de agotarse los jueces hábiles de las Salas afines, conocerá

el juez más antiguo de la Corte, sin importar la materia a la que pertenezca.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las excusas y recusaciones presentadas en los procesos que se sustancian con el Código de Procedimiento Civil, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COGEP, se sustanciarán con las normas previstas en aquel cuerpo legal.

DISPOSICIÓN FINAL

Esta Resolución sustituye la Resolución No. 05-2018 y tendrá el carácter de general y obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario; se aplicará a partir de su expedición, 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 ocho días del mes de agosto del año dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Miguel Jurado Fabara (VOTO EN CONTRA), Dr. Pablo Tinajero Delgado (VOTO EN CONTRA), Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, Dra. María Alejandra Cueva Guzmán (VOTO EN CONTRA), Dr. Roger Cusme Macías, Dr. Iván Larco Ortuño, Dr. Richard Villagómez Cabezas (VOTO EN CONTRA), Dra. María Teresa Delgado Viteri, Dr. Wilman Terán Carrillo, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO: OPORTUNIDAD PARA PROPONERLO POR EL FISCAL, COMPETENCIA PARA CONOCERLO, PENA MÍNIMA A IMPONERSE

RESOLUCIÓN No. 09-2018

1.- ANTECEDENTES

Juezas y Jueces de diversas jurisdicciones del país, han hecho llegar a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, consultas con relación al procedimiento abreviado en materia penal, las que por un lado versan sobre el momento de su proposición y la competencia para su sustanciación y resolución, (artículos 635.2 del Código Orgánico Integral Penal –COIP- y 221.2 del Código Orgánico de la Función Judicial-COFJ-) y por otro, sobre la aplicación de la pena (inciso tercero del artículo 636 del COIP), de ahí que a pesar de que el COIP se encuentra plenamente vigente desde agosto del 2014, en la actualidad, en determinadas jurisdicciones, Fiscalía siga proponiendo la aplicación del procedimiento abreviado en la etapa de juicio ante los Tribunales de Garantías Penales, y estos a su vez sigan sustanciándolo y resolviéndolo, y a más de ello que no exista uniformidad en cuanto al cálculo de la pena, problemática que es menester que sea resuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 180.6 del COFJ.

2.- COMPETENCIA DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA EXPEDIR RESOLUCIONES GENERALES Y OBLIGATORIAS EN CASO DE DUDA U OBSCURIDAD DE LA LEY

Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, le corresponde determinar la adecuada aplicación de la ley consultada aclarando las circunstancias de duda, puestas a su conocimiento; el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), establece que al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: "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; (...)".[1]

[1] Sobre la facultad de las juezas y jueces ordinarios, y del máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador, la Corte Constitucional, en sentencia N. 26-16-SEP-CC dictada en el caso N. 0920-12-EP: "(...) Al respecto, esta Corte Constitucional mediante la sentencia N° 202-14-SEFcc dictada dentro del caso N° 950-13-EF señalo que: '... no es competencia de la justicia constitucional el pronunciarse respecto a la debida o indebida aplicación e interpretación de disposiciones normativas de naturaleza infraconstitucional, toda vez que para el efecto el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la existencia de los intérpretes normativos correspondiente-justicia ordinaria' (...)"

3.- PROBLEMAS JURÍDICOS A SER RESUELTOS.

3.1.- DUDA GENERADA POR LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL ARTÍCULO 635.2 DEL COIP Y 221.2 DEL COFJ.

¿Cuál es el momento procesal oportuno y ante qué órgano jurisdiccional se debe presentar la propuesta de procedimiento abreviado?

a) Artículo 635.2 del COIP: "Reglas.- El procedimiento abreviado deberá sustanciarse de conformidad con las siguientes reglas:..2. La propuesta de la o el fiscal podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio…" (subrayado es nuestro)

En relación a la antedicha disposición jurídica encontramos el artículo 225 del COFJ: "Competencia.-Las y los jueces de garantías penales, además de las competencias atribuidas en el Código Orgánico Integral Penal, son competentes para:…5. Sustanciar y resolver los procedimientos abreviados y directos…." (subrayado es nuestro)

b) Artículo 221.2 del COFJ: "Competencia.- Los Tribunales Penales son competentes para:…2. Sustanciar y resolver el procedimiento penal abreviado, cuando les sea propuesto; y,…" (subrayado es nuestro)

El COIP da exclusiva competencia para el conocimiento y resolución del procedimiento abreviado a los jueces de garantías penales, debiendo ser propuesto desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio; en cambio, el COFJ otorgaría, a más de los citados jueces, la competencia para que conozcan y resuelvan este procedimiento especial a los Tribunales Penales, es decir que podría incluso proponérselo en la etapa de juicio.

3.2.- OBSCURIDAD EN LA REDACCIÓN DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 63 COIP.

¿Cómo debe calcularse la pena en el procedimiento abreviado?

Artículo 636 inciso tercero del COIP: "La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal." (subrayado es nuestro)

La redacción de la última parte de la citada disposición jurídica, ha provocado que en todo el país, las y los jueces interpreten la ley de forma indistinta, resultando que en muchos casos se han aplicado las normas aplicables al caso de forma distinta, dando resultados tan diferentes que se violenta el principio de igualdad y la seguridad jurídica.

4.- BASE JURÍDICA.-

4.1.- Interpretación de la ley penal.-

Para la solución de los problemas jurídicos, usaremos la CRE; las reglas para la interpretación de la ley penal que trae el COIP y el COFJ; y, los mecanismos de interpretación evolutiva, sistemática y teleológica y de solución de antinomias, contantes en la Ley Orgánica de Garantías Jurisidiccionales y Control Constitucional:

a) **Artículo 172 de la CRE.-** 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. (subrayado es nuestro)

b) **Artículo 13 del COIP:** Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.

3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos. (subrayado es nuestro)

c) **Artículo 6 del COFJ.-** Interpretación integral de la norma constitucional.- Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

d) **Artículo 29 del COFJ.-** 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.

Para nuestro análisis debemos resaltar a dos principios generales del derecho procesal: **OPORTUNIDAD,** el cual desde un aspecto procesal, nos indica que solo existe un tiempo útil dentro del cual las pretensiones resultan ser procedentes; y el de **PRECLUSIÓN**, que nos señala que cuando concluye una etapa procesal no podemos regresar a la anterior. Todo esto otorga seguridad a los sujetos procesales, puesto que si fenece una etapa o expira un plazo o término, sin que se hubiese realizado determinado acto que debía alegarse o presentarse en aquel momento, ya no puede ejercérselo en lo posterior.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

e) **Artículo 3, numerales 1, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.-** Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. **Reglas de solución de antinomias**.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior…

4. **Interpretación evolutiva o dinámica**.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales…

5. **Interpretación sistemática.-** Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía…

6. **Interpretación teleológica.-** Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo. (negrillas y subrayado es nuestro)

4.2.- Legalidad y competencia como integrantes del derecho al debido proceso. El derecho a la seguridad jurídica, la Corte Nacional de Justicia como garante del mismo.-

a) En nuestra Constitución de la República (CRE) se reconoce el derecho al debido proceso, dentro del cual, encontramos al principio de legalidad; el artículo 76.3 de la CRE preceptúa: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le 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." Encontramos dos dimensiones del principio de legalidad, por un lado que la norma punitiva y con ella la pena, existan y sean conocidas o puedan serlo, antes de que ocurra el acto o la omisión que la contravienen, para así poder ser sancionada; y, por otro, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido; tenemos así que con la legalidad se condiciona a la Administración de Justicia y por ende al poder punitivo del Estado, evitando la arbitrariedad.[2]

Dentro del debido proceso, el Asambleísta Constituyente ha establecido como parte de las garantías integrantes del derecho a la defensa, aquella constante en el artículo 76.7.k: "Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o

[2] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 041-13-5EP-CC. Caso No. 0470-12-EP. "…Dicha garantía, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, no solamente se limita a la observancia de una serie de etapas sucesivas, sujetas a determinadas formas, conforme a las normas infraconstitucionales establecidas para permitir al juzgador adoptar una decisión, sino que comporta además y principalmente, que se utilice el procedimiento que se ajuste de manera más idónea a lograr el objetivo final: la realización de la justicia. Es así que para distintas situaciones se establecen procedimientos diferentes, los que están supeditados a los principios sustanciales que protegen y no al contrario..."

por comisiones especiales creadas para el efecto." Garantía que a su vez empata con parte del contenido del artículo 76.3 ya citado, en donde se establece la necesidad de que el juzgamiento debe darse ante un juez competente legal y legítimamente preestablecido.[3] Coherentemente el legislador ha reafirmado que la competencia nace de la Constitución y la ley, y en el ámbito penal incluso se determina que es improrrogable.[4]

b) Entendemos con claridad que el principio de legalidad y la competencia, complementan el derecho a la seguridad jurídica, preceptuado en el artículo 82 de la CRE: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." El Pleno de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado que una de las facetas de la seguridad jurídica consiste en la necesidad de que todos los integrantes de la sociedad tenga certeza de que las consecuencias jurídicas de sus actos serán juzgadas por juezas y jueces competentes e imparciales, quienes aplicarán e interpretarán el ordenamiento jurídico de forma uniforme, resultando así que los fallos sean previsibles, sin que las juezas y los jueces puedan sorprender a las partes con resoluciones contradictorias, peor aún atentatorias con el ordenamiento jurídico; de ahí que el papel que desempeña la Corte Nacional de Justicia es fundamental en aras de garantizar este derecho, pues justamente una de sus tareas es procurar la unificación en la interpretación y aplicación de la ley, por medio de las resoluciones generales y obligatorias en caso de duda u obscuridad de norma.

4.3.- El procedimiento abreviado como expresión de los principios de eficacia, simplificación y economía procesal.-

Con la promulgación del COIP el sistema penal se ha constitucionalizado plenamente; con ello el legislador logró dos propósitos fundamentales: primero, que el ordenamiento jurídico penal, tanto en lo sustantivo, adjetivo como en la ejecución, se encuentra estructurado sobre la base de lo estatuido en la Constitución de la República; y segundo, que el sistema de administración de justicia penal, esté condicionada a los parámetros constitucionales.

El procedimiento abreviado se caracteriza por el hecho de que surge a raíz de una negociación o a un acuerdo al que llega la Fiscalía con la defensa del procesado, en cuanto a la admisión del hecho punible que se le atribuye al presunto responsable, con el fin de que éste obtenga una pena más beneficiosa, negociación que no es libre, puesto que la pena debe ser calculada conforme a los parámetros establecidos por el legislador; posteriormente este consenso debe ser expuesto ante el juez a quien se someterá el acuerdo que contendrá la pena sugerida, quien resolverá aceptándolo o negándolo. Si es aceptado emitirá sentencia declarando necesariamente la culpabilidad y dictaminando la pena que no podrá ser superior a la sugerencia hecha por el fiscal. (arts. 635 y 636 del COIP) Al admitir el hecho punible, se extingue la contradicción entre fiscal y procesado, fundamento de la etapa de juicio[5], por ello es que congruentemente el COIP reconoce que este procedimiento especial solo puede ser propuesto desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[3] Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "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"

[4] Arts. 7 y 157 del COFJ; art. 403 del COIP.

[5] Art. 610 del COIP: "Principios.- En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución."

Con este antecedente evidenciamos que el procedimiento abreviado tiene fundamento en los principios de eficacia, eficiencia, simplificación y economía procesal, mediante aquellos se busca que los procesos sean resueltos en un tiempo razonable, y para ello la ley ha determinado, como en este caso, un procedimiento especial con una regulación propia. El legislador norma la negociación entre fiscal y procesado y por ende el cálculo de la pena reducida; determina también un límite temporal para la implementación de este procedimiento, pues el acuerdo debe presentarse y ser resuelto por el juzgador en las primeras etapas del proceso penal; con todo ello la administración de justicia, en procura de la tutela judicial efectiva, otorga una respuesta ágil, oportuna y suficiente en términos de calidad, tanto a la víctima (reparación integral) como al procesado (pena beneficiosa pero proporcional y que atienda a sus fines[6]), evitando que la actividad jurisdiccional se vea ocupada infructuosamente, pues se privilegia para los Tribunales de Garantías Penales la competencia exclusiva de conocer y resolver la etapa de juicio en los procedimientos ordinarios, en las causas en donde, por la naturaleza de la infracción, es realmente necesaria su intervención, y en donde existe contradicción entre fiscal y procesado; debemos indicar también que con este diseño procesal, de ser aplicada oportuna y debidamente, combatimos de forma cierta el retardo judicial y obtenemos un real ahorro de costos y un uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros del Estado.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el procedimiento abreviado y en sus análisis encontramos, como no podía ser de otra manera, sindéresis con el espíritu del Asambleísta Constituyente y del legislador:

> Éste procedimiento especial tiene sustento en la necesidad de que los juicios en materia penal tengan una respuesta ágil y socialmente aceptable en términos de calidad, mediante un procedimiento oral, rápido y eficaz, otorgando al conflicto penal una prosecución y solución distinta a la ordinaria, en aquellos delitos de baja penalidad o menos graves, haciendo posible una mediación directa entre el fiscal y el procesado, sin ignorar los derechos de las víctimas. Este procedimiento estará siempre sujeto a todas y cada una de las garantías y principios que orientan al procedimiento penal ecuatoriano[7], fundamentalmente en relación con los postulados constitucionales del debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, así como con aquellos expuestos en la jurisprudencia supranacional.[8]
>
> Propio también se debe destacar que, el legislador ecuatoriano, ha visto que la introducción de estas nuevas instituciones, constituyen herramientas en busca de solventar problemáticas sociales que aquejan al convivir diario de las y los ecuatorianos, encontrando que la eficacia y la eficiencia son formas de combatir el retardo judicial y promueven una mejor rehabilitación y reintegro social de quienes podrían ser condenados por el cometimiento de infracciones menos relevantes penalmente, y que estarían en prisión sin condena, de ahí que la implementación del procedimiento abreviado y del directo se volvió ineludible.[9]

---

[6] Art. 52 del COIP: "Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales."

[7] Artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del COIP.

[8] Exposición de motivos de la RESOLUCIÓN No. 02-2016 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en Primer Suplemento del Registro Oficial No. 739, de 22 de abril de 2016.
Debemos también indicar que para Bolívar Vergara Acosta, en su obra -"El Sistema Procesal Penal, Código Orgánico Integral Penal, la normativa del proceso" Murillo Editores, Guayaquil, 2015, p. 746,- este trámite procesal en el Ecuador se sustenta en los principio de razonabilidad, de justicia consensuada, solución alternativa de conflictos; la actuación fiscal se basa en el principio de oportunidad y el de objetividad. No compartimos el criterio de la justicia consensuada, devenida de la llamada verdad consensuada, empero es importante tener en cuenta el criterio del mentado jurista ecuatoriano.

[9] Consulta absuelta por Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión ordinaria de 3 de junio de 2015.

Los principios de eficacia, simplificación y economía procesal están determinados en la Constitución y desarrollados en el COFJ:

Artículo 169 de la CRE: "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."

Artículo 18 del COFJ: "Sistema-medio de administración de justicia.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades."

4.4.- Breve análisis histórico con relación a las reglas de competencia para proponer, sustanciar y resolver el procedimiento abreviado y sobre la aplicación y cálculo de la pena.

a) Proposición, sustanciación y resolución.- El extinto Código de Procedimiento Penal (CPP), que entró en vigencia el 13 de enero de 2000, al incorporar al procedimiento abreviado, determinaba que podía ser solicitado hasta el momento de la clausura del juicio; luego con la reforma del 24 de marzo de 2009, se dispuso que podía ser formulado en la etapa de juicio, hasta antes de la audiencia respectiva. En coherencia con aquella evolución histórica, el COFJ promulgado en marzo del año 2009, en su artículo 221.2 reguló que los Tribunales Penales, que son lo que conocen la etapa de juicio, son competentes para sustanciar y resolver el procedimiento penal abreviado cuando les sea propuesto. Es evidente que en aquel momento se aceptaba que el procedimiento abreviado podía modificar la etapa de juicio en desarrollo, pero actualmente no es así, nuestro sistema penal está regulado por un solo cuerpo normativo, el COIP, que fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de Febrero de 2014, en donde como ya hemos analizado, al constitucionalizarse nuestro proceso penal, se inviste al procedimiento abreviado de congruencia con los principios de eficacia, eficiencia, simplificación y economía procesal, se lo aparta del juicio y así el legislador determina en el artículo 635.2 que podrá proponerse solamente desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, es decir ante el juez de garantías penales, que conforme a la ley es el encargado de sustanciar las primeras etapas del proceso penal. Tan es así que el mismo COIP, en las disposiciones reformatorias al Código Orgánico de la Función Judicial, cuando reformó las competencias de las juezas y los jueces de garantías penales, artículo 225.5, determina: "…5. Sustanciar y resolver los procedimientos abreviados y directos".

b) Cálculo de la pena.- En el CPP, se establecían las reglas que regían para este procedimiento, que como en la actualidad está dado para ciertos delitos que cumplan los presupuestos establecidos en la norma, más para la imposición de la pena, el inciso cuarto del artículo 370 establecía: "Si la resolución es conforme a la petición del procesado, el juez de garantías penales enviará inmediatamente al tribunal de garantías penales para que avoque conocimiento y resuelva la adopción o no de la pena como consecuencia del procedimiento abreviado. La pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal." Ya en la práctica encontrábamos que la pena sugerida resultaba incluso de la aplicación de atenuantes, no pudiendo ser menor a ese piso.

Igualmente en el artículo 174 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, encontrábamos la siguiente regla: "En materia de tránsito, todos los delitos a excepción de los casos en que hubiese muertos son susceptibles de aplicar el procedimiento abreviado conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal. En la aplicación de este procedimiento, el Fiscal queda autorizado a solicitar una pena reducida hasta un máximo del cincuenta por ciento de la pena fijada." Como vemos nuevamente el legislador determina que la la pena sugerida no podía ser menor al piso mínimo establecido en la norma.

Observamos entonces que, históricamente el procedimiento abreviado, no ha sido una negociación libre en cuanto al cálculo de la pena, siempre se ha procurado mantener un piso del cual la pena no podía ser menor, pues así se obtiene una pena reducida y atractiva para el procesado, pero que además resulta proporcional, evitando que juezas y jueces impongan penas sumamente mínimas y arbitrarias.

5.- SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.-

Con los antecedentes expuestos, y en uso de las reglas y mecanismos de interpretación de la ley, concluimos:

5.1.- ¿Cuál es el momento procesal oportuno y ante qué órgano jurisdiccional se debe presentar la propuesta de procedimiento abreviado?

Como hemos analizado, el COIP regula de forma expresa al procedimiento abreviado, determinando en el artículo 635.2 que la propuesta de la o el fiscal podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, entendamos ante la jueza o el juez de garantías penales. La o el fiscal y la o el juez deben someterse de forma irrestricta a ésta estructura procedimental, en respeto de los derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, y a los principios de eficacia, eficiencia, simplificación y economía procesal, que como hemos visto, han sido coherentemente desarrollados por la ley.[10]

Si bien para el procedimiento abreviado, el COFJ nos de la estructura de la competencia; esto es solo de forma general, empero el procedimiento, en este caso el penal, no lo permite, pues, el COIP, norma especial y posterior, de ninguna manera posibilita que Fiscalía proponga al Tribunal de Garantías Penales el procedimiento abreviado, siendo así ese órgano jurisdiccional no puede sustanciar y resolver, esta negativa se reafirma incluso con la observancia de los principios procesales de oportunidad y preclusión; es decir el COIP mas bien pone límites para proponer y resolver el procedimiento abreviado, cabalmente sustentándose en los principios de eficiencia, celeridad, entre otros, pues carecería de sentido que el procedimiento abreviado, que pretende abreviar tiempo, dar respuestas más ágiles y manejar con eficacia los recursos de la administración de justicia, pueda proponerse incluso en la audiencia de juzgamiento. Recordemos finalmente que la competencia única de las juezas y los jueces de garantías penales para sustanciar y resolver este procedimiento especial, tiene sustento también en el artículo 225.5 del COFJ.

5.2.- ¿Cómo debe calcularse la pena en el procedimiento abreviado?.

Para solventar la obscuridad en la redacción del artículo 636 inciso tercero del COIP, en primer lugar indicaremos que el legislador busca que la rebaja de la pena en el procedimiento abreviado tenga un piso, esto con el fin de evitar la imposición de penas mínimas, desmedidamente desproporcionadas con el daño

[10] Art. 129.1, 2 y 3 del COFJ: "Facultades y deberes genéricos 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:1. Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella; 2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente; 3. Resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la Función Judicial;.."
Art. 130.1 y 2 ibidem: "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: 1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios; 2. Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales;…"

inferido por la acción delictiva, que rayan incluso en la impunidad, y que atentan a su vez a uno de los fines de la pena que es la prevención general para la comisión del delito.

Siendo así, el inciso tercero del artículo 636 del COIP establece: "La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal."

Lo interpretamos de la siguiente manera: Como resultado de la negociación entre fiscal y procesado y de la aplicación del conjunto de atenuantes, la pena a ser impuesta nunca puede ser menor al tercio de la pena mínima determinada en el tipo penal; es decir que si tenemos una conducta delictiva sancionada con 3 a 5 años de privación de libertad, la pena no puede ser menor a un 1 año, que es el tercio de la pena mínima (3).

Con esta interpretación logramos además armonizar al procedimiento abreviado con otras instituciones jurídicas en marco del contexto general del COIP. Así, encontramos que el segundo inciso del artículo 44 del COIP, que determina los mecanismos de aplicación de atenuantes ordena: "Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción." En este caso la regla es una sola y clara, lo que se reduce es un tercio. Por ejemplo, si la pena es de 3 años, se reduce un tercio, esto es 1 año quedando la pena en 2 años. En cambio la expresión que usa el legislador para el procedimiento abreviado es diferente: "…sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal". Entendemos entonces que es otra regla, de igual forma única, que busca que la pena a ser impuesta ya rebajada, no pueda ser nunca menor a un tercio de la mínima determinada en el tipo penal. Al contrario, si entendemos de forma distinta la rebaja a la que hace alusión el procedimiento abreviado, podría haber un paralelismo exacto con la regla del artículo 44 que regula la aplicación de atenuantes, lo que nos lleva a una interrogante: ¿Qué beneficio tendría el acusado, que acepta el hecho que se le atribuye y se somete a un procedimiento abreviado, si la pena a la que se vería expuesto es igual a la que podría recibir en un procedimiento ordinario con la aplicación de atenuantes, en donde incluso tendría la expectativa de una sentencia confirmatoria de inocencia? La respuesta es única: ningún beneficio. Como vemos, lo planteado no resulta lógico desde un punto de vista jurídico, y atenta a los fines del procedimiento abreviado, entre ellos el ofrecer al procesado, de forma oportuna, un beneficio atractivo, una pena rebajada, a cambio de aceptar el hecho que se le atribuye, y con ello materializar los principios constitucionales ya analizados *up supra.*

Interpretada sistémicamente la noma, queda claro que el legislador utiliza una fórmula diferente en lo tocante a las atenuantes; es decir una norma que sea menos beneficiosa que la aplicación de atenuantes en el caso de procedimiento abreviado, con lo cual, además se incentiva el uso de este procedimiento especial. En efecto el artículo 44 del COIP determina que: "…Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes o modificatorias de la infracción…"

Si el legislador hubiera querido aplicar esta misma regla para la pena del procedimiento abreviado, pues en técnica legislativa podía usar una norma de remisión; esto es en las normas del procedimiento abreviado remitirnos al artículo 44 ibídem o, simple y llanamente, replicarlo con el mismo lenguaje y técnica. Más, el legislador busca y aplica un lenguaje distinto, en otras expresiones diferencia la rebaja de la pena con la aplicación de atenuantes en el caso del procedimiento abreviado; de modo que la pena en un procedimiento ordinario y un abreviado, aun aplicando las atenuantes son distintas, sin duda más favorable en el procedimiento abreviado que, precisamente, es lo que busca el legislador.

En cuanto a la interpretación teleológica, este método nos da mayores luces y fortifica el criterio que obtenemos de la mirada sistémica del COIP. Lo que busca el legislador con el procedimiento abreviado,

lo hemos dicho ya, y coincide con los criterios doctrinarios, además la sola lectura de la ley en la temática nos permite llegar a la misma conclusión, es que se dé una respuesta ágil, obteniendo el estado una sentencia condenatoria y cumpliendo con la tutela judicial efectiva y respuesta a la víctima de la infracción, en tanto el procesado obtiene una pena favorable, más favorable que la que pudiera obtener sometiéndose a un procedimiento ordinario. Empero, si la pena del procedimiento abreviado, al aplicarse las atenuantes, podría ser la misma que la que obtendría en un procedimiento ordinario, el procedimiento especial abreviado carece de sentido con lo que, además, se desincentiva el uso del procedimiento abreviado que busca el legislador en aras de encontrar un equilibrio entre el respeto de las garantías y la eficiencia de la administración de justicia, este criterio se evidencia con la instauración de diversos procedimientos, tales como el directo y expedito.[11]

RESOLUCIÓN No. 09-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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;

Que la Constitución de la República, en su artículo 76.3 reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad, la que por un lado determina que la norma punitiva, exista y sea conocida o pueda serlo, antes de que ocurra el acto o la omisión que la contravienen, para así poder ser sancionada; y, por otro, la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. La legalidad empata a su vez con el artículo 76.7.k ibidem que garantiza para todas y todos ser juzgados por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. 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, de conformidad con el artículo 82 ibídem.

Que por una parte el artículo 635.2 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 225.5 del Código Orgánico de la Función Judicial, otorgan exclusiva competencia para el conocimiento y resolución del procedimiento abreviado a los jueces de garantías penales, debiendo ser propuesto por la o el fiscal desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio; y, por otra el artículo 221.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que los Tribunales de Garantías Penales, serán competentes para sustanciar y resolver el procedimiento abreviado cuando les sea propuesto, con lo que ampliaría la posibilidad de que este procedimiento especial pueda ser propuesto y ventilado incluso en la etapa de j uicio. Este contexto normativo incompatibilidad genera dudas a los administradores de justicia del país en cuanto a la aplicación de las citadas normas.

Que el artículo 636 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, determina que en el procedimiento abreviado la pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal, siendo esta última parte de la disposición

[11] Al respecto, véase la exposición de motivos del COIP, que destaca la necesidad de hallar un equilibrio entre la eficiencia del sistema de justicia y el respeto a los derechos y garantías de los sujetos procesales.

jurídica, la que adolece de obscuridad en su redacción, de ahí que sea aplicada indistintamente por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional.

Que el artículo 172 de la Constitución de la República dicta que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. El artículo 13.1 del Código Orgánico Integral Penal, regula que la interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial determina 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, y 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. Finalmente el artículo 3 numerales 1, 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contiene las reglas de solución de antinomias, y reconoce los métodos de interpretación evolutiva, sistemática y teleológica.

Que el procedimiento abreviado, en procura de la tutela judicial efectiva, es una expresión de los principios constitucionales de eficacia, simplificación y economía procesal, por ende el COIP regula que debe ser presentado por la o el fiscal y resuelto por el o la jueza de garantías penales en las primeras etapas del proceso penal, otorgando una respuesta ágil, oportuna y suficiente en términos de calidad, tanto a la víctima como al procesado; y además se evita que la actividad jurisdiccional se vea ocupada infructuosamente. Así se privilegia para los Tribunales de Garantías Penales la competencia exclusiva de conocer y resolver la etapa de juicio en los procedimientos ordinarios, en las causas que por la naturaleza de la infracción, es realmente necesaria su intervención y en donde exista contradicción entre fiscal y procesado, con ello también se combate el retardo judicial. Si bien de forma estructural, el artículo 221.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, otorga competencia para que los Tribunales de Garantías Penales sustancien y resuelvan el procedimiento abreviado cuando les sea propuesto, el procedimiento, en este caso el penal, permite o no el ejercicio de esta competencia, la que como se ha visto no está reconocida en el Código Orgánico Integral Penal, norma especial y posterior.

Que en cuanto al cálculo de la pena en el procedimiento abreviado, conforme a los métodos de interpretación teleológica y sistemática, podemos decir que el legislador busca además que la rebaja de la pena tenga un piso mínimo, esto con el fin de evitar la imposición de penas arbitrarias y que afecten a sus fines; siendo necesario además armonizar este procedimiento especial con otras instituciones jurídicas reconocidas en el COIP, fundamentalmente con el mecanismo para la aplicación de atenuantes; debiendo reconocer para al procesado que de forma oportuna se someta al abreviado, un beneficio atractivo, una pena rebajada, a cambio de aceptar el hecho que se le atribuye, y con ello materializar con este procedimiento los principios constitucionales citados *up supra*,

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

ARTÍCULO 1.- El procedimiento abreviado puede ser propuesto por la o el fiscal únicamente desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. La competencia exclusiva para sustanciarlo y resolverlo corresponde a la jueza o juez de garantías penales.

ARTÍCULO 2.- En el procedimiento abreviado, como resultado de la negociación entre fiscal y procesado, que incluye el análisis de los hechos imputados y admitidos y la aplicación de atenuantes, incluida la trascendental, la pena a imponerse nunca podrá ser menor al tercio de la pena mínima determinada en el tipo penal.

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 cinco días del mes de septiembre del dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, 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, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, Dra. María Alejandra Cueva Guzmán (VOTO EN CONTRA), Dr. Roberto Guzmán Castañeda, Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. David Jacho Chicaiza, Dr. Patricio Secaira Durango, CONJUECES Y CONJUEZAS NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EL PROCEDIMIENTO DIRECTO EN EL CASO DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD CALIFICADOS COMO FLAGRANTES, ES APLICABLE CUANDO CONCURRAN DOS PRESUPUESTOS: 1.- LA PENA MÁXIMA SEA DE HASTA CINCO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD; Y, 2.- EL MONTO DEL PERJUICIO OCASIONADO NO EXCEDA DE TREINTA SALARIOS BÁSICO UNIFICADOS DEL TRABAJADOR EN GENERAL

RESOLUCIÓN No. 10-2018

1.- ANTECEDENTES

Juezas y jueces de diversas jurisdicciones a nivel nacional, han remitido consultas a la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en relación a la aplicación del procedimiento directo en los delitos contra la propiedad calificados como flagrantes, debido a una aparente obscuridad en la redacción del artículo 640.2 del Código Orgánico Integral Penal (COIP); es así que no se tendría claro, si para estos casos se debe observar únicamente que el monto del perjuicio no rebase los treinta salarios básicos unificados del

trabajador en general, o en su defecto, se tiene, además tener en cuenta que la penalidad de la conducta no sea mayor a cinco años de privación de libertad. Frente a esta temática, en el proceso de absolución de consultas, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en sesión de fecha 26 de marzo de 2018, emitió criterio, el que se encuentra sentado en oficio No. No. 046-2018 PSPPM-PPT-CNJ-SSI, de 5 de abril de 2018:

> …la Sala considera que de conformidad con el artículo 640.2 del Código Orgánico Integral Penal, la aplicación del procedimiento directo, se efectúa respecto a todos los delitos sancionados con una pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, con las excepciones constantes en el inciso segundo de dicha norma, y en los delitos contra la propiedad cuya pena máxima sea de cinco años y además el monto del perjuicio no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general; y, precisando en cuanto al delito de robo, únicamente sería aplicable el procedimiento directo, cuando se trate de robo con fuerza en las cosas conforme el artículo 189 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal.

A pesar de contar con el citado razonamiento, juezas y jueces de instancia aplican de diferente forma el procedimiento directo en delitos contra la propiedad calificados como flagrantes, lo que determina la necesidad de que dicha problemática deba ser resuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

2.- PROBLEMA JURÍDICO A SER RESUELTO: OBSCURIDAD DEL ARTÍCULO 640.2 DEL COIP, RESPECTO DE LOS CRITERIOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA DETERMINAR LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DIRECTO EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Art. 640.2 del COIP: "Procedimiento directo.- El procedimiento directo deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas: … 2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes.

Se excluirán en este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública, delitos contra la inviolabilidad de la vida e integridad y libertad personal con resultado de muerte." (subrayado es nuestro).

Para las y los administradores de justicia consultantes, la redacción del citado artículo**, en relación a la aplicación o no del procedimiento directo en delitos contra la propiedad flagrantes**, podría llevar a dos escenarios distintos: **a)** Que en primer lugar se deba observar que el delito no tenga una pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años, para luego determinar si el monto del perjuicio no exceda los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general; cumplidos esos dos requisitos, el hecho debería ser juzgador conforme las normas del procedimiento directo; o **b)** Que solamente se debe observar que el monto del perjuicio no exceda los treinta salarios para sustanciar la causa como procedimiento directo, sin tener presente la pena que corresponde conforme al tipo penal.

Estas dos formas de interpretar la norma están siendo usadas de manera indistinta por parte de juezas y jueces del país, lo que afecta a la seguridad jurídica.

3.- BASE JURÍDICA.

3.1.- Legalidad como integrante del derecho al debido proceso. Derecho a la seguridad jurídica.

a) La Constitución de la República (CRE) reconoce el derecho al debido proceso, dentro del cual, se ha determinado al principio de legalidad; la segunda parte del artículo 76.3 de la CRE preceptúa: "…Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento." Encontramos entonces que una de las dimensiones del principio de legalidad, hace relación a la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramenteprestablecido; así, con la legalidad se condiciona a la Administración de Justicia y por ende al poder punitivo del Estado, evitando la arbitrariedad.[1]

b) El derecho a la seguridad jurídica se encuentra preceptuado en el artículo 82 de la CRE: "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." Como vemos, reconociendo la singularidad y autonomía del derecho al debido proceso, con su arista la legalidad, logramos identificar su conexidad con el derecho a la seguridad jurídica, en tanto que el respeto al primero comporta el simultáneo acatamiento de aspectos del otro. Con relación a la seguridad jurídica, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia ha reiterado que una de sus facetas consiste en la necesidad de que todos los integrantes de la sociedad tengan certeza de que las consecuencias jurídicas de sus actos serán juzgadas por juezas y jueces competentes e imparciales, quienes aplicarán e interpretarán el ordenamiento jurídico de forma uniforme, resultando así que los fallos sean previsibles, sin que las juezas y los jueces puedan sorprender a las partes con resoluciones contradictorias, peor aún atentatorias al ordenamiento jurídico; de ahí que el papel que desempeña la Corte Nacional es fundamental en aras de garantizar este derecho, pues justamente una de sus tareas es procurar la unificación en la interpretación y aplicación de la ley, por medio del desarrollo del sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios fundamentados en fallos de triple reiteración, y de las resoluciones generales y obligatorias en caso de duda u obscuridad de norma.[2]

3.2.- Naturaleza jurídica del Procedimiento Directo.

Por sobre la implementación de los procedimientos especiales en el COIP, para nuestro estudio, el directo, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado[3] indicándonos que éste responde a la adecuación de la normativa ecuatoriana a los modernos conceptos doctrinales que aseguren un correcto funcionamiento de la justicia penal en la sociedad de hoy en día, que exige eficacia y al mismo tiempo eficiencia a la administración de justicia, en correlación con los principios de celeridad, simplificación y

[1] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 041-13-5EP-CC. Caso No. 0470-12-EP. "…Dicha garantía, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, no solamente se limita a la observancia de una serie de etapas sucesivas, sujetas a determinadas formas, conforme a las normas infraconstitucionales establecidas para permitir al juzgador adoptar una decisión, sino que comporta además y principalmente, que se utilice el procedimiento que se ajuste de manera más idónea a lograr el objetivo final: la realización de la justicia. Es así que para distintas situaciones se establecen procedimientos diferentes, los que están supeditados a los principios sustanciales que protegen y no al contrario…"

[2] Exposición de motivos de la Resolución 04-2016, dictada el 10 de agosto de 2016, por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia., a más de lo expuesto, las magistradas y magistrados han dicho: "En coherencia con esta noción de necesidad de uniformidad en las decisiones judiciales, como sustento de la seguridad jurídica, es que el Asambleísta Constituyente determinó como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el país, el de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración."

[3] Consulta del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, absuelta por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dada a conocer mediante Oficio No. 741-SG-SLL-2015, de fecha 5 de junio de 2015; conceptos que a su vez son reiterados en la Exposición de motivos de la Resolución No. 02-2016 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en Primer Suplemento del Registro Oficial No. 739, de 22 de abril de 2016.

economía procesal.[4] Así, y en observancia al principio de legalidad, se han implementado procedimientos especiales, entre ellos el directo, como una forma de adaptación de los procesos penales a los grados de complejidad de los casos y a los niveles de relevancia de algunas conductas en la seguridad ciudadana. De esta manera se busca que estas instituciones den una respuesta ágil y socialmente aceptable en términos de calidad, mediante un procedimiento oral, rápido y eficaz, dando al conflicto penal una prosecución y solución distinta a la ordinaria, en los delitos de baja penalidad, pero sujetos siempre a todas y cada una de las garantías y principios que orientan al procedimiento penal ecuatoriano.[5] El legislador también ha visto que con la introducción de estas nuevas instituciones, se obtiene una herramienta legítima en busca de solventar problemáticas sociales que aquejan al convivir diario de las y los ecuatorianos, encontrando que la eficacia y la eficiencia son formas de combatir el retardo judicial y promueven una mejor rehabilitación y reintegro social de quienes podrían ser condenados por el cometimiento de infracciones menos relevantes penalmente.[6]

La principal característica del procedimiento directo es que concentra todas las etapas del proceso ordinario (entendamos los principios y fines que persiguen cada etapa) en una sola audiencia (audiencia de juicio directo, que debe celebrarse en un plazo máximo de diez días contados desde la calificación de flagrancia –art.640.4-) y procede para los delitos que contengan una doble calidad (art. 640.2 del COIP): **a)** que sean calificados como flagrantes, adecuando con ello a lo que la doctrina y el derecho comparado llama "casos en donde la prueba es evidente"; y, **b)** que sean sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, y además, para los delitos contra el derecho a la propiedad, se debe mirar que el monto del perjuicio ocasionado no exceda los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, con esto el legislador es coherente con la idea de que estos procedimientos son aplicables solamente para los delitos menos graves. Empero también existen algunas excepciones para su aplicación, esto es en aquellos casos en donde a pesar que se cumplan con los parámetros antes citados, constituyen delitos contra la eficiente administración pública, delitos contra la inviolabilidad de la vida e integridad y delitos contra la libertad personal con resultado de muerte (debiendo entenderse que el bien jurídico protegido, por ejemplo el caso de lesiones con incapacidad permanente, opera como un parámetro de exclusión).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[4] El Art. 169 de la CRE, reza: "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".
Artículo 18 del COFJ: "Sistema-medio de administración de justicia.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades."

[5] Recordemos que el Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República dice: "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."; e igualmente el inciso primero del artículo 424 ibídem, reza: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica." Pues con ello entendemos la necesidad de incorporar nuevas instituciones que garanticen el desarrollo de los principios y garantías contenidos en la Carta Magna Magna, y que recíprocamente, su existencia se corresponda con el respeto a aquellos postulados.

[6] "en esta época de grandes transformaciones el proceso penal no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio […] Tanto en el mundo desarrollado como en los países en desarrollo, las condiciones de la modernidad han producido un aumento vertiginoso en el número de casos que ingresan al sistema de justicia penal. Pero debido a que los procesos tradicionales no fueron diseñados para funcionar en esta escala grandemente ampliada, ha surgido la necesidad de racionalizar el esquema procesal. La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser 'racionada'." Mirjan Damska, Aspectos globales de la reforma del proceso penal. En "Reformas a la justicia penal en las Américas", The Due Process of Law Foundation, 1999. Texto disponible en http://www.dplf.org/CJR/us_cjr98_indice.htm.
Exposición de motivos para la promulgación del COIP, numerales 4 "Actualización doctrinaria de la legislación penal" y 6 "Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal".

Recordemos también que en este procedimiento se mantiene el contradictorio, fundamento del sistema adversarial acusatorio, por ende el proceso debe mantenerse incólume hasta la adopción de la decisión en el juicio oral.[7]

4.- SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

En primer término debemos recordar que, en el procedimiento directo, la medida de la pena privativa de libertad es uno de los elementos con los cuales el legislador expresa cual conducta es más o menos relevante desde el punto de vista penal, siendo así, y al haber ya analizado que este procedimiento es aplicable para los delitos flagrantes menos graves, debemos considerar que las reglas determinadas en el artículo 640.2 del COIP, son condicionantes que deben ser entendidas y aplicadas estrictamente y en su universalidad, es decir no pueden separarse unas de las otras, debiendo partirse siempre de la primera, que nos indica que este procedimiento es aplicable solo para aquellos delitos para los que se ha previsto un máximo de cinco años de privación de libertad; satisfecho ese requisito, para el caso de los delitos contra la propiedad, pasamos a verificar el cumplimiento de la segunda condición, esto es que la afección económica producida por el cometimiento de aquella infracción, además no exceda los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Por ejemplo para este caso, en flagrancia, no podría ser aplicable el procedimiento directo en la extorsión cometida a una persona menor a 18 años, mayor a 65, mujer embarazada o persona discapacitada, o que padezca enfermedad catastrófica; etc; delito contra la propiedad cuya pena supera los cinco años de privación de libertad.

Por otro lado, debemos recordar también que del segundo inciso del artículo 640.2 del COIP, se evidencia que la ley penal realiza exclusiones taxativas de los casos que no pueden ser sustanciados y resueltos mediante el procedimiento directo; obviamente teniendo en cuenta el sentido legal y gramatical de la conjunción copulativa "y". Entre aquellas excepciones, entre otras, están los delitos contra la integridad personal y como parte de éstos constan las lesiones e intimidación. Es decir las lesiones conjuntamente con otros tipos penales como la intimidación, constituyen delitos contra la integridad personal; y, en tal sentido no son susceptibles de ser juzgados mediante el procedimiento directo. Dentro de las exclusiones constan también los tipos penales contra la libertad personal. Es así que el espíritu de esta disposición legal, en lo que tiene que ver con los delitos contra la propiedad, es la permisibilidad de este procedimiento cuando, únicamente el bien jurídico protegido y que ha sido vulnerado por el sujeto activo, es la propiedad, mas no otros bienes jurídicos que un mismo acto puede o pudo vulnerar, como por ejemplo puede ser el caso de los delitos contra el derecho a la propiedad flagrantes de: extorsión si el constreñimiento se ejecuta con amenaza de muerte, lesión o secuestro; el robo efectuado con amenaza o violencia en las personas, el que produzca lesiones o muerte; o el abigeato cometido con violencia, o cause la muerte de una persona; delitos que además coherentemente, el legislador castiga con penas superiores a los cinco años de privación de libertad.

Los delitos contra la propiedad considerados más graves, deben ser juzgador mediante el procedimiento ordinario, en el que no sólo el procesado puede desplegar ampliamente su derecho a la defensa, e igualmente se buscará reparar el daño ocasionado a la víctima, sino inclusive Fiscalía puede practicar con el tiempo suficiente las diligencias que estime pertinentes para evitar la impunidad (recordemos que en el procedimiento directo solamente se cuenta con diez días para hacerlo).

[7] Respuesta del Pleno de la Corte Nacional de Justicia a la Consulta de la Corte Provincial de Chimborazo, ya citada.

RESOLUCIÓN No. 10-2018

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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;

Que la Constitución de la República en su artículo 76 reconoce el derecho al debido proceso, una de cuyas expresiones es la legalidad, la cual, entre otros, consiste en la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico exista un procedimiento aplicable al caso concreto claramente prestablecido. 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, de conformidad con el artículo 82 ibídem, una de las facetas de este derecho radica en la necesidad de que todos los integrantes de la sociedad tenga certeza de que las consecuencias jurídicas de sus actos serán juzgadas imparcialmente, aplicando e interpretando el ordenamiento jurídico de forma uniforme, resultando así que los fallos sean previsibles, sin que las juezas y los jueces puedan sorprender a las partes con resoluciones contradictorias;

Que el procedimiento directo se fundamenta en los principios constitucionales de eficacia, celeridad, simplificación y economía procesal, empero su aplicación está condicionada al cumplimiento de dos presupuestos; que se traten de delitos calificados como flagrantes; y que además formen parte de aquellas conductas que el legislador ha considerado como menos graves, conforme a la medida de la pena, la misma que no puede ser mayor a los cinco años de privación de libertad; para el caso de los delitos contra el derecho a la propiedad, se suma una condición más, que el monto del perjuicio ocasionado no exceda los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. No es aplicable el procedimiento directo en todos aquellos delitos contra la eficiente administración pública, delitos contra la inviolabilidad de la vida e integridad y los delitos de libertad personal con resultado de muerte. Todo ello de conformidad con el artículo 640.2 del Código Orgánico Integral Penal;

Que en la parte sustantiva del Código Orgánico Integral Penal, Libro I, Título IV, Capítulo Segundo, Sección Novena, se encuentra el catálogo de delitos contra el derecho a la propiedad, en algunos de ellos el sujeto activo no solamente vulnera a éste, sino que en el mismo acto se transgreden otros bienes jurídicos, que a su vez pueden constituir una de aquellas conductas que se encuentran taxativamente excluidas de la aplicación del procedimiento directo, como por ejemplo la vida o la integridad personal. Éstos y otros delitos contra la propiedad, tienen además una pena de privación de libertad que supera los cinco años, que para el caso del procedimiento directo, es la medida que usa el legislador para determinar cuáles conductas son más o menos relevantes desde el punto de vista penal, siendo que solo para las menos graves es aplicable éste procedimiento especial;

Que la redacción del artículo 640.2 del Código Orgánico Integral Penal, resulta obscura para juezas y jueces del país, siendo que, para los casos de los delitos contra la propiedad flagrantes, y cuya afección económica no excede los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, empero la pena privativa de libertad supera los cinco años, en algunas jurisdicciones se está aplicando el procedimiento directo y en otras no, criterios contradictorios que vulneran la seguridad jurídica;

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- El procedimiento directo en el caso de delitos contra la propiedad calificados como flagrantes, es aplicable cuando concurran dos presupuestos:

1.- La pena máxima sea de hasta cinco años de privación de libertad; y,

2.- El monto del perjuicio ocasionado no exceda de treinta salarios básico unificados del trabajador en general

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 doce días del mes de septiembre del dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA; Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, 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, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros SECRETARIA GENERAL

ACLARACIÓN DE LAS DUDAS RESPECTO DE LA COMPETENCIA DE LAS JUEZAS Y JUECES DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER O MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR

RESOLUCIÓN No. 11-2018

Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 414, de 25 de enero de 2019

I. ANTECEDENTES

1. En el Suplemento del Registro Oficial No. 175, del 5 de febrero de 2018, se publicó la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (LOIPEVM) que reformó al Código del Trabajo, la Ley Orgánica de Servicio Público, Código Orgánico Integral Penal (COIP) y Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ).

1.1 A través de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, y de Chimborazo, juezas y jueces de garantías penales y de la unidad judicial contra la violencia a la mujer y miembros del núcleo familiar, han formulado sendas consultas sobre el alcance de las reformas de la LOIPEVM.

1.1.1 A través de comunicación ingresada el 8 de mayo de 2018, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Dr. Jaime Eduardo Alvear Flores, remite a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Paulina Aguirre Suárez, la comunicación del 19 de febrero del mismo año, en la que la jueza Dra. Raquel Maza Puma y el juez Dr. Edison Cisneros Peralta, de la Unidad Judicial de Garantías Penales de Ibarra formulan la siguiente consulta:

> *¿La Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, que señala: 'Las instituciones que forman parte del Sistema Nacional Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las mujeres deberán dictar la normativa secundaria y los protocolos necesarios para la aplicación y plena vigencia de esta Ley, dentro del ámbito de sus competencias, en el plazo máximo de 90 días contados desde la publicación del Reglamento General de esta Ley en el Registro Oficial', es una vacatio legis que impida la aplicación inmediata de la referida ley?*

1.1.2 Por medio del oficio No. 072-2018-PCPJCH, del 6 de julio de 2018 –ingresado el 16 de los mismos mes y año–, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, Dr. Rodrigo Alonso Viteri Andrade, remite a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Paulina Aguirre Suárez, la comunicación del 19 de febrero del mismo año, en la que las juezas Dras. Gladys Aguaguiña y Anabel Mancheno, de la Unidad Judicial contra la Violencia a la Mujer y Miembros del Núcleo Familiar de Riobamba, formulan la siguiente consulta:

> *(Que) defina las etapas del proceso y se limite la competencia de las juezas y jueces contra la Violencia a la Mujer y Familia, ya que tal como está redactada la norma lleva a que pueda interpretarse que la sustanciación y juzgamiento de delitos de femicidio y violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar serán conocidos por juezas unipersonales contra la Violencia a la Mujer y la Familia, dicha normativa crea confusión respecto a las competencias de los Tribunales Penales asignadas en el artículo 231 del Código Orgánico de la Función Judicial que por tener carácter orgánico y posterior podría incluso interpretarse como una reforma tácita del referido artículo, situación que crea inseguridad jurídica, siendo necesaria la aclaración respecto a la competencia del juzgamiento de delito inclusive el femicidio.*

II. ANÁLISIS DE LAS CONSULTAS

2.1 Análisis de la consulta número 1.1.1

La LOIPEVCM, al tiempo de crear el Sistema Nacional Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (SNIPEVCM), y establecer las prerrogativas de las entidades que lo conforman, reforma disposiciones normativas de varias leyes, entre ellas, el COIP, en tópicos como las medidas de protección, mecanismos de reparación integral, tipificación penal de la violencia sicológica, o de contravenciones de violencia, entre otros.

Reforma también el artículo 232 del COFJ y el artículo 570 del COIP, que son disposiciones normativas de carácter procesal relativas a la competencia de las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar.

Lo dispuesto en la Tercera Disposición Transitoria sobre las obligaciones de las entidades integrantes para que "en el plazo máximo de 90 días contados desde la publicación del Reglamento General de esta Ley en el Registro Oficial", y en el ámbito de sus competencias, dicten la normativa secundaria y los protocolos necesarios para la aplicación y plena vigencia de la ley, constituye un imperativo exclusivamente dictado con el objeto de que se implemente operativamente el SNIPEVCM. Para considerar a este

período como un lapso específico posterior a la promulgación de la ley para su entrada en rigor –en los términos determinados por el artículo 6 de Código Civil que permite al legislador fijar un plazo específico para la vigencia de la ley desde su promulgación[1], al menos en lo que respecta a sus disposiciones de contenido procesal penal, su mandato debe ser concluyente y expresamente así establecerlo; lo cual, en el presente caso no ocurre.

Por tanto, la vigencia de las disposiciones normativas reformatorias de carácter procesal del COFJ y COIP es inmediata, pues, la Disposición Final taxativamente dispone que "la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial (sic)".

En resumen, la LOIPEVCM no contempla expresamente la *vacatio legis* –ni la Tercera Disposición Transitoria puede ser vista como tal–, y mal puede dejar de aplicarse inmediatamente, pues, por mandato expreso, rige a partir del 5 de febrero de 2018, en que se publicó el Registro Oficial (S) No. 175.

2.2 Análisis de la consulta 1.1.2

La Constitución de la República establece que, sin excepción alguna, en los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que entre otras garantías básicas, incluye el derecho a la defensa que les asiste a las personas y a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, sin que alguien pueda ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto, como lo ordena la letra k) del artículo 76.7.

La disposición normativa constitucional armoniza con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8.1 impetra las garantías judiciales que los Estados Parte deben asegurar, entre ellas, la relacionada con el derecho que le asiste a toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; y también lo hace con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 14.1 consagra que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia; y que, toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

La jerarquía constitucional de las citadas normas del Derecho Convencional, sobre las que descansa la estructura procesal en las ramas jurídicas del Derecho Público, debe ser guardada por los órganos públicos encargados, sea de expedir, codificar, reformar o derogar las leyes, como es el caso de la Función Legislativa, ya sea de ejercer la potestad de administrar justicia, como le corresponde hacer a la Función Judicial, y a la que la disposición constitucional del artículo 167 le reserva la potestad de administrar justicia a través de los órganos jurisdiccionales enlistados en el artículo 178, que reconoce el rol del Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

Por definición expresa del artículo 398 del COIP, la jurisdicción es la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado, atribuida a las y los juzgadores determinados en la Constitución, el COFJ y en el COIP,

[1] El Código Civil dice: "Artículo 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.

que son los responsables de ejercerla en materia penal para el juzgamiento de las infracciones penales cometidas en el territorio nacional y en territorio extranjero en los casos establecidos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

Mientras el artículo 399 *ejusdem* dispone que la estructura, funciones y competencias de los órganos jurisdiccionales penales se encuentran determinadas en el COFJ, el artículo 402 especifica que la naturaleza de la potestad jurisdiccional en materia penal está dividida de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en el COFJ, cuyo artículo 221 reserva a los tribunales penales la competencia exclusiva para: "1. Sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en todos los procesos de ejercicio público de la acción, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero y aquellos que deban tramitarse por el procedimiento directo, o los que determine la ley".

En el COFJ se relieva lo dispuesto por el artículo 157 que, amén de definir la legalidad de la competencia en función de la materia, el grado y las personas, en el inciso segundo establece que excepcionalmente, y previo estudio técnico, que justifique tal necesidad, el Consejo de la Judicatura podrá modificarla, únicamente cuando se trate de crear, trasladar, fusionar o suprimir salas de cortes, tribunales y juzgados. La operatividad de lo dispuesto por esta norma se concreta en la competencia del Pleno del Consejo de la Judicatura que el artículo 264 le asigna para que "8. En cualquier tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio de la Función Judicial", pueda "b) Establecer o modificar la sede, modelo de gestión y ***precisar la competencia*** en que actuarán las salas de las cortes provinciales, tribunales penales, tribunales de lo contencioso administrativo y tributarios, juezas y jueces de primer nivel, excepto la competencia en razón del fuero (…)".- **(Lo resaltado, fuera de texto).**

En este orden de ideas, la *precisión de la competencia* del que habla el artículo 264.8.b del COFJ no es un elemento constitutivo de las reglas de competencia que el artículo 402 del COIP le reserva establecer al COFJ para definir la potestad jurisdiccional en función de la competencia procesal, sino que es una *actividad* que, en torno al esquema de gestión administrativa del sistema de administración de justicia, complementa a las actividades concernientes al establecimiento o al cambio de la sede o del modelo de gestión con el que el servicio público de administración de justicia es prestado. En términos conceptuales: mientras la disposición normativa del artículo 402 del COIP se refiere en forma irrestricta a la *potestad jurisdiccional* que en el sistema de justicia la ejercen los órganos jurisdiccionales, el artículo 264.8.b del COFJ se circunscribe específicamente a la administración de justicia en tanto *servicio público,* pues, aunque la *potestad jurisdiccional* y el *servicio judicial* son elementos integrantes del sistema, son términos deónticamente distintos, con naturaleza jurídica diferente aunque complementarios, no sujetos a interpretaciones que desnaturalicen su alcance normativo, generen distorsión aplicativa procesal y afecten al *derecho a un proceso debido* en tanto garantía constitucional y mecanismo de adecuada aplicación de justicia.[2]

En todo caso, en este marco normativo, y a partir de la definición de competencia que el artículo 156 del COFJ hace como 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, y que, según el *principio de legalidad de la competencia,* del que el artículo 157 establece que la competencia "está determinada en la ley"–, se ubican las reformas procesales penales incorporadas por la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (LOIPEVM), publicada en el R.O. (S) No. 175, del 5 de febrero de 2018.

[2] Vide, Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El Debido proceso* (Bs. As.: Rubinzal Culzoni Editores, 2004).

La Octava Disposición Reformatoria de la LOIPEVM, que sustituye al artículo 232 del COFJ, otorga competencia a las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, para "1. Conocer los hechos y actos de violencia y las contravenciones de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar". Asimismo, la Décima Disposición Reformatoria, que reforma al artículo 570 del COIP, establece que "en la sustanciación y juzgamiento de delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar": "1. Son competentes las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, la competencia corresponde a los jueces y juezas de garantías penales", disponiendo también que las y los fiscales y las defensoras y defensores públicos sean igualmente especializados.

En torno a la justificación de las reformas a las normas procesales del COFJ y del COIP, el Considerando Duodécimo de la LOIPEVM[3], basado en el artículo 81 de la Constitución, encarna un fundamento relevante de la motivación del legislador para dictarlas, con el propósito de alcanzar mayor protección a las víctimas de delitos de violencia intrafamiliar y sexuales, a través de la instrumentación de *procedimientos especiales* y *expeditos,* en los que el conocimiento de los hechos y actos de violencia y las contravenciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y la sustanciación y juzgamiento de los delitos de femicidio y de violencia intrafamiliar o del núcleo familiar, sean de competencia de las juezas y los jueces especializados y de las juezas y jueces penales en el caso de que en las secciones territoriales no se cuente con aquellos.

Al fundamentar su decisión en el precepto contenido en el artículo 81 de la Constitución, el legislador ha dirigido su voluntad de otorgamiento de la competencia para sustanciar y juzgar los delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, hacia jueces especializados; sin embargo, la disposición normativa contenida en el artículo 221 del COFJ parecería *prima facie* disputarle la competencia entregada por la LOIPEVM. Concretamente, el artículo 221 del COFJ asigna a los tribunales penales la competencia para: "1. Sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en todos los procesos de ejercicio público de la acción, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero y aquellos que deban tramitarse por el procedimiento directo, ***o los que determine la ley".***- **(Lo resaltado, fuera de texto).**

En virtud de esta norma procesal, la competencia para sustanciar la etapa de juicio en todos los delitos a los que les corresponde procesos de ejercicio público de la acción, en términos generales, la ostentan los tribunales penales, exceptuando los casos determinados en la ley. En la excepción, se incluyen los casos de fuero y los que deben tramitarse por el procedimiento directo –conforme lo señala el mismo artículo 221 del COFJ–, y, para efecto del presente análisis, los determinados por la LOIPEVM. La delimitación de la competencia para juzgar y dictar sentencia en razón de la materia, estaría condicionada, entonces, a que solo en virtud de las excepciones establecidas por la ley penal, los tribunales penales no serían generalmente competentes para juzgar y dictar sentencia. Ese sería el caso de los delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, pues, la Décima Disposición Reformatoria de la LOIPEVM establece que para la sustanciación y juzgamiento en los procesos desarrollados por ese tipo de delitos, se aplicará la regla 1 que dice que son competentes las juezas y los jueces especializados, y en defecto de su carencia en las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, lo serán las juezas y jueces de garantías penales.

[3] El Considerando Duodécimo de la LOIPEVM dice: "Que el artículo 81 de la Constitución de la República determina que la Ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, que requieren una mayor protección".

¿Existe conflicto entre el artículo 221 del COFJ y la Décima Disposición Reformatoria de la LOIPEVM, en cuanto a la competencia que el primero asigna a los tribunales penales para sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en todos los procesos de ejercicio público de la acción, y la competencia que otorga la segunda a los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar para la sustanciación y juzgamiento de delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar?

Parecería ser que existe una antinomia jurídica entre ambas disposiciones normativas. En virtud de la primera, estaría subsumido el delito de femicidio en aquellos procesos de ejercicio público de la acción, en tanto que en la segunda, este tipo penal está expresamente señalado. En este caso específico, existiría contradicción entre la norma general contenida en el artículo 221 del COFJ y la norma especial contenida en la Décima Disposición Reformatoria de la LOIPEVM que reforma al artículo 570 del COIP; si bien su contenido es típicamente de *reserva normativa (principio de competencia),* ambas tienen igual *jerarquía* y valencia *(principio de jerarquía),* pues, son orgánicas, sin que una prevalezca sobre otra, ni aún por la *especialidad* pues las dos versan sobre materia procesal penal *(principio de especialidad).* Descartando, entonces, la competencia, la jerarquía y la especialidad, resta contar con la *temporalidad* como criterio de solución del conflicto; si la LOIPEVM es posterior regiría sobre la anterior en atención al precepto en virtud por el cual las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir *(principio de temporalidad).*[4]

El propósito del legislador es cumplir con el precepto del artículo 81 de la Constitución, en el sentido de instituir un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar y sexual; para ese fin, establece que la *sustanciación* y *juzgamiento de los delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar* sean ejercidos por las y los jueces especializados; lo cual, parecería ser que ambas actividades afectarían la necesaria independencia e imparcialidad en el procedimiento ordinario a cuyas etapas procesales constitutivas la ley procesal penal atribuye al juez penal correspondiente su dirección: la de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio –que supone la actividad de sustanciación de la etapa de instrucción fiscal–, a los jueces de garantías penales, de acuerdo con el artículo 225 del COFJ; y la de juicio –que comporta la actividad de sustanciación de la etapa de juicio y de emisión de la sentencia–, a los tribunales penales, según el artículo 221 del COFJ.

Por ello, es importante considerar lo dispuesto por el artículo 232 del COFJ como elemento base del análisis. El concepto original de esta disposición normativa no ha sido cambiado por la Octava Disposición Reformatoria de la LOIPEVM, sino que sencillamente ha sido reordenado, manteniendo lo sustancial que es que las juezas y los jueces especializados serán competentes para: "1. Conocer los hechos y actos de violencia y las contravenciones de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar". Para una precisa aplicación normativa, el alcance de esta disposición legal tiene que sintonizar con el de la norma reformatoria del artículo 570 del COIP, que, les otorga competencia "en la sustanciación y juzgamiento de delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar";

[4] El artículo 7 del Código Civil establece: "La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: …20a.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente".

[5] El artículo 81 de la Constitución de la República dice: "La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una nueva protección. Se nombrarán fiscales y defensora o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

de ahí que, la complementación de ambas disposiciones legales que permita construir una proposición jurídica completa de eficaz aplicación normativa, se traduciría en que las y los jueces especializados ostentan competencia para sustanciar la etapa de instrucción fiscal, de una parte, y para sustanciar la etapa de juzgamiento, de otra, pues, el legislador, sobre la base del fundamento jurídico del artículo 81 de la Constitución [5], ha previsto que los delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sean juzgados *en un procedimiento especial y expedito* por los jueces especializados, y no por tribunales penales ordinarios.

En observancia de los *principios de independencia* (artículo 8 del COFJ) y *de imparcialidad* (artículo 9 del COFJ), corresponde establecer que, en las unidades judiciales especializadas de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, los jueces y juezas que sustancien la etapa de instrucción fiscal de los procesos iniciados por delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, serán unipersonales; y, para guardar la concordancia necesaria con lo dispuesto por el artículo 221 del COFJ, los jueces pluripersonales especializados, serán los competentes para sustanciar la etapa de juicio.

Ahora bien, no obstante lo examinado, es necesario preguntar: ¿Las reformas introducidas al COFJ y al COIP, con las que se otorga competencia en los términos anteriormente descritos a las jueces y los jueces de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar, constituyen un procedimiento expedito y especial, como lo dispone el artículo 81 de la Constitución?

En el texto legal reformatorio no se hace mención alguna sobre un procedimiento especial para juzgar este tipo de delitos, sino que, como ya se ha anotado, se otorga competencia a las juezas y jueces especializados en esta materia; por lo que se añadiría al análisis el tópico del *juez natural* como mecanismo garantista[6]. Al efecto, el Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 52A–2018, del 23 de agosto de 2018, ha establecido dos disposiciones normativas que delimitan la competencia de los jueces especializados.

La primera dice:

> "Artículo 1.- De la competencia.- Las juezas y jueces que integran las unidades judiciales de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar a nivel nacional, serán competentes para: 2. Conocer y sustanciar los delitos *(sic)* de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar ***y delitos contra la integridad sexual y reproductiva.*** El juzgamiento de estos delitos le corresponderá al tribunal de garantías penales, conforme lo dispuesto por el artículo 221 del Código Orgánico de la Función Judicial".- **(Lo resaltado, fuera de texto).**

Y, la segunda señala:

> "Artículo 4.- Juzgamiento.- El ***tribunal de garantías penales especializado será el competente para sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en los delitos precisados en esta resolución;*** en aquellas circunscripciones territoriales donde no tengan la competencia estos tribunales, serán competentes los tribunales penales ordinarios ".- **(Lo resaltado, fuera de texto).**

[6] Al respecto, Gozaíni expresa: "En fin, podemos concluir que la garantía del juez natural es útil como mecanismo garantista que le impide al legislador actuar en contra de sus preceptos guías; constituye un sistema de orientación para la normativa ordinaria, y otorga fundamento constitucional a quienes persiguen perturbar la intervención de quienes acreditan y tienen jurisdicción originaria que no puede ser desplazada". Osvaldo Alfredo Gozaíni, ibídem, 245.

El contenido del número 2 del artículo 1 de la Resolución No. 52A–2018 aporta un nuevo elemento para el análisis, pues, al incluir a los "delitos contra la integridad sexual y reproductiva" para que sean conocidos y sustanciados por las juezas y los jueces especializados, añade algo no dispuesto taxativamente en la LOIPVEM. Al respecto cabe anotar lo siguiente:

> **Primero:** en el texto de la Décima Disposición Reformatoria de la LOIPEVM solo se menciona que dicha competencia la tendrán las juezas y los jueces que integran las unidades judiciales de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en los "delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar", sin indicar otros delitos.
>
> **Segundo:** el COIP cataloga los delitos dentro en una estructura capitular que los clasifica por su tipicidad y naturaleza deóntica distintiva, de la siguiente forma:
>
> En el Capítulo II ("Delitos contra los derechos de libertad"), la Sección 2a. ("Delitos contra la integridad personal") dedica el Parágrafo 1o. ("Delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar"), en los que se enlista los siguientes tipos penales: violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (artículo 155), violencia física contra la mujer o miembros del núcleo familiar (artículo 156), violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar (artículo 157), y violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar (artículo 158).
>
> De suyo, y en forma separada, la Sección 4a. ("Delitos contra la integridad sexual y reproductiva") tipifica los siguientes delitos: Inseminación no consentida (artículo 164), privación forzada de capacidad de reproducción (artículo 165), acoso sexual (artículo 166), estupro (artículo 167), distribución de material pornográfico a niñas y niños y adolescentes (artículo 168), corrupción de niñas, niños y adolescentes (artículo 169), abuso sexual (artículo 170), violación (artículo 171), utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (artículo 172), contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos (artículo 173), oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (artículo 174).
>
> **Tercero:** el *principio de legalidad* (artículo 5.1 COIP) rige inclusive cuando la ley penal se remite a otras normas o disposiciones legales para integrarla. La LOIPEVM no menciona ni refiere a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva –como sí lo hace específicamente con el delito de femicidio y los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar–; lo cual, supondría que el legislador habría considerado que la competencia para la sustanciación y para el juzgamiento de aquellos delitos se mantendría en las juezas y los jueces de garantías penales para lo primero, y en los tribunales penales ordinarios para lo segundo.
>
> **Cuarto:** el artículo 157 del COFJ determina que la competencia en razón de la materia, el grado y las personas está determinada en la ley; y que, excepcionalmente, y previo estudio técnico que justifique tal necesidad, el Consejo de la Judicatura podrá modificarla, únicamente en los casos de creación, traslado, fusión o supresión de salas de cortes, tribunales y juzgados.

Si bien el Consejo de la Judicatura se sustenta, entre otros fundamentos jurídicos, en el *principio de legalidad de la competencia,* la Resolución No. 52A–2018 añade a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, que no están específicamente señalados en la LOIPEVM para que sean conocidos y sustanciados por las juezas y jueces que integran las unidades judiciales de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III. CONCLUSIONES

3.1 Respecto de la vigencia de la LOIEPVM

La vigencia de las disposiciones normativas reformatorias de carácter procesal del COFJ y COIP es inmediata. La Disposición Final dispone la entrada en rigor de la LOIEPVM a partir de su publicación en el Registro Oficial, y al no contemplar en forma expresa la *vacatio legis* no puede dejar de aplicarse inmediatamente.

3.2 Respecto de la competencia de las juezas y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar

3.2.1 De conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 52A–2018, en tanto jueces unipersonales, las juezas y jueces especializados son competentes para conocer los delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y sustanciar el proceso penal durante las etapas de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio.

3.2.2 De conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 52A–2018, en tanto jueces pluripersonales, los tribunales penales especializados son los competentes para sustanciar la etapa de juicio en los procesos penales por delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

3.2.3 Según lo dispuesto por el artículo 157 del COFJ, la competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley; es decir, la competencia nace de la ley.

La LOIPEVM otorga competencia a las juezas y jueces que integran las unidades judiciales de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, para conocer los hechos y conocer las causas por delitos de femicidio y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; pero no lo hace, o al menos no lo menciona taxativamente para los casos de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, que han sido incluidos en la Resolución No. 52A–2018.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIÓN No. 11-2018

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, es función 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;

Que la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica, una de cuyas expresiones es la legalidad del trámite, conforme se desprende de su artículo 76.3, que señala que "Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento";

Que la ley tiene vigencia inmediata a partir de su publicación en el Registro Oficial, a excepción de aquellas que cuentan con disposiciones específicas que determinan la existencia de un lapso de tiempo hasta que se inicie dicha vigencia, denominado vacancia legal o vacatio legis;

Que la Constitución de la República del Ecuador, garantiza a los justiciables, el derecho a la defensa, que contiene entre otras garantías, el contar con jueces imparciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 76.7.k), que prevé "El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías. (…) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente";

Que se encuentra expedida la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, misma que en su Disposición Final establece "La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial";

Que el Pleno del Consejo de la Judicatura, dentro del marco de sus competencias, con base a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, ha dictado la Resolución N° 052A-2018, para implementar la referida ley;

Que la vigencia de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, ha generado dudas por obscuridad en la aplicación de la ley por varias juezas y jueces en ciertas provincias del país, quienes con fundamento en lo dispuesto en los artículos 129.8 y 180, numerales 4 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial han realizado consulta legal para conocimiento y resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre dos puntos específicos: a. respecto a si existe o no una vacatio legis en dicha ley; y, b. cuáles son las competencias de los jueces especializados de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y cuáles son las competencias de los Tribunales de Garantías Penales para el juzgamiento de delitos de femicidio, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos previstos y punidos en los artículos 155 a 158 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 10 de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

Que conforme la Disposición Reformatoria Octava de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, son competentes para conocer los hechos y actos de violencia y las contravenciones de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar.

Que la Disposición Reformatoria Décima de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, reformó el artículo 570 del Código Orgánico Integral Penal, disponiéndose que: "En la sustanciación y juzgamiento de delitos de femicidio y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar se aplicarán las siguientes reglas:

1. *Son competentes las y los jueces especializados en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y en el caso de las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas, la competencia corresponde a los jueces y juezas de garantías penales;*

2. *Intervienen fiscales, defensoras y defensores públicos especializados; y, 3. La o las víctimas pueden acogerse al Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas, Testigos y Otros Participantes en el proceso, antes, durante o después del proceso penal, siempre que las condiciones así lo requieran".*

Que conforme a las reglas generales de competencia constantes en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 221.1, se establece como competencia de los Tribunales de Garantías Penales, "Sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en todos los procesos de ejercicio público de la acción, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero y aquellos que deban tramitarse por el procedimiento directo, o los que determine la ley";

Ante la duda y oscuridad surgidas en la aplicación de los artículos 232 del Código Orgánico de la Función Judicial y 570 del Código Orgánico Integral Penal, reformados por las Disposiciones Reformatorias Octava y Décima de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, respectivamente.

En ejercicio de la facultad conferida por el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 180.6,

RESUELVE:

Art. 1.- La Disposición Final de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, dispone la entrada en vigor de dicha ley a partir de su publicación en el Registro Oficial, y al no contemplar en forma expresa alguna vacatio legis, su aplicación es inmediata.

Art. 2.- Las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en tanto jueces unipersonales, son competentes para conocer las infracciones de femicidio (artículo 141 COIP) y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar contemplados en los artículos 155 al 159 del COIP, durante las etapas de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio, así como el conocimiento y resolución del procedimiento abreviado para estos tipos penales y del procedimiento expedito para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar. En las secciones territoriales que no cuenten con unidades especializadas en violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, la competencia corresponde a las juezas y jueces de garantías penales.

Los Tribunales de Garantías Penales, en tanto jueces pluripersonales, son competentes para sustanciar y resolver la etapa de juicio en los procesos penales ordinarios por delitos de femicidio y de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar.

Las juezas y jueces de garantías penales, en tanto jueces unipersonales, son competentes para conocer los delitos contra la integridad sexual y reproductiva previstos en los artículos 164 a 175 del Código Orgánico Integral Penal, durante las etapas de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio, así como para el conocimiento y resolución del procedimiento abreviado en estos tipos penales.

Sin perjuicio de lo mencionado, todos los procesos que se hayan sustanciado desde la vigencia de la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, hasta la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial, gozarán de validez respecto de la competencia de las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, o de garantías penales, y no podrá alegarse nulidad alguna al respecto. (NOTA: inciso reformado por el artículo 1 de la Resolución 01-2019)

Esta Resolución tiene el carácter de general y obligatoria, regirá desde la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y prevalecerá sobre cualquier otra que se le oponga, mientras no se disponga lo contrario por la Ley.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los tres días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, PRESIDENTA SUBROGANTE; Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar (VOTO EN CONTRA), Dr. José Luis Terán Suárez (VOTO EN CONTRA), Dra. Ana María Crespo Santos (VOTO EN CONTRA), Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado (VOTO EN CONTRA), Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dra. Daniella Camacho Herold, Dra. Katerine Muñoz Subía, Dr. Edgar Flores Mier, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dra. Magaly Soledispa Toro, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZAS Y CONJUEZ NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

ACLARACIÓN RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DÉCIMO QUINTA DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA REACTIVACIÓN DE LA ECONOMÍA, FORTALECIMIENTO DE LA DOLARIZACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN FINANCIERA

RESOLUCIÓN No. 12-2018

ANTECEDENTES

1.- NORMATIVA APLICABLE

Entre las funciones que corresponden a la Corte Nacional de Justicia, a través del Pleno de este organismo, el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *"Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 6. 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"*.

La facultad de esta Alta Corte de expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda sobre el alcance y aplicación de la leyes, constituye una de las labores fundamentales de este órgano de justicia, íntimamente vinculado con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso, a la tutela efectiva de sus derechos y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República). Se encuentra relacionado con los principios constitucionales que rigen el ejercicio de los derechos, contemplados en el artículo 11, numerales 5 y 8 de la Constitución de la República que establece: *"Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio."*

A través de estas resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia brinda a las juezas y los jueces, así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general, criterios unificados, debidamente sustentados, sobre la aplicación de la normativa en casos de duda u obscuridad de la ley.

2.- ANTECEDENTES JURÍDICOS:

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. Además el Art. 168 numeral 6 ibídem establece que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicarán el sistema oral de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

La Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 150, de 29 de diciembre de 2017, establece en su Disposición Transitoria Décimo Quinta: *"En el plazo de un*

año contado a partir de la vigencia de esta ley, los jueces que estén en conocimiento procesos tributarios bajo el sistema escrito, deberán evacuar las actuaciones procesales necesarias para resolverlos y dictar sentencia. La inobservancia a esta Disposición acarreará las sanciones correspondientes en el Código Orgánico de la Función Judicial".

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

El Código Tributario en el Capítulo II del Trámite de la Acciones, del Título II de la Sustanciación ante la Jueza o Juez de lo Contencioso Tributario del Libro III del Procedimiento Contencioso contiene las normas para la sustanciación de los procesos contencioso tributarios aplicables a todos los casos que se hubieren iniciado antes de que entre en vigencia el COGEP, donde se prevé el trámite para todas las acciones en este ámbito.

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

Según la Disposición Transitoria Primera del COGEP todas las causas que se hubieren iniciado con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia este cuerpo legal, esto es, un año después de su promulgación en el Registro Oficial, deben tramitarse y resolverse de acuerdo a las normas procesales que estuvieron vigentes con anterioridad; y en materia contencioso tributaria éstas son las contempladas en el Código Tributario.

El proceso contencioso tributario, al igual que otros de similar naturaleza, se rige por el principio dispositivo, es decir que parte de la responsabilidad en el avance del proceso y prosecución de las distintas etapas del mismo dependen no solamente del juzgador, sino también de las partes, de conformidad con los principios de celeridad y debida diligencia.

Las Juezas y Jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario han expresado dudas respecto de la aplicación de la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, en especial respecto del plazo de un año que la misma establece para que se evacuen las actuaciones procesales necesarias para resolverlos y dictar sentencia, pues por un lado podría interpretarse que para ese tiempo deben estar dictadas las sentencias; o por otro, que el juzgador debió haber dictado las providencias de trámite necesarias para que el proceso esté en aptitud de dictar sentencia.

El proceso contencioso tributario previsto en el Código Tributario, aplicable a los casos iniciados con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia el COGEP, establece diferentes etapas como son: presentación de la demanda; calificación de la demanda; citación a los demandados; contestación de la demanda; suspensión del proceso de ejecución; acumulación de autos; prueba; desistimiento y abandono; y, sentencia.

Por lo tanto, en el proceso contencioso tributario, sólo cuando se han ejecutado todas las etapas previas, se puede dictar la sentencia o auto resolutivo, momento en el cual las partes podrán inclusive presentar informes en derecho o solicitar audiencia pública en estrados, con igual finalidad, cuya inobservancia conllevaría a transgredir las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva contemplados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República; es decir, únicamente cuando se encuentre concluida la tramitación de la causa y el proceso se encuentre en estado de resolver, la jueza o juez de lo contencioso tributario pronunciará sentencia o dictará el auto resolutivo respectivo dentro del plazo contemplado en el Art. 273 del Código Tributario, en concordancia con el Art. 288 del Código de Procedimiento Civil.

4.- CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto se considera que el plazo de un año al que se refiere la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, se cumple cuando el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario ha evacuado todas las diligencias necesarias para despachar las distintas etapas del proceso y éste se encuentre en estado de dictar sentencia o auto resolutivo. Adicionalmente, el vencimiento de este plazo solo será imputable a las Juezas o Jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario, cuando el progreso de la causa dependa de su gestión, de acuerdo con el principio de celeridad y debida diligencia.

RESOLUCIÓN No. 12-2018

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

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;

Que el artículo 169 de la Constitución de la República establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y se regirá por los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso;

Que el artículo 168 numeral 6 ibídem establece que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará el sistema oral de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Que la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, en la Disposición Transitoria Décimo Quinta dispone: *"En el plazo de un año contado a partir de la vigencia de esta ley, los jueces que estén conociendo procesos tributarios bajo el sistema escrito, deberán evacuar las actuaciones procesales necesarias para resolverlos y dictar sentencia. La inobservancia a esta Disposición acarreará las sanciones correspondientes en el Código Orgánico de la Función Judicial".*

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

El Código Tributario, en el Capítulo II del Trámite de la Acciones, del Título II de la Sustanciación ante la Jueza o Juez de lo Contencioso Tributario, del Libro III del Procedimiento Contencioso, contiene las normas para la sustanciación de los procesos contencioso tributarios aplicables a todos los casos que se hubieren iniciado antes de que entre en vigencia el COGEP, donde se prevé el trámite para el procedimiento de las acciones en materia contencioso tributaria;

Que el plazo de un año al que se refiere la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, se cumple cuando el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario ha evacuado todas las diligencias necesarias para despachar las distintas etapas del proceso y este se encuentre en estado de resolver

y por tanto la causa esté en aptitud de dictar sentencia o auto resolutivo. Adicionalmente, el vencimiento de este plazo solo será imputable a las juezas o jueces de los tribunales distritales de lo fiscal, cuando el progreso de la causa dependa de su gestión, de acuerdo con el principio de celeridad y debida diligencia.

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

RESUELVE:

Artículo 1.- Para efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, se considerará que el plazo de un año comienza a decurrir cuando el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario ha evacuado las distintas etapas del proceso y éste se encuentre en estado dictar sentencia o auto resolutivo, en estricto cumplimiento de los principio de celeridad y debida diligencia que los jueces deben aplicar en el trámite de los procesos.

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 expedición, 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 veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho.

f) Dra. Paulina Aguirre Suárez, PRESIDENTA (VOTO EN CONTRA); Dra. María Rosa Merchán Larrea (VOTO EN CONTRA), Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar (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 (VOTO EN CONTRA), Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Dr. Edgar Flores Mier, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dra. Beatriz Suárez Armijos, Dra. Magaly Soledispa Toro, Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Alejandro Arteaga García, Dr. Wilman Terán Carrillo, Dra. María Alejandra Cueva Guzmán (VOTO EN CONTRA), Dr. David Jacho Chicaiza (VOTO EN CONTRA), Dr. Roberto Guzmán Castañeda (VOTO EN CONTRA), CONJUEZAS Y CONJUECES NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2018

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Recurso de Casación Nro. *17811-2016-01340*
Resolución Nro. *596-2018*
Fecha: *14 de agosto de 2018*

TEMA: Declaratoria de nulidad del acto administrativo originado en un recurso administrativo inexistente.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED, HAL, representada en Ecuador por SUMIL C.A., representada a su vez por Silvia María del Pilar Garcés Espinosa, comparece ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha y demanda al Ministro de Defensa Nacional y al Procurador General del Estado, con la pretensión de que se declare la nulidad de la resolución expedida por el Ministerio de Defensa que niega el recurso de apelación presentado respecto del acto administrativo de terminación unilateral del contrato celebrado entre los litigantes para la adquisición de siete helicópteros, equipos adicionales, entrenamiento, mantenimiento y asistencia técnica para la Fuerza Aérea Ecuatoriana, FAE y, en consecuencia, que se declare también la nulidad de la resolución que decide la terminación unilateral del referido contrato; y, además, que se ordene el pago de los daños y perjuicios ocasionados que se estiman en $ 11'071.229,40.- La resolución impugnada se sustenta en el Informe Técnico Operativo del Contrato 2008-D-006, de 13 de octubre de 2015 y en el Informe N° FA-CO-2015-023-MDN, de 6 de enero de 2016, en los que se hace una distinción entre incumplimientos y obligaciones cumplidas tardíamente; y, que los supuestos incumplimientos han determinado el pago de multas, existiendo una diferencia a pagar por tal concepto, aunque según afirma la accionante, éstas no son legítimas.- La parte demandada sostiene que el Estado ecuatoriano contrató la provisión de 7 helicópteros, una serie de equipos de soporte y servicios que incluían la instalación e integración de algunos sistemas, así como la asistencia técnica y el soporte logístico por 15 años; que para cada obligación de entrega se estableció una fecha específica de cumplimiento; que durante la ejecución del contrato 4 de los 7 helicópteros se precipitaron a tierra y que la contratista HAL efectuó entregas parciales y de modo extemporáneo, por lo que se le impuso las multas respectivas; y, que luego del debido proceso se declaró la terminación unilateral del contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales que generaron multas superiores al 5% de la cuantía del contrato. Sostiene, además, que la terminación unilateral de un contrato administrativo otorga la facultad de demandar los daños y perjuicios irrogados y que HAL es responsable de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales de naturaleza extracontractual, por lo que corresponde al Tribunal juzgador fijar las reparaciones pecuniarias. Solicita que se declare la responsabilidad de HAL y reconviene a la accionante el pago indemnizaciones por el costo de oportunidad, por el anticipo no devengado, por el costo de reposición de los 7 helicópteros y por el costo de preservación de éstos; pide, también, que se declare la responsabilidad por los daños extrapatrimoniales que ha soportado el Estado y que se condene a la demandante a la reparación del daño que a efecto de cuantificar la reconvención estima en $ 226'000.000,oo; que" se ordene la publicación en un medio de comunicación de reparar el agravio derivado de la publicidad que ha tenido el caso" (sic) y el pago de costas originadas en la reconvención.- El juez de instancia considera, en lo principal, que la

parte actora de la causa ha perdido la oportunidad de impugnar el acto administrativo de terminación unilateral del contrato al deducir respecto de él un recurso inexistente ante la misma autoridad que emitió el acto administrativo impugnado en esta causa y que, por lo mismo, carecía de competencia para el efecto, creando un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho por originarse en un recurso inexistente, con lo cual queda en firme y con plena legitimidad el acto administrativo anterior que es el de declaratoria de terminación unilateral de contrato y que veda al Tribunal juzgador pronunciarse sobre cualquier otra alegación formulada por la actora de la causa con relación al acto administrativo firme.- En lo que concierne a la reconvención planteada por el demandado, el Juez de instancia explica las cuestiones que corresponden al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa (responsabilidad objetiva del Estado) y las que conciernen a la jurisdicción ordinaria civil (daños extrapatrimoniales de orden extracontractual a favor del Estado); considera que la reparación del daño pretendida, la publicación solicitada y el pago de costas, es ajena a la competencia del Tribunal y los desecha de plano; los contratos que tenían por objeto realizar el" overhaul" de los helicópteros, al tratarse de obligaciones ajenas al contrato de adquisición de los mismos, no corresponden a un daño patrimonial y menos derivados del acto administrativo de terminación unilateral que, según afirma, es el único caso en que el Estado puede pedir daños y perjuicios al administrado en vía contencioso administrativa; en lo relativo a la alegación de que el contratista ha inducido a engaño al Estado y que actuó con dolo, y que no le ha proveído la asistencia técnica como fabricante y suministrador, el Tribunal estima que no se puede exigir indemnizaciones derivadas de la falta de cuidado en la administración y ejecución del contrato, ni procede reclamarlas por hechos anteriores al acto administrativo de terminación unilateral del contrato que, por ser obligaciones contractuales, devienen en improcedentes a la fecha, pues debió exigirse en el plazo establecido para el efecto en el respectivo contrato, y que como ya se indicó, es competencia del Tribunal conocer la acción de daños y perjuicios que provengan únicamente del acto administrativo de terminación unilateral del contrato al amparo de los artículos 95 y 105 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública. El Juez a quo considera, finalmente, que el pedido del Ministerio de Defensa, si bien contiene elementos que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, la falta de definición de la pretensión que corresponde a su conocimiento torna a ésta en improcedente por falta de delimitación de la materia indemnizatoria y por ausencia probatoria, en cuya virtud la desestima.- Por tales consideraciones, acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad del acto administrativo impugnado," esto es la Resolución S/N de 24 de marzo de 2016, por efecto de un procedimiento administrativo nulo, originado en un recurso administrativo inexistente, propuesto por la propia actora; y determinado por este Tribunal. Por lo que no ha lugar al resto de pretensiones demandadas por la actora ya que ha quedado en firme el acto administrativo antecedente del recurso administrativo inexistente, esto es la Resolución N° 001 de Terminación Unilateral de contrato de fecha 6 de enero de 2016. En lo que tiene que ver con la reconvención planteada por el Ministerio de Defensa se desecha en su totalidad por improcedente y sin fundamento."

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora de la causa HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representada en el Ecuador por SUMIL C.A. representada a su vez por Silvia María del Pilar Garcés Espinosa, con fundamento en los casos dos y cinco del artículo 268 del Código General de Procesos; y, el delegado del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado, al

amparo del caso 2 del artículo 268 del Código ibídem, deducen sus respectivos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha; fallo que acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad del acto administrativo impugnado y, desecha la reconvención propuesta por el Ministerio de Defensa Nacional, por improcedente y sin fundamento.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en lo que respecta al recurso de casación interpuesto por la actora de la causa, invoca las normas constitucionales y legales, así como los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional que conciernen a la motivación, y considera que el fallo de instancia guarda completa y absoluta motivación en relación al tema alegado por el recurrente y que, en consecuencia, se ha efectuado una adecuada motivación en la sentencia recurrida, por lo que rechaza el recurso por ese extremo; concuerda con el criterio del juez de instancia en que el acto administrativo impugnado deviene en un procedimiento administrativo nulo que nace en un recurso de apelación inexistente y que la Resolución de terminación unilateral de contrato puso fin a la vía administrativa que, por consiguiente, quedó en firme, ya que si bien el artículo 173 de la Constitución establece que todo acto administrativo de cualquier autoridad del Estado puede ser impugnado tanto en vía administrativa como en judicial, la impugnación no puede ser al arbitrio del administrado y contrariando el ordenamiento jurídico; y, que la interposición de un recurso de apelación inexistente y un procedimiento y resolución declarados nulos de puro derecho por parte del juez a quo, no viabiliza en modo alguno, el control de legalidad del acto administrativo anterior al impugnado, que es el de declaración unilateral de terminación de contrato; en tal virtud, estima que no se configuran los vicios de aplicación indebida y falta de aplicación de las normas invocadas al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP.- El Tribunal de casación, con respecto al recurso interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional, en lo que tiene que ver a la reconvención planteada con fundamento en el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, sostiene que el juez de instancia, si bien en principio y por la diversidad de pretensiones se declara competente para tratar el tema de indemnizaciones contractuales y extracontractuales," lo hace con el fin de delimitar el tipo de indemnización que se persigue, y en ese cotejamiento procede a delimitar la naturaleza y el alcance de la indemnización; análisis que precisamente se lo realiza en atención al primer inciso del artículo 313 del Código Orgánico General de Procesos que establece: …'Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos'" ; en forma posterior, el Tribunal de instancia concluye que la indemnización de daños extrapatrimoniales no es propio de la jurisdicción contencioso administrativa porque tal pretensión planteada en la reconvención no proviene de la responsabilidad objetiva del Estado prevista en el artículo 11 número 9 de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 217 números 8 y 9, y 185 números 3 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud de lo cual es criterio de la Sala Especializada que no se configura el vicio invocado al amparo del caso 2 del artículo 268 del COGEP. Por tales consideraciones rechaza los recursos interpuestos por los recurrentes y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2016-01340

Jueza Ponente: Abg. Cynthia María Guerrero Mosquera

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

Quito, martes 14 de agosto del 2018, las 15h09.-

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 1 de junio de 2018 que constan en el proceso.

ANTECEDENTES: A) El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió la sentencia el 20 de febrero del 2018, las 09h38, dentro del juicio contencioso administrativo No. 17811-2016-01340, seguido por HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representanta en el Ecuador por SUMIL C.A. representada a su vez por Silvia María del Pilar Garcés Espinosa mediante poder especial, en contra del Ministerio de Defensa Nacional y Procurador General del Estado, en la cual resolvió que: *"…acepta parcialmente la demanda y se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución S/N de 24 de marzo de 2016, por efecto de un procedimiento administrativo nulo, originado en un recurso administrativo inexistente, propuesto por la propia actora; y determinado por este Tribunal. Por lo que no ha lugar al resto de pretensiones demandadas por la actora ya que ha quedado en firme el acto administrativo antecedente del recurso administrativo inexistente, esto es la Resolución N° 001 de Terminación Unilateral del contrato de fecha 6 de enero de 2016. En lo que tiene que ver con la reconvención planteada por el Ministerio de Defensa se desecha en su totalidad por improcedente y sin fundamento."*.

B) El actor HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representada en el Ecuador por SUMIL C.A. representada a su vez por Silvia María del Pilar Garcés Espinosa mediante poder especial, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 20 de febrero del 2018, las 09h38, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, por los casos dos y cinco artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

C) Así también, el Abg. Hugo Andrés Ruiz Obando en su calidad de Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, delegado del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado interpone recurso de casación, por los casos dos y cuatro del artículo 268 del COGEP.

D) El doctor Adolfo Patricio Secaira Durango, Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 24 de abril del 2018, las 16h00, señaló respecto al recurso de casación interpuesto por HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representanta en el Ecuador por SUMIL C.A. que admite el recurso en base a los casos dos y cinco del artículo 268 del COGEP; y, en cuanto al recurso de casación interpuesto por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, delegado del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado, señala que admite a trámite en lo que guarda relación exclusivamente con el caso 2 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, e inadmite en lo referente al caso 4 del Art. 268 Ibídem.

Agréguese a los autos el escrito de fecha 18 de junio de 2018, las 12:25, presentado por HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL); Tómese en cuenta la autorización conferida a su abogado. Agréguese el escrito y sus anexos de 22 de junio de 2018, las 10:35 presentado por la Dra. Katya Paola Andrade Vallejo, Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional y delegada del Ministro de Defensa Nacional conforme lo acredita con la documentación adjunta; Tómese en cuenta las autorizaciones conferidas a los abogados; Tómese en cuenta los casillero judiciales señalados y los correos electrónicos indicados en el escrito. Agréguese el escrito y su anexo de 22 de junio de 2018, las 16:50 presentado por la

Dra. Katya Paola Andrade Vallejo, Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional y delegada del Procurador General del Estado conforme lo acredita con el documento adjunto. Agréguese el escrito y sus anexos de 25 de junio de 2018, las 12:32 presentado por el Abg. Jaime Cazar Valencia, abogado del Ministerio de Defensa Nacional. Agréguese el escrito de fecha 2 de julio de 2018, las 15h54, presentado por la Dra. Katya Paola Andrade Vallejo, Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, delegada del Ministro de Defensa Nacional y Delegada de la Procuraduría General del Estado, mediante el cual solicita: "…***se me otorgue copia certificada del acta de la audiencia de casación realizada el día lunes 25 de junio de 2018***…". Por lo expuesto se dispone que por Secretaria previa notificación a las partes se confiera copia certificada del acta de la audiencia desarrollada el día lunes 25 de junio de 2018, las 15:00.

E) 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: En el día y hora fijados se llevó a efecto la audiencia de casación a la que comparecieron por la parte actora HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representada en el Ecuador por SUMIL C.A., el doctor Gustavo Andrés Donoso Fabara con procuración judicial, acompañado de su defensa técnica, así como por la parte demandada Ministerio de Defensa Nacional, la doctora Katya Paola Andrade Vallejo, Coordinadora General de Asesoría Jurídica de dicha dependencia, acompañada de su defensa técnica.

TERCERO: 3.1. En primer lugar, el actor HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representada en el Ecuador por SUMIL C.A., identificó la sentencia impugnada, las disposiciones legales infringidas, e invoca los casos dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en el que fundamentó su recurso, basado que en la sentencia recurrida sobre el caso dos no cumple con el requisito de motivación de conformidad con el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador; y, sobre el caso quinto sostiene que existe: aplicación indebida del Art. 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y que a su vez produjo falta de aplicación de los artículos 180 numeral 2 del ERJAFE, y 11 numerales 3 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador; aplicación indebida del Art. 133 del ERJAFE, y que a su vez produjo falta de aplicación de los artículos 101 numeral 1 del ERJAFE; y, falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7, literal m), y Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.2. Respecto al caso dos del artículo 268 del COGEP, interpuesto por la parte actora, argumenta que la sentencia no cumple con el requisito de la motivación, de conformidad con el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, señalando en su memorial de casación en lo principal que: *"…9.* ***Lógica:*** *La sentencia del Tribunal no cumple con el requisito de la lógica pues su razonamiento es contradictorio entre sus premisas y la conclusión a la que llega. (…) El Tribunal clara e inequívocamente expresa que revisará la Resolución No. 001 de 6 de enero de 2016 (en adelante "****Resolución 001****") mediante la que se terminó unilateralmente el Contrato solo si encuentra un viso de ilegalidad o nulidad en la Resolución S/N de 24 de marzo de 2016 (en adelante "****Resolución S/N****"), mediante la que se niega el recurso de apelación. (…) 16. Así, en la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal aceptó parcialmente la demanda y declaró la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución S/N de 24 de marzo de 2016. Existe una evidente incoherencia en el razonamiento del Tribunal porque a pesar de manifestar que revisará la Resolución 001 en caso de declararse la nulidad de la Resolución S/N, y a pesar de que esta nulidad fue efectivamente declarada, no revisó la Resolución 001. En otras palabras, contradijo lo manifestado por el mismo Tribunal al inicio de su análisis. Este razonamiento entraña una violación al derecho al debido proceso y a la garantía de motivación prevista en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.*

(…) 21. ***Razonabilidad:*** *(…) el Tribunal se limita a aplicar los artículos 129, 133 y 179 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante "****ERJAFE****") para declarar la nulidad de la Resolución S/N y para determinar que la Resolución 001 estaría en firme y no podía ser revisada. (…)*

24. Podrá notarse que el Tribunal invoca tres causales distintas para declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución S/N, sin embargo, no consta del análisis que hace, cómo dichas normas son aplicables a los supuestos de hecho en los que basó su decisión. De ahí que la sentencia no cumple con el requisito de razonabilidad. (…)

32…la sentencia carece de motivación por cuanto no cumple con el requisito de razonabilidad, toda vez que se ha podido constatar que no se aplican las normas constitucionales, sino que por el contrario se aplican normas jerárquicamente inferiores, que además son inaplicables para el caso materia de la litis.

33. ***Comprensibilidad:*** *…34. Si bien la sentencia recurrida se encuentra redactada con un lenguaje claro, la existencia de criterios contradictorios y de conclusiones incoherentes devienen en una deficiencia argumentativa que hace que la sentencia no pueda ser efectivamente comprendida, incumpliéndose el requisito de comprensibilidad, confirmando además la falta de motivación de la sentencia.".*

3.3. Por su parte la defensa técnica del demandado Ministerio de Defensa Nacional, expuso sus argumentos respecto a la norma y caso señalado por el actor (HAL) manifestando en lo principal que: *"Estamos aquí por el uso del 173 argumentos de causales 2 y 5 nacen de un error cometido por actor al interponer apelación de resolución 001 de 06-01-2016 que termina unilateral y anticipadamente contrato, provoca que el Ministro de Defensa quien emitió acto originario emita resolución negando recurso de apelación, es última autoridad no cabe impugnación y pone fin a vía administrativa, está bien motivada sentencia en lo que respecta a pretensiones del actor, califica el recurso de inexistente, resolución que niega recurso también es nulo, si realiza control de legalidad, acto de terminación unilateral esta firme. Razonabilidad aplica 300 de COGEP si hay nulidad de apelación mal cabe entrar a acto original…".*

3.4. La Sala sobre este aspecto alegado por el actor, deberá determinar, si la sentencia carece de motivación conforme lo señalado por el recurrente. Para resolver, se formulan las siguientes consideraciones:

3.4.1. El artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, 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:…l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncien 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".* (Lo resaltado corresponde a la Sala).

3.4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la motivación ha determinado que el deber de motivar es una garantía fundamental que salvaguarda al debido proceso, en ese sentido ha manifestado lo siguiente: *"Respecto al deber de motivación…, la Corte reitera que la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática…" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Párrafo 141).*

3.4.3. La Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sobre la motivación en la sentencia No. 069-10-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011, manifestó: *"La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión…Es decir, la motivación responde a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada".*

3.4.4. El artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece como atribución de las juezas y jueces: *"…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****.".* (Lo resaltado corresponde a la Sala).

3.4.5. De igual forma el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 89 determina que: *"****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…". (Lo resaltado corresponde a la Sala).

3.4.6. La motivación constituye por tanto, una obligación de los órganos jurisdiccionales, una garantía al debido proceso, que asegura a los justiciables conocer las causas por las que la o el juzgador aceptó o denegó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales.

3.5. De lo expuesto y de la lectura de la sentencia impugnada se evidencia que el Tribunal A quo identificó claramente el problema que debía resolver, esto es *"…**1.-** El objeto de la controversia en la presente causa consiste en realizar el control de legalidad, conforme al artículo 300 del Código Orgánico General de Proceso, (sic) para determinar si existen causas de nulidad en la Resolución S/N de 24 de marzo de 2016, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la que se resolvió negar la apelación de la Resolución N° 001 de 6 de enero de 2016, en la que se declaró la terminación unilateral del contrato N° 2008-d-006 de 5 de agosto de 2008.",* es decir el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito motiva su decisión a su criterio en el análisis de los hechos y alegaciones realizada por el actor en su demanda y explica la aplicación de las normas jurídicas que invocan al caso concreto específicamente en lo determinado en el considerando quinto de la sentencia, de tal manera que llega a la conclusión de que: *"…**2.- DE LA DEMANDA:** La pretensión principal de la empresa demandante consiste en que se revise la legalidad de la resolución de 24 de marzo de 2016, mediante la que el Ministerio de Defensa Nacional rechazó el recurso de apelación presentado en contra de la declaratoria unilateral de terminación del contrato. Por ende, corresponde hacer el control de legalidad del acto administrativo impugnado, antes citado, cotejándolo con su petición; para sobre la base de esos argumentos, determinar cualquier posible ilegalidad. El recurso de apelación tiene como finalidad que el órgano administrativo superior pueda "corregir la actividad del inferior y la de dar a éste las instrucciones necesarias para orientar dicha actividad en la forma debida." (…) A fojas 437 de los autos consta el escrito presentado por Edwin Alfonso Caicedo de la Torre, en calidad de representante legal de SUMIL C.A. quien es representante en Ecuador de HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL), dentro del proceso de terminación unilateral del contrato N° 2008-d-006. De este petitorio, nacen los argumentos del recurso administrativo de apelación que nos ocupa y que fueron analizados por el Ministerio al tramitar el recurso de apelación. (…) En el presente caso, la actora planteó un recurso de alzada ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo apelado, lo que va en contra del artículo 176 del ERJAFE. De ahí, se colige la errónea interposición del recurso administrativo propuesto por la actora; lo cual, al ser tramitado erróneamente, por el Ministerio, ha creado, de origen, un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho originado en un recurso inexistente, al tenor del artículo 129 numeral 1°, literales b), c) y f), del ERJAFE. Así mismo, según los artículos 133 y 179, literal b), del mismo ERJAFE, el acto administrativo de terminación unilateral del contrato puso fin a la vía administrativa, impidiendo que se pueda presentar cualquier recurso administrativo o judicial y quedando en firme habida cuenta que la actora no puede beneficiarse de su propio error. (…) De ahí se colige la errónea interposición del recurso administrativo planteado por HAL; éste, al ser tramitado desacertadamente por el Ministerio, ha creado un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho, originado en un recurso inexistente, al tenor de los artículos 129 numeral 1°, literales b), c) y f) y 179, literal b), del ERJAFE.*

(…) De todo lo expuesto, solo podemos concluir que la negativa del recurso de apelación emitida sin competencia por el Ministerio de Defensa el 26 de marzo de 2016, por provenir de actuaciones nulas dentro del procedimiento administrativo, también nulo, ha dejado en firme el acto administrativo anterior habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 133 del ERJAFE; por cuanto se retrotrae a los actos antecedentes de la admisión del recurso administrativo de apelación equivocadamente admitido y sustanciado; esto es el acto administrativo de terminación unilateral del contrato suscrito entre HAL y el Ministerio de Defensa que queda en firme, por ser el que pone fin a la fase administrativa según el literal b) del artículo 179 del ERJAFE. La nulidad de la Resolución del recurso de apelación, erróneamente tramitado, vuelve las cosas al estado anterior del planteamiento del recurso de apelación inadmisible. Al retrotraernos al acto anterior a las actuaciones nulas del Ministerio de Defensa, esto es al acto de terminación unilateral del contrato, el cual queda en firme y con plena legitimidad. Además, hace ver que el acto administrativo impugnado también es nulo por ser el resultado de este procedimiento nulo."; determinado en definitiva

en la parte resolutiva de la sentencia impugnada que: *"…acepta parcialmente la demanda y se declara la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución S/N de 24 de marzo de 2016, por efecto de un procedimiento administrativo nulo, originado en un recurso administrativo inexistente, propuesto por la propia actora; y determinado por este Tribunal. Por lo que no ha lugar al resto de pretensiones demandadas por la actora ya que ha quedado en firme el acto administrativo antecedente del recurso administrativo inexistente, esto es la Resolución N° 001 de Terminación Unilateral del contrato de fecha 6 de enero de 2016…".* Por tanto la conclusión válida de esto es que la sentencia guarda completa y absoluta motivación en relación al tema alegado por el recurrente; es decir, analizada de forma exhaustiva el contenido de la sentencia en su integridad, se observa que las razones por las que los jueces de instancia declararon la nulidad del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución S/N de 24 de marzo del 2016, por efecto de un procedimiento administrativo nulo, originado en un recurso administrativo inexistente, están expresamente señaladas en el considerando quinto del fallo, pues se determinó que la actora al plantear un recurso de alzada ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo apelado, va en contra del artículo 176 del ERJAFE, y que en consecuencia dicha errónea interposición del recurso administrativo propuesto al ser tramitado erróneamente por el Ministerio de Defensa, ha creado de origen un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho originado en un recurso inexistente al tenor del artículo 129 numeral 1, literales b), c) y f) del ERJAFE, y que además según los artículos 133 y 179, literal b) del mismo ERJAFE, el acto administrativo de terminación unilateral del contrato puso fin a la vía administrativa, impidiendo que se pueda presentar cualquier recurso administrativo o judicial y quedando en firme habida cuenta que la actora no puede beneficiarse de su propio error, lo que equivale precisamente a la subsunción de los hechos, la errónea interposición de un recurso de apelación inexistente, con el derecho, la norma que los prevé, sustentan además la decisión en un criterio doctrinario del *"…maestro español Eduardo García de Enterría, al referirse al recurso administrativo de apelación…".* Advirtiendo todo lo cual, es indiscutible que no existe falta de motivación alegada por el recurrente. Por tanto esta Sala Especializada considera que el tribunal de instancia realiza una adecuada motivación en la sentencia recurrida, en consecuencia se rechaza el recurso de casación por este extremo.

CUARTA: 4.1. En lo concerniente a la dilucidación del caso quinto del artículo 268 del COGEP, alegado por el 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".

4.2. 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.

4.3. Al respecto, el recurrente dentro del caso quinto del Art. 268 del COGEP, sostiene que en la sentencia recurrida existe: aplicación indebida del Art. 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y que a su vez produjo falta de aplicación de los artículos 180 numeral 2 del ERJAFE, y 11 numerales 3 y 5 de

la Constitución de la República del Ecuador; aplicación indebida del Art. 133 del ERJAFE, y que a su vez produjo falta de aplicación de los artículos 101 numeral 1 del ERJAFE; y, falta de aplicación de los artículos 76 numeral 7, literal m), y Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador; y, al fundamentar su recurso en el memorial de casación en lo principal señala:

4.3.1. En relación a la aplicación indebida del Art. 129, y falta de aplicación del numeral 2 del Art. 180 del ERJAFE y numerales 3 y 5 del Art. 11 de la Constitución, manifiesta que: *"…El Tribunal emplea los artículos 129 y 133 del ERJAFE para sostener que la Resolución S/N fue emitida supuestamente sin competencia por el Ministerio de Defensa. (…) el Tribunal no hace un análisis pormenorizado de estas causales,…ninguna de las causales de nulidad de pleno derecho que fueron referidas en la sentencia eran de aplicación al caso concreto. El hecho que no está en discusión es que (i) HAL presentó recurso administrativo, al que denominó equivocadamente "recurso de apelación", ante el Ministro de Defensa, y (ii) que este recurso fue aceptado a trámite, sustanciado, resuelto y negado. Como consecuencia de aplicar causales de nulidad que no corresponden a la situación jurídica sub judice, el Tribunal dejó de aplicar la norma que correspondía, que es el numeral 2 del artículo 180 del ERJAFE, y los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución. A la luz de esta norma, el recurso de HAL era procedente, por lo que su tramitación no podía generar nulidad de procedimiento alguna.*

43. De aplicarse el artículo 180.2 del ERJAFE, el Tribunal habría llegado a la conclusión que necesariamente debía conocer si la Resolución 001 fue dictada conforme a Derecho o no.

(…) 47. De conformidad con el artículo 180 numeral 2 del ERJAFE, en materia de recursos administrativos, resulta irrelevante la calificación que haya dado HAL a su recurso, pues es la propia Administración la que, al presentársele un recurso, determinará la naturaleza que debe darle, ya sea de reposición, de apelación o de revisión, según las circunstancias de cada caso concreto. Esto implica que el administrado incluso puede cometer un error en la denominación o calificación de un recurso, y la Administración se encuentra obligada a subsanar este error en defensa de los derechos del administrado que recurre, como parte débil de la relación.

(…) 52. Además, el numeral 2 del artículo 180 es concordante con el artículo 11 de la Constitución que contempla los principios que deben ser aplicados por toda autoridad administrativa o judicial para el ejercicio de los derechos constitucionales de los administrados.

(…) 55. De haberse aplicado el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución, en concordancia con el artículo 180 numeral 2 del ERJAFE, se habría llegado a la conclusión de la validez del procedimiento administrativo que fue tramitado por el Ministerio,

(…) 56. En segundo lugar el Tribunal en su sentencia tampoco aplicó el principio previsto en el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución, que prescribe: "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" (énfasis añadido).

57. La norma citada habría llevado al Tribunal a interpretar el principio de libertad de formas a favor del administrado, y no en su contra. Como se ha dicho, este principio vela por que se garanticen los derechos de los administrados, incluso subsanando sus posibles errores. Una interpretación que limite sus derechos y, que, sobre todo, prive al administrado de impugnar estos actos de la Administración en sede judicial, de ninguna manera es la interpretación que más favorece la efectiva vigencia de los derechos de HAL.".

4.3.2. Sobre la indebida aplicación del artículo 133 del ERJAFE, que condujo a la falta de aplicación del numeral 1 del Art. 101 del ERJAFE, señala en lo principal que: *"…61. Concretamente, el artículo 133 del ERJAFE positiviza el principio de conservación de los actos administrativos, como es conocido en la doctrina administrativa. El texto de la norma indebidamente aplicada es el siguiente: "Art. 133.- El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiere mantenido igual de no haberse cometido la infracción." (…) la referida norma del artículo 133 del ERJAFE está encaminada a ser aplicada única y exclusivamente para aquellos casos en que sean los órganos de la Administración Pública Central o Institucional quienes declaren la nulidad o anulen las actuaciones administrativas. (…) Es decir, que el Tribunal utiliza y tergiversa el alcance de dicha norma para sostener que no podría revisarse el fondo de la Resolución 001….quienes tienen competencia para realizar el control de legalidad de todo el procedimiento administrativo de terminación unilateral y de todos los actos concatenados cuya revisión se les solicita. (…) como consecuencia de esta indebida aplicación, el Tribunal dejó de aplicar las*

normas que sí eran pertinentes al caso, y específicamente el numeral 1 del artículo 101 del ERFAJE… recoge los principios de buena fe y confianza legítima que deben regir en toda actuación de la Administración Pública. El principio de confianza legítima implica que los actos de la Administración Pública no pueden menoscabar las legítimas expectativas del administrado, (…) al momento en que HAL planteó un recurso administrativo en contra de la Resolución 001 y este fue admitido, el Ministerio creó una legítima expectativa en HAL de que la Resolución 001 no sería definitiva, sino hasta la resolución de la impugnación. Incluso, creó un legítima expectativa para el caso en que la resolución del recurso de HAL le fuere desfavorable, se podrían impugnar ambas resoluciones, Resolución 001 y Resolución S/N, en sede jurisdiccional, pues recién la segunda puso fin a la vía administrativa.".

4.3.3. Y finalmente, sobre la falta de aplicación del artículo 173, y del literal m), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, el recurrente en lo principal sostiene que: *"…los errores jurídicos en que incurrió la sentencia llevaron al Tribunal a negar a la actora toda posibilidad de impugnar la Resolución 001 y la Resolución S/N, tanto en sede administrativa como en sede judicial vaciando de contenido el principio constitucional. (…) Además, al declarar la nulidad de la Resolución S/N y al establecer que la Resolución 001 se encuentra en firme, ha bloqueado –de manera ilegítima- la revisión sobre el fondo del acto administrativo de terminación unilateral. En caso de que el tribunal efectivamente hubiere aplicado el artículo 173 de la Constitución, como debía hacerlo, hubiese determinado que cabía una revisión del fondo (análisis de legalidad) en sede judicial, tanto de la Resolución S/N como de la Resolución 001. Solamente de esta manera estaría consagrándose el principio de que todo acto de la administración puede ser impugnado tanto en sede administrativa y en sede judicial. (…) devino además en una falta de aplicación de la garantía establecida en el literal m) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución…de haberse aplicado…se habría garantizado el derecho de HAL a recurrir todas las actuaciones administrativas bajo las reglas y previsiones del ERJAFE, tanto en sede administrativa como en sede judicial, de modo que el Tribunal hubiese tenido que conocer y pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución 001 y de la Resolución S/N, asegurando así al administrado una decisión de fondo respecto de una violación de derechos subjetivos.".*

4.4. Por su parte la defensa técnica del accionado expuso sus argumentos respecto a las normas y caso señalado por el recurrente manifestando en lo principal que: *"Estamos aquí por el uso del 173 argumentos de causales 2 y 5 nacen de un error cometido por actor al interponer apelación de resolución 001 de 06-01-2016 que termina unilateral y anticipadamente contrato, provoca que el Ministro de Defensa quien emitió acto originario emita resolución negando recurso de apelación, es última autoridad no cabe impugnación y pone fin a vía administrativa , está bien motivada sentencia en lo que respecta a pretensiones del actor, califica el recurso de inexistente, resolución que niega recurso también es nulo, si realiza control de legalidad, acto de terminación unilateral esta firme. Razonabilidad aplica 300 de COGEP si hay nulidad de apelación mal cabe entrar a acto original causal 5 libertad de formas se puso fin a vía administrativa con terminación unilateral, el Ministro competente para conocer recurso de revisión siendo superior con causales y tiempos específicos, apelación, ordinario, acto no cause estado, revisión, extraordinario, acto firme.".*

4.5. Sobre estas acusaciones el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en su sentencia impugnada señala que: *"…**2.- DE LA DEMANDA:** La pretensión principal de la empresa demandante consiste en que se revise la legalidad de la resolución de 24 de marzo de 2016, mediante la que el Ministerio de Defensa Nacional rechazó el recurso de apelación presentado en contra de la declaratoria unilateral de terminación del contrato. (…) Analizaremos la pretensión tomando en cuenta únicamente los argumentos planteados por la actora dentro de su escrito de interposición del recurso de alzada que el Ministerio de Defensa le dio trámite hasta su resolución. A fojas 437 de los autos consta el escrito presentado por Edwin Alfonso Caicedo de la Torre, en calidad de representante legal de SUMIL C.A. quien es representante en Ecuador de HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL), dentro del proceso de terminación unilateral del contrato N° 2008-d-006. De este petitorio, nacen los argumentos del recurso administrativo de apelación que nos ocupa y que fueron analizados por el Ministerio al tramitar el recurso de apelación.*

***2.1.-** Partiremos del control de legalidad de los antecedentes que dieron origen al acto administrativo impugnado, esto es el procedimiento del recurso de apelación sustanciado, según lo dispone el artículo 313 del Código Orgánico General de Procesos. El acto administrativo impugnado deviene de un procedimiento administrativo nulo toda vez que nace en un*

recurso de apelación inexistente, y por tanto inadmisible; toda vez que el acto administrativo impugnado con el recurso administrativo, dígase la Resolución Nº 001 de Terminación Unilateral del Contrato de 6 de enero de 2016 fue emitido por el mismo Ministro de Defensa. En el presente caso, la actora planteó un recurso de alzada ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo apelado, lo que va en contra del artículo 176 del ERJAFE. De ahí, se colige la errónea interposición del recurso administrativo propuesto por la actora; lo cual, al ser tramitado erróneamente, por el Ministerio, ha creado, de origen, un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho originado en un recurso inexistente, al tenor del artículo 129 numeral 1°, literales b), c) y f), del ERJAFE. Así mismo, según los artículos 133 y 179, literal b), del mismo ERJAFE, el acto administrativo de terminación unilateral del contrato puso fin a la vía administrativa, impidiendo que se pueda presentar cualquier recurso administrativo o judicial y quedando en firme habida cuenta que la actora no puede beneficiarse de su propio error. La actora ha perdido la oportunidad de impugnar el acto administrativo de terminación unilateral del contrato al acudir a un recurso inexistente que produjo un procedimiento nulo de pleno derecho. El Ministerio, en lugar de dar trámite al recurso, debió inadmitirlo por inexistente porque el Ministro era incompetente para resolverlo, por no ser autoridad de alzada, conforme el artículo 176 del ERJAFE. (…) Por otro lado, en el texto del escrito de interposición del recurso de apelación, vemos que la recurrente dice: "Con los antecedentes antes expuestos y manifestados impugno formalmente la resolución adoptada por usted señor Ministro de Defensa Nacional, constante en la Resolución Nº 001 de 06 de Enero de 2016, adjunta mediante oficio Nº MDN-MDN-2016-0016-OF de 06 de enero del 2016, mediante la cual procede a declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato Nº 2008-d-006 de 05 de Agosto de 2008, sin que la misma sea motivada conforme a la Ley y además extemporánea, por lo tanto nula de nulidad absoluta, dejando consecuentemente en indefensión al recurrente. Fundado en lo que disponen los Arts. 23 numerales 29 y 30; Art. 76, literal l), Art. 424 y más pertinentes de la Constitución Política de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 69 y 174 numeral 1) del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, y más leyes pertinentes, presento ante usted, señor Ministro de Defensa Nacional, el presente RECURSO DE APELACIÓN, a fin de que se digne considerar la exposición realizada y dejar insubsistentes los actos y resolución tomadas en el improcedente proceso administrativo de terminación unilateral del contrato y que fuera impugnada oportunamente." (fjs. 449) De ahí se colige la errónea interposición del recurso administrativo planteado por HAL; éste, al ser tramitado desacertadamente por el Ministerio, ha creado un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho, originado en un recurso inexistente, al tenor de los artículos 129 numeral 1°, literales b), c) y f) y 179, literal b), del ERJAFE.

***2.2.-** Adicionalmente, sale a relucir que la demandante en su escrito siempre habla de recurso de apelación, y le da ese tratamiento. Por el principio de "libertad de las formas", tanto la Administración, como este Tribunal, debemos acoger la intención del recurrente más allá de las normas legales invocadas. De ahí, que vista la intención de interponer un recurso administrativo de apelación, que es de alzada, deviene en inadmisible y su procedimiento es nulo, como lo indicamos; toda vez que la autoridad a la que se recurre es la misma que emitió el acto administrativo impugnado y por tanto carece de competencia. Este solo hecho torna inadmisible al recurso de apelación presentado por HAL. "La nulidad de pleno derecho resulta ser entonces de orden público, lo cual explica que pueda ser declarada de oficio por la propia administración e incluso, por los tribunales, aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esa declaración." De todo lo expuesto, solo podemos concluir que la negativa del recurso de apelación emitida sin competencia por el Ministerio de Defensa el 26 de marzo de 2016, por provenir de actuaciones nulas dentro del procedimiento administrativo, también nulo, ha dejado en firme el acto administrativo anterior habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 133 del ERJAFE; por cuanto se retrotrae a los actos antecedentes de la admisión del recurso administrativo de apelación equivocadamente admitido y sustanciado; esto es el acto administrativo de terminación unilateral del contrato suscrito entre HAL y el Ministerio de Defensa que queda en firme, por ser el que pone fin a la fase administrativa según el literal b) del artículo 179 del ERJAFE. La nulidad de la Resolución del recurso de apelación, erróneamente tramitado, vuelve las cosas al estado anterior del planteamiento del recurso de apelación inadmisible. Al retrotraernos al acto anterior a las actuaciones nulas del Ministerio de Defensa, esto es al acto de terminación unilateral del contrato, el cual queda en firme y con plena legitimidad. Además, hace ver que el acto administrativo*

impugnado también es nulo por ser el resultado de este procedimiento nulo.
Cabe indicar que pese a la detección por parte de este Tribunal del vicio de nulidad anteriormente señalado, el cual debe ser declarado, éste no ha sido por los fundamentos esgrimidos por el actor en su escrito de demanda sino en virtud del control de legalidad que este Tribunal está obligado a ejercer sobre los puntos que se produjo la controversia "…y aquellos que en relación directa comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o actos impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, se aparte del criterio que {aquellas} atribuyan a los hechos."; según el artículo 313 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo que no procede, el otorgamiento de las demás pretensiones planteadas por la actora sobre el pedido de nulidad al acto administrativo impugnado. Por cuanto, conforme se ha analizado, el accionante en sede administrativa erró el camino al plantear el recurso de apelación de la resolución de terminación unilateral del contrato, ante el mismo órgano que la dictó, esto es el Ministro de Defensa, ya que al haberlo tramitado y resuelto, conforme se analizó, hace concluir a este Tribunal que el acto antecedente, esto es la Resolución de terminación unilateral del contrato, ya alcanzó firmeza. De esta manera, el Tribunal tiene vedado pronunciarse sobre cualquier argumento vertido por la actora respecto al acto administrativo firme, es decir, del acto de terminación unilateral del contrato, como lo indicamos en líneas anteriores.".
4.6. Al respecto los artículos 129 y 133 del ERJAFE; artículo 173, y literal m), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, alegados por el recurrente establecen que: ERJAFE: *"**Art. 129.- Nulidad de pleno derecho. 1.** Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: …**b.** Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio; **c.** Los que tengan un contenido imposible;…**f.** Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;…"; "**Art. 133.- Conservación de actos y trámites.** El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.";* Constitución de la República: *"**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."*, y, *"**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.".*
4.7. Sobre la base de estos hechos considerados como ciertos y probados por el Tribunal A quo, en relación a las normas alegadas por el recurrente, es necesario remitirnos a la garantía de la seguridad jurídica consagrada en el Art. 82 de la Constitución, así como también al principio de competencias positivas previsto en el Art. 226 de la Constitución que tiene directa relación con el principio de legalidad. Al respecto, cabe recalcar que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 31 de mayo de 2001, dentro del caso No. 150-2001-RA, Primera Sala, publicada en el Registro Oficial No. 346-S, de 13 de junio de 2011, respecto al principio de legalidad ha señalado: *"… Que el principio de legalidad de la Administración se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente. (…) Que la competencia del órgano es requisito de todo acto administrativo y, a más de este requisito, la doctrina considera indispensable que exista la investidura del titular efectuada de conformidad con el ordenamiento jurídico positivo. Un órgano administrativo se compone de un elemento permanente, abstracto e institucional que es el conjunto de potestades y competencias que le corresponden; y de un elemento subjetivo y transitorio que es el titular. La unión de ambos elementos da lugar a una relación de empleo público, y requiere normalmente de nombramiento y toma de posesión, luego, si falta alguno de ellos, la investidura no es legal y deviene en la presencia de un titular de facto;"*, así también, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 407, publicada en el Registro Oficial No. 50 de 28 de marzo de 2003, en cuanto al principio de legalidad, ha señalado que: *"…los*

actos administrativos producen efectos jurídicos directos que crean, modifican o extinguen derechos subjetivos y que pueden ser impugnados judicialmente ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que es evidente es que la noción de acto administrativo, está íntimamente relacionada con la sumisión de la Administración Pública a un determinado régimen de derecho o dicho en otras palabras al principio de legalidad, verdadera cláusula regía dentro de un estado de derecho. Al respecto cabe citar al tratadista español Eduardo García de Enterria, quien manifiesta que: 'el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma'. (Eduardo García de Enterria y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Octava Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 539). ***El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice*** *y prevea ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley.".* (Lo resaltado corresponde a la Sala). En la especie, se puede evidenciar que efectivamente, el Tribunal de instancia sobre los hechos valorados y analizados en el considerando V mencionado, constató que el accionante en su escrito de interposición del recurso de apelación dice: *"… Por otro lado, en el texto del escrito de interposición del recurso de apelación, vemos que la recurrente dice: "Con los antecedentes antes expuestos y manifestados impugno formalmente la resolución adoptada por usted señor Ministro de Defensa Nacional, constante en la Resolución Nº 001 de 06 de Enero de 2016, adjunta mediante oficio Nº MDN-MDN-2016-0016-OF de 06 de enero del 2016, mediante la cual procede a declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato Nº 2008-d-006 de 05 de Agosto de 2008, sin que la misma sea motivada conforme a la Ley y además extemporánea, por lo tanto nula de nulidad absoluta, dejando consecuentemente en indefensión al recurrente. Fundado en lo que disponen los Arts. 23 numerales 29 y 30; Art. 76, literal l), Art. 424 y más pertinentes de la Constitución Política de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 69 y 174 numeral 1) del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, y más leyes pertinentes, presento ante usted, señor Ministro de Defensa Nacional, el presente RECURSO DE APELACIÓN, a fin de que se digne considerar la exposición realizada y dejar insubsistentes los actos y resolución tomadas en el improcedente proceso administrativo de terminación unilateral del contrato y que fuera impugnada oportunamente." (fjs. 449) De ahí se colige la errónea interposición del recurso administrativo planteado por HAL; éste, al ser tramitado desacertadamente por el Ministerio, ha creado un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho, originado en un recurso inexistente, al tenor de los artículos 129 numeral 1°, literales b), c) y f) y 179, literal b), del ERJAFE.*

2.2.- Adicionalmente, sale a relucir que la demandante en su escrito siempre habla de recurso de apelación, y le da ese tratamiento. Por el principio de "libertad de las formas", tanto la Administración, como este Tribunal, debemos acoger la intención del recurrente más allá de las normas legales invocadas. De ahí, que vista la intención de interponer un recurso administrativo de apelación, que es de alzada, deviene en inadmisible y su procedimiento es nulo, como lo indicamos; toda vez que la autoridad a la que se recurre es la misma que emitió el acto administrativo impugnado y por tanto carece de competencia. Este solo hecho torna inadmisible al recurso de apelación presentado por HAL. "La nulidad de pleno derecho resulta ser entonces de orden público, lo cual explica que pueda ser declarada de oficio por la propia administración e incluso, por los tribunales, aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esa declaración." De todo lo expuesto, solo podemos concluir que la negativa del recurso de apelación emitida sin competencia por el Ministerio de Defensa el 26 de marzo de 2016, por provenir de actuaciones nulas dentro del procedimiento administrativo, también nulo, ha dejado en firme el acto administrativo anterior habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 133 del ERJAFE;", es decir, en la especie el Tribunal por un lado comprobó que existe la presentación del recurso de apelación ante el mismo Ministro de Defensa Nacional impugnando la Resolución No. 001 de 6 de enero de 2016 en la que se declaró la terminación unilateral del contrato dictada por el mismo Ministro de Defensa, por lo cual esta Sala concuerda con lo señalado por el Tribunal A quo en el sentido de que: *"…se pide a través de un recurso de alzada que el mismo órgano que emitió el acto administrativo, cuestionado, dicte una resolución de apelación. Esto de por sí atenta a la lógica jurídica del recurso de alzada con el agravante que*

el Ministerio de Defensa es la máxima autoridad sin que exista sobre él un superior jerárquico.", que si bien es cierto conforme el Art. 173 de la Constitución de la República, todo acto administrativo de cualquier autoridad del Estado puede ser impugnado tanto en la vía administrativa como judicial, estas impugnaciones no pueden ser al arbitrio del administrado y contrariando el ordenamiento jurídico tal como lo ha señalado el mismo Tribunal A quo al decir que: *"…la actora planteó un recurso de alzada ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo apelado, lo que va en contra del artículo 176 del ERJAFE. De ahí, se colige la errónea interposición del recurso administrativo propuesto por la actora; lo cual, al ser tramitado erróneamente, por el Ministerio, ha creado, de origen, un procedimiento administrativo nulo de pleno derecho originado en un recurso inexistente, al tenor del artículo 129 numeral 1°, literales b), c) y f), del ERJAFE. Así mismo, según los artículos 133 y 179, literal b), del mismo ERJAFE, el acto administrativo de terminación unilateral del contrato puso fin a la vía administrativa, impidiendo que se pueda presentar cualquier recurso administrativo o judicial y quedando en firme habida cuenta que la actora no puede beneficiarse de su propio error*.", lo que en definitiva evidentemente dicho acto administrativo por el cual se negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto al expedirse, nacer o crearse sin que existan las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, tornan en incompetente a la autoridad administrativa para su emisión ya que dicho acto no nace si no hay una norma específica que lo autorice. De otro lado también esta Sala concuerda con lo manifestado por el Tribunal de instancia al señalar que: *"…el demandante en su escrito siempre habla de recurso de apelación, y le da ese tratamiento. Por el principio de "libertad de formas", tanto la Administración, como este Tribunal, debemos acoger la intención del recurrente más allá de las normas legales invocadas. De ahí, que vista la intención de interponer un recurso administrativo de apelación, que es de alzada, deviene en inadmisible y su procedimiento es nulo,…",* en consecuencia no cabe considerar como lo sostiene el recurrente tanto en su memorial de casación como al momento de su fundamentación en la audiencia de casación de que: *"El hecho que no está en discusión en que (i) HAL presentó un recurso administrativo, al que denominó equivocadamente "recurso de apelación" ante el Ministerio de Defensa"*, y que: "*De conformidad con el artículo 180 numeral 2 del ERJAFE, en materia de recursos administrativos,* ***resulta irrelevante la calificación que haya dado HAL a su recurso, pues es la propia Administración la que, al presentársele un recurso, determinará la naturaleza que debe darle, ya sea de reposición, de apelación o de revisión****…y la Administración se encuentra obligada a subsanar este error en defensa de los derechos del administrado que recurre…"*; y, que: *"****El Ministerio está obligado a conocer la norma en referencia y sabía que el único recurso procedente era el de revisión****."*, (Lo resaltado corresponde a la Sala) pues de ser así incluso no habría necesidad de determinar qué clase de recurso se presenta ante la administración para impugnar un determinado acto administrativo, incluso omitiendo requisitos y causales que en la especie pretende prescindir el recurrente al sostener que la Administración debía darle el tratamiento como si se tratase de un recurso de revisión, cuestiones estas que evidentemente como incluso señala el mismo recurrente en la cita que hace de la sentencia de la Corte Constitucional referente al Art. 173 de la Constitución en su memorial de casación que: *"…En suma, es un llamado a la proscripción de la arbitrariedad de las autoridades públicas en el ejercicio de su potestad administrativa, o dicho de otro modo, una determinación categórica del imperio del ordenamiento jurídico por sobre la voluntad de quien ostenta un cargo o dignidad."*; de tal modo que dejar a la administración a su arbitrio determinar qué clase de recurso es conveniente o no al administrado para impugnar un acto administrativo, aquello si caería en arbitrariedad al arrogarse potestades administrativas no establecidas en el ordenamiento jurídico, contrariando de esta forma el principio de impugnación consagrado en el Art. 173 de la Constitución de la República, en concordancia con el literal m), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República. Esta Sala Especializada considera que tampoco es aceptable el criterio señalado por el recurrente en el sentido de que: *"…Además, al declarar la nulidad de la Resolución S/N y al establecer que la Resolución 001 se encuentra en firme, ha bloqueado –de manera ilegítima- la revisión sobre el fondo del acto administrativo de terminación unilateral."*, cabe señalar que como bien lo sostiene el Tribunal A quo en su sentencia, que el acto administrativo impugnado esto es la Resolución S/N deviene de un procedimiento administrativo nulo toda vez que nace en un recurso de apelación inexistente, evidentemente la Resolución 001 de Terminación Unilateral del Contrato de 6

de enero de 2016, puso fin a la vía administrativa, sobre la cual al interponerse un recurso inexistente, quedó en firme, sobre el cual efectivamente no cabía ejercer el control de legalidad pues con la interposición de un recurso de apelación inexistente, y un procedimiento y resolución declarado nulo de puro derecho por parte del Tribunal de instancia no viabilizaba de forma alguna la revisión de la Resolución 001; por tal motivo, no se configuran los vicios de aplicación indebida y falta de aplicación de las normas invocadas dentro del caso quinto del artículo 268 del COGEP.

QUINTO: Respecto al recurso de casación interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional, en relación al caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en lo que se refiere a que la sentencia impugnada -adopta decisiones contradictorias-, en lo que tiene que ver a la reconvención planteada por dicho Ministerio, al fundamentar su recurso en la audiencia de casación en lo principal sostiene que: *"Auto admite causal 2, Art. 268 decisiones contradictorias, 163 numeral 4 COFJ, Resolución 4 Corte Nacional violentándose derecho a tutela judicial 75 Constitución y 23 COFJ. Ministerio de Defensa contesta demanda y presenta reconvención por incumplir el contrato obligación de soporte logístico por 15 años para mantener disponibilidad de helicópteros en 75% por incumplimiento necesidad de suspender operaciones de helicópteros por razones de seguridad, el Estado tuvo que soportar costo de oportunidad medido en función de horas de vuelo de FAE, reposición 7 helicópteros, gastos de conservación de 3, reconvino por daños patrimoniales y extra patrimoniales, respecto de daños morales auto interlocutorio admitió, se basó en peritaje de Marco López Paredes, afectación de imagen del estado frente a reconvención en audiencia preliminar el actor plantea excepciones de incompetencia Tribunal resuelve en 2.1. corresponde conocimiento por materia de conformidad en sentencia es ajena a nuestra competencia.";* añadiendo en su memorial de casación que: *"…el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo adopta una decisión contradictoria al rechazar la pretensión de reconvención de pago de daños extrapatrimoniales por incompetencia, cuando en la parte considerativa de la sentencia ya se declaró competente, por lo que la sentencia incurre en un vicio de incongruencia y su conducta se ajusta a la Causal Segunda del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos… Es más, así lo aceptó expresamente el propio tribunal en la audiencia preliminar al desechar la excepción de incompetencia alegada por HAL, por lo que evidenciamos una contradicción puesto que tanto en la audiencia preliminar cuanto en la parte motiva de la sentencia, el tribunal acepta la competencia que tiene para conocer y resolver la pretensión de pago de daños extrapatrimoniales motivo de la reconvención planteada por el Ministerio de Defensa Nacional; mientras que en la parte resolutiva de la sentencia afirma que es competencia de la jurisdicción civil.".*

5.1. Por su parte la defensa técnica del accionado (HAL) en la reconvención, expuso sus argumentos respecto a las normas y caso señalado por el recurrente manifestando en lo principal que: *"Ante el galimatías jurídico de la demanda no se sabía que era, reclamo contractual, extracontractual el Contencioso dijo me declaro competente para conocer lo que tenga relación con el contrato administrativo, que en el interin logren desglosar que reclamo era cual para dictar sentencia al final era incompetente para conocer aspectos de orden extrapatrimonial, le extraen de su fuero. Cuando se invita a participar en concurso para dotación de helicópteros HAL dijo no tengo con certificado FAR 29 tengo con certificado CEMILAC más apropiado para milicia, 2 informes de los accidentes, 2 no quiso exhibir Ministerio, caída de helicópteros se debe a falla humana dice Junta investigadora de accidentes de Chicago. Causal 2, no se hace ni una referencia que permita identificar que elementos de parte dispositiva son contradictorios, error en fallo no procede el recurso. Efecto de calificar reconvención se deja atada para que no pueda decidir sentencia…".*

5.2. El caso 2 del artículo 268 del COGEP dispone: *"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 cumpla el requisito de motivación.".* Esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, al respecto de este segundo vicio alegado, dentro del caso 2 (anterior causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación) en la Resolución No. 984-2016, dentro del juicio contencioso administrativo No. 521-2013, seguido por Luis Molina Torres y otra en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Cuenca, ha señalado que: *"…Esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 25 de febrero de 2003 dentro del proceso No. 25-2002, señaló: "Este numeral señala dos vicios del fallo que pueden dar lugar a que sea casado: …b) Que en la parte dispositiva se adopten disposiciones contradictorias o incompatibles." La primera parte de esta norma hace referencia a los requisitos formales que debe contener todo el fallo. En lo referente a la segunda hipótesis de esta causal, esto es, que*

en la parte dispositiva del fallo se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, es necesario señalar que el vicio de contradicción en la parte resolutiva de la sentencia tiene lugar cuando existe una afirmación y simultáneamente existe su negativa, a que ambas no pueden ser verdaderas y al mismo tiempo falsas. Luis Cueva Carrión define lo que se entiende por incompatible en la sentencia, de la siguiente manera: "es aquello que no concuerda con una cosa, que distorsiona, que no guarda relación de proporción entre un objeto y otro, que no puede unirse, que se excluye" (La Casación en Materia Civil, Tomo i, Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda, Quito-Ecuador, 1993, página 192), y agrega: "También es necesario destacar que la incompatibilidad de las decisiones que se adopten en la sentencia pueden ser entre sí o con la motivación" (Op. Cit., página 193)…".

5.3. Sobre la alegación interpuesta, se puede apreciar que el Tribunal de instancia en la sentencia impugnada señala que: *"…**2.- Excepciones previas de la reconvención del Ministerio de Defensa: 2.1.** El actor, HAL, presenta como excepción previa de la reconvención planteada por el Ministerio de Defensa Nacional, la incompetencia del Tribunal para conocer los reclamos por daños y perjuicios correspondientes a reclamos extracontractuales. El demandado tiene como pretensión de su reconvención la responsabilidad por el pago de daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de los anticipos no devengados y por el costo de oportunidad derivados del contrato de provisión de helicópteros.*

Al respecto, el Tribunal evidencia que la reconvención se refiere a daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del presente contrato y de los actos administrativos impugnados sometido al Derecho Público y por tanto, corresponde a conocimiento de este Tribunal por la materia de conformidad a lo prescrito en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con los artículos 1 y 3 de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia Nº 04-2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513, de 2 de junio de 2015. Por tanto, se desecha esta excepción previa."; más adelante en el punto 3 de la sentencia impugnada señala: *"…**3.2.-** En el presente caso, al revisar la reconvención, se evidencia que su pretensión contiene una serie de elementos disimiles pero que fueron englobados dentro de la indemnización de daños y perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial, derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual de la actora.*

Ante la farragosa amalgama indemnizatoria contenida en la pretensión del reconviniente (actora), corresponde, hacer un ejercicio de disección jurídica para delimitar cada tipo de indemnización a fin de discriminar las pretensiones que son propias de la jurisdicción contencioso-administrativa de aquellas que no lo son; toda vez que existe una prorrogación de la competencia para el conocimiento de la reconvención. De esta forma, en primera instancia, discriminaremos los requerimientos ajenos a la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para la procedencia del conocimiento de cada una de ellas; y en un segundo momento, determinar si en el presente caso existen los elementos probatorios que establezcan su reconocimiento.

***3.2.1.-** La pretensión de la reconvención recoge tanto los daños patrimoniales como los extrapatrimoniales y, en un completo galimatías, los funde con los daños contractuales y extracontractuales. Acogiendo el principio dispositivo, consagrado en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, nuestro análisis se circunscribirá a la reclamación planteada por el Ministerio de Defensa, sin que este Tribunal pueda suplir deficiencias en cuanto a los hechos y la forma como se los sustenta en la reconvención.*

***3.2.1.1.-** En primer término, analizaremos la petición de los daños extrapatrimoniales.",* y luego del análisis correspondiente llega a la conclusión de que: *"De lo expuesto, se colige que la materia de daños extrapatrimoniales, sea que provengan de responsabilidad contractual o extracontractual, provocados por la acción ilícita de una particular en perjuicio del Estado, es ajena a la jurisdicción Contencioso Administrativa; pues su naturaleza es netamente civil. Consecuentemente, en el caso que nos ocupa, no es de la competencia de este Tribunal…",* posteriormente y de igual forma el Tribunal A quo procede a realizar el análisis correspondiente respecto de la indemnización de daños patrimoniales materia de la reconvención, concluyendo que es *"improcedente por falta de delimitación de la materia indemnizatoria y ausencia probatoria…",* determinado en definitiva en la parte resolutiva de la sentencia impugnada respecto de la reconvención planteada por el Ministerio de Defensa que: "*En lo que tiene que ver con la reconvención planteada por el Ministerio de Defensa se desecha en su totalidad por improcedente y sin fundamento.",* de lo que se colige efectivamente que el Tribunal no ha adoptado una decisión contradictoria, pues si bien es cierto que en primera instancia se declara competente para

tratar el tema de indemnizaciones contractuales y extracontractuales, esta declaración se debió sin duda como lo califica el Tribunal ante la *"serie de elementos disímiles y que han sido englobados dentro de la indemnización de daños y perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial, derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual"*, considerándolo incluso como una *"farragosa amalgama indemnizatoria contenida en la pretensión del reconviniente"*, es decir lo hace con el fin de delimitar el tipo de indemnización que se persigue, y en ese cotejamiento procede a delimitar la naturaleza y el alcance de la indemnización; análisis que precisamente se lo realiza en atención al primer inciso del artículo 313 del Código Orgánico General de Procesos que establece: *"…Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados,* ***supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos****."* (Lo resaltado corresponde a la Sala), posterior a lo cual efectivamente, el Tribunal A quo llega a la certeza que ese ámbito indemnizatorio de daños extrapatrimoniales no es propio de la jurisdicción contencioso administrativa; y no lo es, porque la pretensión extrapatrimonial planteada en la reconvención no proviene de la responsabilidad objetiva del Estado señalada en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 217 numerales 8 y 9, y 185 numerales 3 y 6, del Código Orgánico de la Función Judicial; por lo que es criterio de esta Sala Especializada que el vicio previsto en el caso 2 del artículo 268 del COGEP no se configura en la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** rechaza los recursos de casación interpuestos por la compañía HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL) representanta en el Ecuador por SUMIL C.A.; y, por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, delegado del Ministro de Defensa Nacional y del Procurador General del Estado, en consecuencia, no se casa la sentencia de 20 de febrero de 2018, las 09h38 dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.**

f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

II

Resolución Nro. 808-2018
Juicio Nro.17811-2016-01647
Fecha: 4 de octubre de 2018

TEMA: Indemnización de daños y perjuicios e indemnización pecuniaria reparatoria por daño moral.- Responsabilidad del Estado por retardo injustificado en la administración de justicia.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Carmen Elena Pardo Noboa comparece ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha y demanda al Director General y al Presidente del Consejo de la Judicatura, y al Procurador General del Estado, con la pretensión de que en sentencia se disponga el pago de daños y perjuicios y la indemnización pecuniaria reparatoria por daño moral ocasionados a la accionante por el retardo injustificado de la administración de justicia, al disponer la privación de su libertad en forma injusta y haber expedido auto de sobreseimiento definitivo en su favor a los dieciocho años de dictado el auto de sobreseimiento provisional, en el juicio penal por tráfico de drogas injustamente instaurado en su contra mientras ejercía el cargo de Agente de Seguridad de la Compañía American Airlines; por este retardo injustificado de la administración de justicia solicita la reparación integral indemnizatoria fijando la cuantía en $ 2'200.000,oo.- Los demandados presentan sus respectivas excepciones y solicitan que se rechace la demanda.- El juez a quo considera, en lo principal, que es competente para el conocimiento de esta causa respecto de la reparación por los daños patrimoniales (daños y perjuicios) entendidos éstos como aquellos que se producen materialmente por daño emergente y lucro cesante y que no es objeto de esta controversia el reclamo por daños morales de la accionante, por haberse aceptado la excepción previa de litis pendencia, ya que estos son daños extrapatrimoniales que deberán ser decididos por los juzgadores que previnieron el conocimiento de aquella reclamación en el proceso presentado por la accionante en el año 2014; estima que se han vulnerado algunos de sus derechos fundamentales garantizados tanto en la Constitución anterior como en la Constitución que nos rige y que a su criterio "se han configurado los requisitos esenciales para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que se ha justificado el retardo injustificado en administración de justicia, así como el daño sufrido y alegado"; que la actora no ha podido desarrollar una vida económica y profesional estable a consecuencia de estar vinculada por años a un proceso penal del cual fue sobreseída definitivamente y que ello es imputable a la función judicial y a los funcionarios judiciales que actuaron desde 1997 hasta 2013; que se verifica que los daños y perjuicios son evaluables pese a que no se ha aportado prueba sobre su real monto y que la indemnización por pérdida de ingresos puede ser determinada en equidad. En tal virtud, acepta parcialmente la demanda y declara al Estado responsable por el retardo injustificado en la administración de justicia, al haberle privado a la accionante de su libertad en forma injusta, con consecuencias para su salud, así como por no haberse emitido de modo oportuno el sobreseimiento definitivo a su favor ocasionándole daño a su desarrollo personal y vida económica; y, aplicando el criterio de equidad, fija por concepto de daño emergente a la salud física de la actora de la causa por el retardo

injustificado en la administración de justicia, la indemnización de $ 20.000,00. Con el mismo criterio de equidad fija, por lucro cesante por la inestabilidad laboral y económica generada, a título de reparación y restablecimiento de sus derechos económicos vulnerados, el monto de una remuneración de Agente de Seguridad de Aeropuerto de una compañía aeroportuaria de igual condición que aquella para la cual prestó sus servicios la accionante en el año 1992, por cada mes que se verifique pericialmente que la actora de la causa estuvo cesante sin laborar desde que dejó de prestar sus servicios a la Compañía American Airlines hasta el 25 de febrero de 2013, fecha en la que se declaró su sobreseimiento definitivo, para lo cual el perito realizará la liquidación en base a su historia laboral en el IESS, así como los beneficios legales y de contratación colectiva, fondo de reserva, utilidades y otros dispuestos en el auto de aclaración y ampliación de sentencia, y ordena que una vez determinado el monto total, el Estado ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura pague a la actora de la causa los valores indemnizatorios en el término de treinta días. Dispone, finalmente, que el Consejo de la Judicatura emita una disculpa pública por el retardo injustificado en la administración de justicia generado a la accionante, a través de la página web de dicho Consejo y en uno de los diarios de mayor circulación nacional, dejando a salvo su derecho a proceder conforme el artículo 33 del Código Orgánico General de Procesos.

SÍNTESIS CASACIÓN

La delegada del Presidente del Consejo de la Judicatura, con fundamento en el caso uno del artículo 268 el Código Orgánico General de Procesos y el delegado del Procurador General del Estado, al amparo de los casos uno, tres, cuatro y cinco del artículo 268 del Código ibídem, deducen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio propuesto por Carmen Helena Pardo Noboa en contra del Director General y del Presidente del Consejo de la Judicatura y del Procurador General del Estado, con la pretensión de que se declare la responsabilidad del Estado por el retardo injustificado en la administración de justicia al privarle de su libertad en forma injusta con consecuencias para su salud y haberle ocasionado daños a su desarrollo profesional y vida económica.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en relación con el recurso interpuesto por la delegada del Presidente del Consejo de la Judicatura considera que el juez de instancia, al aceptar la excepción previa de litis pendencia dispuso la continuación del proceso exclusivamente con respecto a la pretensión de daños y perjuicios por retardo injustificado en la administración de justicia y se pronunció sobre dicho objeto separándolo de la pretensión de pago por indemnización de daños morales, por lo que no incurrió en el vicio de errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del COGEP, dentro del caso 1 del artículo 269 ibídem, que es único cargo aceptado a trámite y alegado por la recurrente. En lo que concierne al recurso deducido por el delegado del Procurador General del Estado, en lo principal, rechaza el recurso formulado al amparo del caso uno del artículo 268 del COGEP ya que no se verifica falta de citación de los servidores judiciales que intervinieron en la causa penal y por lo mismo no procede la declaratoria de nulidad del proceso alegado por la recurrente; la nulidad de sentencia ejecutoriada, también alegada, no corresponde a la línea argumental que se refiere a la nulidad del proceso; y, por considerar que la fundamentación del recurso más bien se subsume dentro del caso cuarto del artículo 268 del COGEP y no del caso uno, estima que el recurso resulta improcedente por dicho extremo. La Sala de casación sostiene que no se ha producido el vicio de ultra petita al amparo del caso 3 del artículo 268 del

COGEP por cuanto el Tribunal de instancia ha resuelto sobre la pretensión de la demanda y rechaza los cargos con fundamento en el caso cuarto del artículo ibídem al estimar que las pruebas documentales presentadas por las partes procesales han sido apreciadas en su conjunto. La Sala de Casación considera que" … el Tribunal en su sentencia se encontraba en la obligación de pronunciarse sobre la existencia o no de la responsabilidad de los operadores de justicia involucrados, puesto que al no determinarse responsabilidad, en el evento de haber mérito para ello, se coartaría el derecho del Estado para ejercer la vía de repetición, por lo que de esta forma se verifica…" que incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 33 del COGEP, en lo que respecta exclusivamente al tema del derecho de repetición, por lo que esta Sala en aplicación de lo establecido en el artículo 273 numeral 3 de dicho Código considera que de la revisión de autos no consta que la actora ni los demandados hayan probado que los jueces mencionados en el proceso actuaron con culpa o dolo graves dentro del juicio penal por tráfico de drogas, ni existe prueba contundente de ello. En tal virtud, la Sala de casación rechaza el recurso interpuesto por el Consejo de la Judicatura, por no haberse verificado el vicio de errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del COGEP; rechaza el recurso deducido por la Procuraduría General del Estado, respecto a los casos primero, tercero y cuarto del artículo 298 ibídem; acepta parcialmente el recurso propuesto por esta entidad, únicamente en lo que respecta al caso quinto del artículo en mención, por el vicio de errónea interpretación del artículo 33 del mismo Código y expresa que debe casarse parcialmente la sentencia de 2 de abril de 2018, las 16H10, exclusivamente en lo que guarda relación al yerro aceptado; que en lo demás, se estará a lo dispuesto en el fallo impugnado; y, en razón de lo previsto en el artículo 273 numeral 3 del Código tantas veces mencionado, al no haberse demostrado que la Dra. Patlova Guerra Guerra, Dr. Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Dr. Luis Gerardo Mora Armijos y Dra. Elvia Noemí Santillán Bravo, como juezas y jueces del Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha dentro de la causa penal No. 307-92 por tráfico de drogas en contra de la actora, hayan actuado con dolo o culpa grave, declara sin lugar la responsabilidad de las mencionadas juezas y jueces.-

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2016-01647

Jueza Ponente: Abg. Cynthia Guerrero Mosquera

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

Quito, jueves 4 de octubre del 2018, las 11h12.-

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 16 de julio de 2018 que constan en el proceso.

ANTECEDENTES: A) El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidió la sentencia el 2 de abril del 2018, las 16h10, dentro del juicio contencioso administrativo No. 17811-2016-01647, seguido por la señora Carmen Helena Pardo Noboa, en contra del Director General y Presidente del Consejo de la Judicatura; y, Procurador General del Estado, en la cual resolvió que: *"… ACEPTA PARCIALMENTE LA DEMANDA propuesta por la señora Carmen Helena Pardo Noboa y se declara al Estado responsable por el retardo injustificado en la administración de justicia de la accionante*

al privarle de su libertad en forma injusta con consecuencias para su salud, así como al no haberse emitido oportunamente el sobreseimiento definitivo a su favor ocasionando daños a su desarrollo profesional y vida económica, este Tribunal determina que: Aplicando criterio de equidad se fije por concepto de daño emergente a la salud física de la señora Carmen Helena Pardo Noboa, al provocarle una gastritis crónica entre otras dolencias producidas por el retardo injustificado en la Administración del Justicia, se le indemnice con la cantidad de USD. 20.000,000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Aplicando el mismo criterio de equidad que ha sido explicado, el Tribunal Distrital fija por concepto de lucro cesante por la inestabilidad laboral y económica generada por el retardo injustificado en Administración de Justicia que ha sido explicado en la sentencia, a título de reparación y restablecimiento de sus derechos económicos vulnerados el monto de una remuneración de un Agente de Seguridad de Aeropuerto de una compañía aeroportuaria de igual condición que aquella para la cual la actora prestó sus servicios en el año 1992 por cada mes que se verifique pericialmente que la actora de esta causa estuvo cesante sin laborar, desde que dejó de prestar sus servicios a la compañía American Airlines hasta el 25 de febrero de 2013, fecha en que se declaró su sobreseimiento definitivo, para lo cual el perito realizará dicha liquidación en base a la historia laboral de la accionante en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, disponiendo que una vez determinado el monto total de los valores a ser indemnizados el Estado Ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura pague a la actora en el término de 30 días. El monto de la pericia correrá a cargo del Consejo de la Judicatura. Finalmente se dispone el Consejo de la Judicatura emita una disculpa pública a la actora Carmen Helena Pardo Noboa por el retraso injustificado en la administración de justicia generado a la accionante, a través de la página web del Consejo de la Judicatura y en uno de los diarios de mayor circulación nacional, dejando a salvo su derecho a proceder conforme al Art. 33 del Código Orgánico General de Procesos. Sin costas, ni honorarios que regular. Notifíquese.".

B) El Tribunal A quo, mediante auto de 26 de abril del 2018, las 13h18, en lo principal, procede a ampliar y aclarar la sentencia en el sentido de que: *"…Finalmente, considerando que la indemnización patrimonial debe ser integral, se amplía y aclarar (sic) la sentencia en cuanto a que a la actora además del reconocimiento de la remuneración por cada mes que estuvo cesante, se le debe indemnizar con los respectivos beneficios legales y de contratación colectiva que le correspondían percibir a un Agente de Seguridad de Aeropuerto de una compañía aeroportuaria, de igual condición que aquella para la cual la actora prestó sus servicios en el año 1992. Por lo tanto se deberá reconocer adicionalmente a la remuneración un valor equivalente al fondo de reserva que dejó de percibir por cada año que estuvo cesante, los bonos que recibía por concepto de contratación colectiva y el valor de utilidades que pagó American Airlines a sus empleados directos durante los años 2000 a 2013, para lo cual el perito liquidador designado solicitará la información a la compañía American Airlines.".*

C) La abogada Paola Chávez Rodríguez, en su calidad de Directora Nacional de Asesoría Jurídica (E), y delegada del doctor Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 2 de abril del 2018, las 16h10, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, por los casos uno y dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

D) Así también, el abogado Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, interpone recurso de casación, por los casos uno, dos, tres, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP.

E) El doctor Iván Larco Ortuño, Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 18 de junio del 2018, las 10h32, admitió a trámite el recurso de casación deducido por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica (E) y delegada del Presidente del Consejo de la Judicatura, exclusivamente por el caso uno, e inadmite por el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En cuanto al recurso de casación interpuesto por el Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, señala que admite a trámite en lo que guarda relación con los casos uno, tres, cuatro y cinco del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, e inadmite en lo referente al caso dos del Art. 268 Ibídem.

F) 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 parte actora señora Carmen Helena Pardo Noboa, acompañada de su defensa técnica el doctor Juan Fabrizzio Brito Morán; así como por las partes demandadas y a su vez recurrentes Consejo de la Judicatura, comparece el doctor Diego Mauricio Salas Armas, en virtud de la delegación otorgada por el doctor Marcelo Merlo Jaramillo, Presidente del Consejo de la Judicatura; así también por la Procuraduría General del Estado, comparece la doctora Janeth Robayo Garrido, y las abogadas María José Córdova Silva y Nancy Margarita Zambrano Figueroa, en virtud de la delegación otorgada por el doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado.

2.2. Una vez fundamentados los recursos de casación interpuestos, con sus respetivas réplicas y contra réplicas, así como la fase de preguntas, la Sala Especializada conforme consta de la razón sentada por la Secretaria en la audiencia de casación dispone que: *"Debido a la complejidad del tema y la responsabilidad de resolver inquietudes y dudas que aún deben ser contrastadas, la decisión de mayoría es de suspender la audiencia para el día jueves 30 de agosto a las 15h00 (3 de la tarde) para dar la decisión final, fundamentándose en el Art. 93 del COGEP, quedando las partes auto convocadas y notificadas en la misma audiencia. Una vez que se puso en consideración de las partes esta decisión, no hubo objeción alguna y están de acuerdo con la decisión de suspender la audiencia."*. Reinstalándose la misma en el día y hora fijado para el efecto.

TERCERO: 3.1. En primer lugar, el Consejo de la Judicatura, a través de su defensa técnica en la audiencia de casación, identificó la sentencia impugnada, la disposición legal infringida, e invoca el caso uno del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en el que fundamentó su recurso, basado que en la sentencia recurrida existe errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos, sosteniendo en su memorial de casación en lo principal que: *"…el Tribunal Contencioso Administrativo de Quito en su sentencia realizó una errónea interpretación de normas procesales y DIVIDIÓ una excepción previa, aceptándola parcialmente, cuando la norma es clara y determina que en caso de aceptarse (la excepción de Litis pendencia que propuso el Consejo de la Judicatura) por NO SER SUBSANABLE el Tribunal contencioso debía declarar sin lugar la demanda y enviar al archivo la causa. Evento este que en este caso no ocurrió sino que continuó la tramitación de la causa a pesar que existe norma que vedaba este procedimiento, produciéndose una errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos que se plasma en la sentencia materia de este recurso de casación.*

(…) Al no hacerlo este hecho va a ocasionar que en un momento determinado exista una duplicidad de sentencias por los mismos hechos, circunstancias y personas lo que ocasionará una flagrante violación al debido proceso y a la seguridad jurídica y causará perjuicio al Estado Ecuatoriano.".

3.2. Por su parte la defensa técnica de la actora expuso sus argumentos respecto a la norma y caso señalado por el recurrente manifestando según el acta resumen de la audiencia del recurso de casación, en lo principal que: *"Esta demanda es por retardo injustificado de la administración de justicia, el Tribunal aceptó una sola excepción previa que es la de litis pendencia…."*.

3.3. El numeral 1 del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos, establece: *"**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.".

3.4. Sobre esta acusación el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en la sentencia impugnada señala que: *"…**CUARTO: DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR: 4.1.- DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR, EL PRIMER PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS EXCEPCIONES PREVIAS Y DEL SANEAMIENTO ORDENADO**.- El día 21 de abril de 2017, las 09h00 se realizó la audiencia preliminar, la misma que se realizó con el Dr. Bayardo Espinosa (ponente) Dr. David Acosta, juez reemplazante de la Dra. Ximena Velasteguí, quien estaba con licencia por vacaciones y el Dr. Freddy Gordón, juez designado como reemplazante del Dr. Nelson López Jácome quien renunció a la función de Juez, quienes al conocer las excepciones previas y en forma previa a pronunciarse sobre la validez del proceso, lo suspendieron acogiéndose a los Arts. 82 numeral 2 y Art. 93 del Código Orgánico General de Procesos. Reinstalada la audiencia el día 8 de mayo de 2017, el Tribunal Distrital resolvió sobre las excepciones previas de incompetencia*

del Tribunal Distrital 1, de Litis Pendencia la cual fue aceptada respecto de la pretensión de daño mora (sic) de la actor, (sic)…", y en el pie de página [1] al respecto de la litis pendencia resuelve que: "… *DECISIÓN SOBRE LA EXCEPCIÓN DE LITIS PENDENCIA Con fundamento en lo indicado anteriormente este Tribunal Distrital decide aceptar la excepción de litis pendencia en cuanto a que existe identidad subjetiva y objetiva en la causa No. 17811-2016-16047 y la causa No. 17811-2014-1062 que solicitan la reparación de la accionante por daño moral, al establecerse que la accionante pretende reclamar por segunda ocasión lo que ya ha formulado en la causa No. 17811-2014-1062. Destacando que el hecho de que en esta demanda se ha contado con el Director General del Consejo de la Judicatura, no afecta la litis pendencia demostrada en la causa 17811-2014-1062, pues justamente de continuar esta causa ocurriría que este Tribunal invalidaría indebidamente la prevención de los otros Tribunales Distritales sobre los hechos sometidos a su conocimiento y decisión de manera que se daría un pronunciamiento sobre un litigio que previamente fue puesto en conocimiento de tales autoridades judiciales, lo que afectará el "non bis in ídem" que el Art. 101 del Código Orgánico General de Procesos dispone no debe ocurrir, cuando dispone expresamente "no podrá seguirse un nuevo procesos, cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que de demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho." Por lo expuesto se acepta la excepción de litis pendencia prevista en el numeral 5 del Art. 153 del Código Orgánico General de Procesos respecto de la pretensión de daño moral que la accionante pretende en contra del Presidente del Consejo de la Judicatura legitimado pasivo de este tipo de procesos y del Procurador General del Estado de conformidad con el numeral 1 del Art. 295 del Código Orgánico General de Procesos, no se acepta dicha excepción respecto de la pretensión del daños y perjuicios, en la cual como se ha indicado, no existe la identidad subjetiva necesaria, ya que en la causa No. 17811-2014-1060 no es parte procesal el legitimado pasivo Presidente del Consejo de la Judicatura.*

En consecuencia conforme lo dispone el Art. 101 del Código Orgánico General de Procesos no se continuará con la pretensión de daño moral en esta causa, por existir la prevención de los otros juzgadores, lo que ocasiona que se halle impedido de pronunciarse sobre dicha pretensión, y este proceso continúa respecto de la pretensión de daños y perjuicios.".

3.5. Con el fin de determinar si efectivamente se produjo o no la errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del COGEP, es necesario remitirnos a la demanda, al respecto el actor en su libelo inicial señala como pretensión que: *"…Por lo expuesto solicito: 1) El pago de daños y perjuicios causados por la tardanza injustificable en providenciar el auto de sobreseimiento definitivo en mi favor a pesar de estar cumplidas las condiciones legales, que se traduce en manifiesta negligencia, lo que ocasiona $ 1.100.000.oo dólares, por este concepto.*

2) La indemnización pecuniaria a título de reparación por los daños constantes de vida, psicológicos y/o emocionales de por vida sufridos por la accionante a causa del Retardo Judicial de la Administración de Justicia., (sic) cuyo valor es de $ 1.100.000.oo dólares.

3) Daños y perjuicios y daños morales, que sumados ambos conceptos, establecen la cuantía de $ 2.200.000.oo dólares, en lo que se incluyen los intereses, desde que se produjo el hecho ilícito culposo, intereses que configuran un elemento de restitución, tomando en consideración que la indemnización pecuniaria vendría a ser menos compensatoria por cada día que los demandados dejen de cumplir con el pago del total económico por el que demando y que usted se servirá acoger y declarar en sentencia, por el retardo injustificado de la administración de justicia desde 1992 hasta la presente fecha (2016).".

3.6. Ahora bien, como quedó expuesto, la pretensión de la actora tiene como finalidad el pago de daños y perjuicios, y daños morales, y es precisamente ante estas dos pretensiones, que de acuerdo a la excepción previa de litis pendencia planteada al momento de contestar a la demanda tanto por la Procuraduría General del Estado, en el sentido de que: *"Porque previamente la actora planteó 2 juicios con identidad objetiva y subjetiva a la demanda que contesto; juicios signados con los números 1060-2014 y 1062-2014, ambos contra el Estado ecuatoriano, que se encuentran sustanciándose ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito.",* así como por el Consejo de la Judicatura, al exponer que: *"Como manifesté anteriormente la hoy actora de este juicio señora Carmen Helena Pardo Noboa presentó una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo No. 1 de Quito, misma que se encuentra sustanciándose con el número 17811-2014-1062 en contra del Consejo de la Judicatura, con identidad de personas, hechos y circunstancias a*

la presente demanda que estamos contestando.", el Tribunal A quo para determinar si efectivamente procede o no la excepción previa de litis pendencia propuesta, que luego del análisis correspondiente en cuanto a la verificación de la correspondiente identidad subjetiva y objetiva entre los procesos en mención, procede a disgregar las pretensiones de la actora, con el fin de delimitar el tipo de indemnización que se persigue, análisis que precisamente se lo realiza en atención al primer inciso del artículo 313 del Código Orgánico General de Procesos que establece: *"…Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados,* ***supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos****."* (Lo resaltado corresponde a la Sala), estableciendo de manera acertada que *"…decide* ***aceptar la excepción de litis pendencia*** *en cuanto a que existe identidad subjetiva y objetiva en la causa No. 17811-2016-16047 y la causa No. 17811-2014-1062 que solicitan la reparación de la accionante* ***por daño moral****,… de conformidad con el numeral 1 del Art. 295 del Código Orgánico General de Procesos…";* y, en segundo lugar que: *"…****no se acepta dicha excepción respecto de la pretensión del daños y perjuicios****, en la cual como se ha indicado, no existe la identidad subjetiva necesaria, ya que en la causa No. 17811-2014-1060 no es parte procesal el legitimado pasivo Presidente del Consejo de la Judicatura.*
En consecuencia conforme lo dispone el Art. 101 del Código Orgánico General de Procesos ***no se continuará con la pretensión de daño moral en esta causa, por existir la prevención de los otros juzgadores****, lo que ocasiona que se halle impedido de pronunciarse sobre dicha pretensión, y este proceso continúa respecto de la pretensión de daños y perjuicios.";* (Lo resalado corresponde a la Sala) de tal forma que de lo manifestado, se establece que el Tribunal A quo no ha interpretado erróneamente la norma alegada, pues en definitiva ha procedido conforme lo establece el numeral 1 del artículo 295 del COGEP, en cuanto se refiere a la pretensión de pago por indemnización de daño moral, esto es a aceptado en su totalidad dicha excepción que no es subsanable, y en consecuencia ha resuelto no continuar con dicha pretensión planteada por la actora por existir la prevención de los otros juzgadores; por tanto no es aceptable como lo sostiene el recurrente que exista división de la excepción previa planteada, así como tampoco que: "…*en un momento determinado exista una duplicidad de sentencias por los mismos hechos, circunstancias y personas lo que ocasionará una flagrante violación al debido proceso y a la seguridad jurídica y causará un perjuicio al Estado Ecuatoriano.",* ya que como se señaló la presente causa solo continuó exclusivamente con respecto a la pretensión de daños y perjuicios por retardo injustificado en la administración de justicia, y es sobre dicho objeto de la controversia que se pronunció el Tribunal A quo, separándose como se dijo de la pretensión de pago por indemnización de daños morales al haberse aceptado la excepción previa de litis pendencia; por tanto no se ha verificado de esta forma que el Tribunal A quo haya incurrido en el vicio de errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos, dentro del caso uno del Art. 268 del COGEP, alegado por el recurrente.

CUARTO: Respecto al recurso de casación interpuesto por el Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, en la audiencia de casación el recurrente identificó la sentencia impugnada, las disposiciones legales infringidas, e invoca los casos uno, tres, cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en el que fundamentó su recurso, y al exponer la argumentación de su recurso basado que en la sentencia recurrida sobre el caso uno existe falta de aplicación de los artículos 51, 100, 107 numeral 4, 108, 109, 112 numeral 3, 142 numeral 7, 143 numeral 5, 165 y 253 del Código Orgánico General de Procesos; sobre el caso tres sostiene que *"la sentencia resolvió lo que no fue materia del litigio, concediendo más allá de lo demandado.";* respecto al caso cuatro señala que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, establecidos en los artículos 162, 164, 169, 171, 187, 205, 207, 208, 216 y 217 del Código Orgánico General del Procesos; y finalmente sobre el caso cinco señala que existe errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, disposiciones legales que han sido agrupados de acuerdo a sus diferentes causales, para lo cual esta Sala Especializada procederá con dicho análisis de la misma forma como ha sido planteada por el recurrente.

QUINTO: 5.1. Por lo indicado, con relación al caso uno del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación de los artículos 51, 107 numeral 4,

108, 109 y 112 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos.- Las normas que a criterio del recurrente no han sido aplicadas en la sentencia disponen lo siguiente: *"**Art. 51.- Litisconsorcio.** Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra."; "**Art. 107.- Solemnidades sustanciales.** Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: …**4.** Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente."; "**Art. 108.- Nulidad por falta de citación.** Para que se declare la nulidad por falta de citación con la demanda, es necesario que esta omisión haya impedido que la o el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y reclame por tal omisión."; "**Art. 109.- Efecto de la nulidad.** La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo."; y, "**Art. 112.- Nulidad de sentencia.** La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos: …**3.** Por no haberse citado con la demanda a la o el demandado si este no compareció al proceso."*.

5.2. Al fundamentar el recurso, la Procuraduría General del Estado manifiesta en su memorial de casación en lo principal que: *"Como se observa, la sentencia recurrida señala que en el proceso se "requirió" al Consejo de la Judicatura para que indique la totalidad de los jueces que intervinieron en el proceso penal por tráfico de drogas No. 307-1992. Sin prejuicio de lo ordenado en el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, es obligación de la accionante –quien señaló las supuestas omisiones y negligencias incurridas por los operadores de justicia en el proceso penal que generó la presente acción- identificar con claridad y precisión la identidad de los servidores judiciales que supuestamente incurrieron en esa negligencia y le causaron el presunto perjuicio al retardar la emisión del auto de sobreseimiento definitivo a su favor. (…) el Tribunal estuvo en la obligación de aplicar el artículo 108 del Código Orgánico General de Procesos…debiendo aún hacerlo de oficio como prevé más adelante el artículo 110 número 1 que tampoco fue aplicado; omisión trascendental si se tiene en cuenta que el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que tales servidores judiciales son partes procesales que deben comparecer a ejercer su defensa y aportar pruebas que demuestren que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya. (…) los servidores judiciales que precisamente emitieron el auto de sobreseimiento definitivo a favor de la señora Carmen Pardo Noboa… no fueron citados. Me refiero específicamente a los doctores Leonardo Tipán Valencia (quien dictó el referido auto el 23 de abril de 2012, cuando ejercía el cargo de Juez Décimo de Garantías Penales de Pichincha); Renato Vásquez Leiva, Presidente de la Segunda Sala de Garantías Penales de Pichincha; Joselito Pallo Quisilema y Gabriel Lucero Montenegro, jueces de esa Sala (quienes confirmaron esa decisión en auto del 25 de febrero de 2013).*

(…) La citación de los referidos servidores judiciales hubiese configurado el litis consorcio pasivo necesario,…por expresa disposición del artículo 51 del Código Orgánico General de Procesos,…

La causal invocada acarrea la nulidad de todo el proceso, y a su consecuencia jurídica será retrotraer el juicio al estado en que se encontraba antes de que concurra la causa de nulidad procesal;…".

5.3. Al respecto de esta acusación se puede establecer que el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544, del 9 de marzo del 2009, en su Capítulo III, determina en forma concreta las *"REGLAS ESPECÍFICAS PARA LA SUSTANCIACIÓN DE LOS PROCESOS POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA"*, al cual en la especie corresponde precisamente la demanda propuesta por la señora Carmen Helena Pardo Noboa, en contra del Consejo de la Judicatura y Procurador General del Estado al invocar para su trámite entre otros el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, específicamente en lo que se refiere al retardo injustificado de la administración de justicia, en tal sentido el artículo 33 del Código Orgánico General de Procesos en su parte pertinente establece: *"… Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras y servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.".*

5.4. Por lo indicado, y al respecto de esta acusación, de la sentencia recurrida se puede establecer que el Tribunal A quo señala: *"…y en cuanto a la excepción de Falta de Legítimo Contradictor el Tribunal verificó que no se había contado con la totalidad de jueces que estuvieron a cargo del Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha por lo que* ***se dispuso que para precautelar la validez del proceso el Consejo de la Judicatura proceda a señalar a la totalidad de jueces que intervinieron en el proceso penal que generó la demanda por demora injustificada en administración de justicia, con el fin de que de conformidad con el Art. 33 del Código Orgánico de la Función Judicial****, así como los Arts. 75 y 76 de la Constitución de la República conozcan del proceso y ejerzan su derecho de defensa, por considerar que es un litis consorcio necesario cuya determinación corresponde por ministerio de la Ley al Presidente del Consejo de la Judicatura, estableciendo que una vez citados los referidos ciudadanos y brindada la oportunidad de defensa respectiva, se reinstalaría la audiencia preliminar.* ***La constancia escrita de tal decisión consta en auto de 6 de junio de 2017, las 14h24 que se dispuso sea citado con la demanda para conocimiento de los jueces*** *que sin ser realmente demandados, constituyen terceros que deben ser citados y deben comparecer en la causa como terceros coadyuvantes del Consejo de la Judicatura.* ***4.2.- DEL CUMPLIMIENTO DEL SANEAMIENTO DISPUESTO.- Una vez citados los Dres. Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Luis Gerardo mora (sic) Armijos y Dra. Elvia Noemí Santillán Bravo, quienes fueron señalados como los jueces que actuaron en el Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha durante*** *el tiempo que ocurrieron los hechos por los cuales la actora demanda, únicamente el Dr. Luis Gerardo Mora Armijo compareció con escrito de 26 de julio de 2017, indicando que fue nombrado Juez Décimo de Garantías Penales y que por lo tanto no tuvo participación en la orden de prisión preventiva emitida el 6 de agosto de 1992 en contra de la actora, que en el supuesto no admitido, ni consentido de que existiera algún acto violatorio al derecho de la actora que tal reclamación estaría prescrita, por lo cual alega dicha prescripción de la acción y se adhiere a los alegatos y excepciones propuestas por el Presidente del Consejo de la Judicatura. Al haberse dispuesto que complete la contestación a la demanda e incumplir con dicha obligación, en auto de 12 de septiembre de 2017, las 10h25 se dio por no presentada dicha contestación a la demanda, ya que fue inadmitida,…"*. Por lo que en definitiva se evidencia que el Tribunal A quo procedió conforme lo establece el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, esto es una vez citado el Consejo de la Judicatura se le solicitó *"…proceda a señalar a la totalidad de jueces que intervinieron en el proceso penal…",* cuyo cumplimiento efectivamente consta a fojas 2094 del proceso de instancia donde la Abogada Paola Chávez Rodriguez, en su calidad de Directora Nacional de Asesoría Jurídica y delegada del doctor Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura, mediante escrito de 24 de mayo del 2017 señala que: *"…y dando cumplimiento a vuestra disposición en el sentido que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial es necesario contar con los servidores judiciales que ocuparon la judicatura en el Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha, dentro del término que fue concedido al Consejo de la Judicatura (15 días término) manifiesto*

JUECES QUE OCUPARON EL JUZGADO DÉCIMO DE LO PENAL DE PICHINCHA DESDE 1992 A 2009

- DRA. PATLOVA GUERRA GUERRA (YA FUE CITADA)

- DR. ALEJANDRO LEOPOLDO GUERRA AISPUR. AV. AMAZONAS 362 Y PADRE SALCEDO, CIUDAD DE LATACUNGA PROVINCIA DE COTOPAXI.

- DR. LUIS GERARDO MORA ARMIJOS, CLEMENTE YEROVI OE1-88 Y FRANCISCO SANCHEZ/ CARCELÉN, CIUDAD DE QUITO.

- DRA. ELVIA NOEMÍ SANTILLÁN BRAVO, CALLE U, número S5-319, VÍA AL VALLE DE LOS CHILLOS, PUENTE 1 (OBRERO INDEPENDIENTE) CIUDAD DE QUITO."; y de la misma forma, mediante auto interlocutorio de 6 de junio del 2017, las 14h24, el Tribunal de instancia dispone que: *"Agréguese al proceso el escrito que antecede presentado por la Ab. Paola Chávez Rodriguez, Directora Nacional de Asesoría Jurídica y Delegada del Dr. Gustavo Jalk Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura y legitimado pasivo conforme determina el Art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial. Atendiendo el mismo procédase a citar con la demanda, su complemento y las contestaciones a la demanda de los accionados, a los ex servidores judiciales Dr. Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Dr. Luis Gerardo Mora Armijos, Dra. Elvia Noemí Santillán Bravo,…"*; de tal forma que como se mencionó al existir reglas específicas para la sustanciación de los procesos por el mal funcionamiento de la

administración de justicia, establecidas dentro del capítulo III del Código Orgánico de la Función Judicial, al cual sin duda fue aplicado por el Tribunal A quo de acuerdo a lo detallado anteriormente, no es procedente lo alegado por el recurrente en el sentido de que: *"…era obligación de la accionante …identificar con claridad y precisión la identidad de los servidores judiciales que supuestamente incurrieron en esta negligencia y le causaron el presunto perjuicio…",* así como tampoco sostener que no fueron citados todos los servidores judiciales que intervinieron en la causa penal, pues independiente de aquello, era obligación del Consejo de la Judicatura determinar las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo, conforme lo prevé el Art. 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, de tal suerte que al no verificarse dicha falta de citación de los servidores judiciales, tampoco es procedente la aplicación de sus efectos esto es a declarar la nulidad del proceso conforme los artículos 109 y 110 numeral 1 del COGEP alegado por el recurrente. Adicionalmente, es necesario señalar que sobre la alegación de la falta de aplicación del Art. 112 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, señalada por el recurrente, esta se refiere a la nulidad de sentencia ejecutoriada, la misma que, en primer lugar no corresponde en la línea de argumentación señalada por el recurrente a lo largo de sus alegaciones, pues se refiere a la nulidad del proceso; y, en segundo lugar únicamente se limita a señalar que: *"Finalmente, el artículo 112 numeral 3 del mismo código procesal, ratifica el criterio universalmente conocido de que la falta de citación a los demandados (si no comparecieron al proceso) es causa de nulidad del proceso y de la sentencia."*, sin la fundamentación adecuada que requiere para este tipo de recurso extraordinario, por tanto tampoco resulta aplicable dicha norma alegada, en consecuencia se rechaza el recurso por este extremo.

SEXTO: 6.1. En relación a la falta de aplicación de los artículos 100, 142 numeral 7, 143 numeral 5, 165 y 253 del Código Orgánico General de Procesos, dentro del mismo caso uno del artículo 268 Ibídem, dichas normas señalan que: *"**Art. 100.- Inmutabilidad de la sentencia.** Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida 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, aun durante la ejecución de la sentencia, sin que en caso alguno se modifique el sentido de la resolución."*; *"**Art. 142.- Contenido de la demanda.** La demanda se presentará por escrito y contendrá: (…) **7.** El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica"*; *"**Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda**. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos: (…) **5.-** Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación."*, *"**Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba.** Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla."*; y, *"**Art. 253.- Aclaración y ampliación.-** 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."*.

6.2. Al momento de fundamentar el recurso, en lo principal el recurrente en su memorial de casación sostiene que: *"…Pese a que el Tribunal había dispuesto en la sentencia dictada el pago de daño emergente y lucro cesante a cargo del Estado ecuatoriano, sin que el daño patrimonial haya sido probado en este juicio, (…) conforme aparece del auto de ampliación de la sentencia emitida el 26 de abril de 2018, concedieron más beneficios económicos a la accionante señora Carmen Helena Pardo Noboa, en base a una copia simple de un contrato colectivo suscrito en el año 2005 por la compañía American Airlines, documento que presentó la accionante con su escrito pidiendo ampliación y aclaración de la sentencia, y que por extemporáneo, no podía ser tomado en cuenta por el Tribunal. (…) el artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos, señala que la sentencia puede aclararse y ampliarse si es que concurren los*

presupuestos que allí se señalan. No obstante, el Tribunal, lejos de ampliar o aclarar su decisión, la reformó, teniendo prohibición de hacerlo, so pena de prevaricar… pues el artículo 100 ibídem, se lo impide.
(…) Y la copia simple del contrato colectivo suscrito por la compañía American Airlines en el año 2005, que presentó la señora Pardo Noboa con su escrito con el que solicitó aclaración y ampliación de la sentencia, no debía ser tomada en cuenta por el Tribunal, porque al ser prueba extemporánea, carece de valor probatorio. Así se encuentra determinado en el artículo 143 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos (…) y porque además nunca fue contradicho por la parte demandada, conforme lo ordena el artículo 165 del mismo Código Orgánico General de Procesos…
(…) Por otro lado, la disposición del Tribunal consignada en la parte resolutiva de la sentencia inicialmente dictada, y también en la supuesta ampliación –que en realidad es una reforma- tendiente a que un perito liquide el valor a cancelarse a la señora Pardo Noboa, es también ilegal y carece de sustento jurídico, puesto que este juicio no ha sido tramitado conforme a la legislación anterior, esto es, a la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino que ha sido sustanciado con procedimiento oral, conforme a las normas procesales establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en cuyo artículo 142 numeral 7 se ordena que la demanda contendrá…
(…) En el contexto anotado, todas las pruebas documentales, testimoniales, periciales y similares que se practicarán para demostrar la pretensión de la demanda, deben ser acompañadas a ella. El Código Orgánico General de Procesos insiste en la oportunidad de anunciar esas pruebas con la demanda, recalcando que su extemporaneidad las tornará ineficaces, pues "carecerán de todo valor probatorio", así lo ordena el último inciso del numeral 5 del artículo 143 del COGEP. Y respecto de aquellas a las que no se tuviere acceso, se justificará esa circunstancia y se la pedirá judicialmente, conforme al artículo 142 numeral 7 ibídem, particular que no fue solicitado ni justificado por la accionante en el momento procesal oportuno.".
De la fundamentación realizada por el recurrente tanto en su memorial del recurso, como en la audiencia de casación, respecto al caso uno del Art. 268 del COGEP, en lo referente al vicio de falta de aplicación de las normas señaladas, es necesario considerar que, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, el recurso de casación es de carácter eminentemente extraordinario, formal y restrictivo, calidades que exigen que su fundamentación ha de ser clara, completa y estrictamente apegada a la lógica jurídica y a los principios básicos que regulan la materia; estando los recurrentes en la obligación de determinar con absoluta precisión las normas de derecho que considera violadas, al igual que el caso o casos de que trata el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; pues en modo alguno la casación constituye una nueva instancia destinada a analizar todos los extremos y pormenores del litigio, sino que la competencia del Tribunal de Casación se circunscribe a los estrictos límites a que se contrae el escrito de interposición del recurso. Por tanto, para que la casación prospere, es menester que exista la debida correlación entre las normas o precedentes jurisprudenciales obligatorios que el impugnante hubiera llegado a precisar y los enunciados del fallo que él estima contradicen dichos preceptos, vinculando el contenido de éstos con los hechos y circunstancias a que se refiere la violación; sin que baste señalar que el fallo de instancia ha transgredido tal o cual precepto legal y que se halla incurso en una o varias causales de casación.
Bajo este ámbito legal y doctrinario, esta Sala considera que el recurrente al momento de fundamentar su recurso de casación tanto en el audiencia de casación como en el memorial de su recurso, entre otros aspectos principales dentro del caso 1 del Art. 268 del COGEP, sostiene en varios enunciados que el Tribunal A quo a pretexto de que en el auto de ampliación y aclaración de la sentencia impugnada ha procedido por un lado a reformar la misma, y por otro lado ha concediendo más beneficios económicos a la accionante, bajo el argumento de que: *"…en base a una copia simple de un contrato colectivo suscrito en el año 2005 por la compañía American Airlines; …y que por extemporáneo, no podía ser tomado en cuenta por el Tribunal.";* así también que respecto el contrato colectivo: *"…no debía ser tomado en cuenta por el Tribunal, porque al ser prueba extemporánea, carece de valor probatorio. Así se encuentra determinado en el artículo 143 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos,…";* y que: *"…se sustenta en un documento que fue presentado de manera extemporánea y que además es impertinente (es un contrato colectivo del año 2005; la señora salió en el año 2001 y nunca probó que fue despedida de la compañía American Airlines) y porque además, nunca fue contradicho por la parte demandada, conforme lo ordena el artículo 165 del mismo Código Orgánico General de Procesos…",* y por último en otro señalamiento, que el Tribunal

de instancia en lo referente a la liquidación de valores por parte de un perito, dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia impugnada que: *"…todas las pruebas documentales, testimoniales, periciales y similares que se practicarán para demostrar la pretensión de la demanda, deben ser acompañadas a ella. El Código Orgánico General de Procesos insiste en la oportunidad de anunciar esas pruebas con la demanda, recalcando que su extemporaneidad las tornará ineficaces, pues "carecerán de todo valor probatorio", así lo ordena el último inciso del numeral 5 del artículo 143 del COGEP."*; de lo cual se puede evidenciar que el recurrente va encaminando su recurso no precisamente dentro del caso uno del artículo 268 del COGEP, sino más bien su fundamentación se subsume dentro del caso cuarto del artículo 268 ibídem, atinente a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y no dentro del caso uno que es la invocada por el recurrente; si consideramos que este Tribunal de Casación no tiene facultad para llenar vacíos, ni puede variar de oficio el ámbito de la causal que se hubiere invocado, ni darle una extensión respecto de normas, causales y modo de infracción que no fueron planteadas o se plantearon deficientemente, por lo que en este sentido, también resuelta improcedente por este extremo el caso uno alegado.

SÉPTIMO: En relación al caso tres del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que señala: *"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.".*

7.1. Este caso contempla "los vicios llamados por la doctrina de incongruencia o disonancia, que tiene lugar cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y fallado por el Tribunal de instancia. La incongruencia puede revestir de tres formas. 1. De ultra petita cuando la sentencia resuelve sobre más de lo pedido; es decir, cuando se falla con exceso de poder y por eso la sentencia se califica de excesiva; 2- De extra petita cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones no formuladas por el actor en su demanda, o sobre excepciones que no fueron propuestas por el demandado, y, 3. De mínima petita o citra petita cuando la sentencia deja u omite decidir sobre una o más de las pretensiones propuestas por el actor en la demanda o de una o más de las excepciones deducidas por el demandado en la contestación a la demanda.

7.2. En la especie, el recurrente en la audiencia de casación acusa al fallo de resolver lo que no fue materia del litigio, concediendo más allá de lo demandado; es decir, incongruencia por *ultra petita,* sosteniendo en lo principal que: *"…los "hechos" que constan como probados en la sentencia impugnada, y que corresponden a las letras A, B, C, D, E, F, G y H antes transcritas, NUNCA FUERON CONTROVERTIDOS. En efecto, el cargo que ejercía la accionante en American Airlines desde el año 1990 y el hallazgo de la droga en las bodegas de esa compañía que la involucró en las investigaciones del proceso penal No. 307-1992 jamás fueron materia del debate procesal jurídico en la presente causa, no obstante, todos esos hechos impertinentes al objeto de la controversia han sido utilizados por el Tribunal en el numeral 5.3. DE LA MOTIVACIÓN de la sentencia impugnada, para concluir que la prisión de 7 meses que cumplió la señora Carmen Helena Pardo Noboa fue injusta, que no se le aplicó la sana crítica y su derecho de tutela a su libertad,… (…) Este proceder del Tribunal en la sentencia impugnada, evidencia claramente el criterio absolutamente subjetivo aplicado por los jueces para concluir en la "injusticia" de la prisión preventiva cumplida por la hoy accionante,… (…) Es claro que los señores jueces del Tribunal, en la sentencia impugnada, se apartaron de la pretensión de la accionante y del objeto de la controversia que ellos mismos fijaron, y condenaron al Estado ecuatoriano a pagar daño emergente (que según su propio criterio no ha sido probado, lo dice la misma sentencia) y por hechos que no fueron materia de la controversia.*

En este contexto, el Tribunal resolvió en la sentencia recurrida, lo que no fue materia del litigio, esto es, los supuestos daños materiales sufridos por la señora Carmen Pardo Noboa por haber sido indiciada en un proceso penal por tráfico de drogas y su privación preventiva de libertad por 7 meses, daños que determinó en USD 20.000 "en equidad". No resolvió ese pago por daños probados que el retardo de la administración de justicia le causó a la accionante.".

7.3. En tal virtud, para decidir si se ha incurrido o no en esta causal es necesario revisar las pretensiones planteadas por los justiciables en relación con lo resuelto por el Tribunal *A quo.*

7.3.1. La actora en su demanda que corre de fojas 960 a 964 del proceso de instancia como pretensión menciona que: *"…Por lo expuesto solicito: 1) El pago de daños y perjuicios causados por la tardanza injustificable en providenciar el auto de*

sobreseimiento definitivo en mi favor a pesar de estar cumplidas las condiciones legales, que se traduce en manifiesta negligencia, lo que ocasiona $ 1.100.000. oo dólares, por este concepto.
2) La indemnización pecuniaria a título de reparación por los daños constantes de vida, psicológicos y/o emocionales de por vida sufridos por la accionante a causa del Retardo Judicial de la Administración de Justicia., (sic) cuyo valor es de $ 1.100.000.oo dólares.
3) Daños y perjuicios y daños morales, que sumados ambos conceptos, establecen la cuantía de $ 2.200.000.oo dólares, en lo que se incluyen los intereses, desde que se produjo el hecho ilícito culposo, intereses que configuran un elemento de restitución, tomando en consideración que la indemnización pecuniaria vendría a ser menos compensatoria por cada día que los demandados dejen de cumplir con el pago del total económico por el que demando y que usted se servirá acoger y declarar en sentencia, por el retardo injustificado de la administración de justicia desde 1992 hasta la presente fecha (2016).".

7.3.2. En su sentencia, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, resuelve que: *"… ACEPTA PARCIALMENTE LA DEMANDA propuesta por la señora Carmen Helena Pardo Noboa y se declara al Estado responsable por el retardo injustificado en la administración de justicia de la accionante al privarle de su libertad en forma injusta con consecuencias para su salud, así como al no haberse emitido oportunamente el sobreseimiento definitivo a su favor ocasionando daños a su desarrollo profesional y vida económica, este Tribunal determina que:*
Aplicando criterio de equidad se fije por concepto de daño emergente a la salud física de la señora Carmen Helena Pardo Noboa, al provocarle una gastritis crónica entre otras dolencias producidas por el retardo injustificado en la Administración del Justicia, se le indemnice con la cantidad de USD. 20.000,000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
Aplicando el mismo criterio de equidad que ha sido explicado, el Tribunal Distrital fija por concepto de lucro cesante por la inestabilidad laboral y económica generada por el retardo injustificado en Administración de Justicia que ha sido explicado en la sentencia, a título de reparación y restablecimiento de sus derechos económicos vulnerados el monto de una remuneración de un Agente de Seguridad de Aeropuerto de una compañía aeroportuaria de igual condición que aquella para la cual la actora prestó sus servicios en el año 1992 por cada mes que se verifique pericialmente que la actora de esta causa estuvo cesante sin laborar, desde que dejó de prestar sus servicios a la compañía American Airlines hasta el 25 de febrero de 2013, fecha en que se declaró su sobreseimiento definitivo, para lo cual el perito realizará dicha liquidación en base a la historia laboral de la accionante en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, disponiendo que una vez determinado el monto total de los valores a ser indemnizados el Estado Ecuatoriano a través del Consejo de la Judicatura pague a la actora en el término de 30 días. El monto de la pericia correrá a cargo del Consejo de la Judicatura.
Finalmente se dispone el Consejo de la Judicatura emita una disculpa pública a la actora Carmen Helena Pardo Noboa por el retraso injustificado en la administración de justicia generado a la accionante, a través de la página web del Consejo de la Judicatura y en uno de los diarios de mayor circulación nacional, dejando a salvo su derecho a proceder conforme al Art. 33 del Código Orgánico General de Procesos. Sin costas, ni honorarios que regular. Notifíquese."; para lo cual el Tribunal A quo basó su decisión principalmente en lo manifestado en el considerando QUINTO al señalar que: *"…De manera que a criterio de este Tribunal Distrital se han configurado los requisitos esenciales para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que se ha justificado el retardo injustificado en administración de justicia, así como el daño sufrido y alegado. Este ha sido individualizado en una persona concreta y se ha justificado la antijuridicidad, en el hecho de que no existía la obligación de la actora de soportar el daño producido a su vida y salud como consecuencia del retardo en la administración de justicia, provocado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia en esa época, que aplicaron políticas penales vulneradoras de derechos y omitieron a través de los jueces de turno la observancia del deber de proteger los derechos de la actora, así como velando que no se produzcan los daños reclamados. Por otro lado y no menos importante, el Tribunal Distrital considera que se ha justificado adecuadamente el nexo causal de los daños y perjuicios, pues además de que existe la evidencia de que los daños a la salud que presenta la actora se dieron por la prisión preventiva que se le aplicó al ser sindicada, decisión que omitió el deber de preservar la integridad personal y la libertad de la actora aplicando dicha medida cautelar sin justificación adecuada, manteniéndola después, pese a existir elementos claros de la inocencia de la actora de esta causa, lo cual le generó los daños materiales su salud por dicha internación, los cuales no se hubieran producido de haberse aplicado la tutela jurídica efectiva de*

los derechos de la accionante en la forma que impone el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También se verifica suficientemente con los indicios graves y concordantes, en los términos del Art. 172 del Código Orgánico General de Procesos, que la actora no ha podido desarrollar una vida económica y profesional estable como consecuencia de mantenerle vinculada por años en un proceso penal del cual debió ser sobreseída definitivamente como máximo razonable al iniciar el milenio anterior, siendo imputable a la Función Judicial y a los funcionarios judiciales que actuaron desde 1997 hasta el año 2013, el que no se evite el daño producido, emitiendo el pronunciamiento de sobreseimiento definitivo e inocencia en forma oportuna, hecho que no ocurrió por años generando los daños imputados a dicha omisión, pues es claro que fue la causa directa para que mantenga su inestabilidad laboral durante todo aquel tiempo, lo cual debió ser evitado pues era previsible objetivamente, además de que podía ser evitado si hubiese existido la diligencia debida en aplicar respectivamente el Art. 248 del Código de Procedimiento Penal."; pues efectivamente para llegar a esta conclusión el Tribunal A quo luego del análisis atinente a establecer el retardo injustificado en la administración de justicia señaló también que: *"…Resulta claro que existió un incumplimiento del término legal previsto, pero tal como se indica en la sentencia del caso Daniel Tibi vs Ecuador, en esa década, este tipo de causas eran ágiles si se lograba su tramitación en menos de dos años. Lo anterior, era un estándar, ya que entre el ser procesado por narcotráfico constituía e inclusive hasta la fecha, constituye un estigma.*

Además debe resaltarse, en aquella época existía un gran número de presos sin sentencia, por cuanto la administración de justicia tenía serios problemas de congestión, producto de la limitación de recursos humanos y materiales, todo lo cual no puede dejar de ser considerado.

De lo indicado, no se puede establecer negligencia del agente judicial, quien por las características de la época y tipo de limitaciones que afectaban su actuación emitió el auto de sobreseimiento provisional en 11 de marzo de 1993, después de evacuar las diversas diligencias investigativas para emitir dicha decisión.

Sin embargo de lo indicado, es claro que no ocurrió lo mismo con el deber de aplicar la sana crítica y de tutelar el derecho de libertad de la encausada, omisión en administración de justicia que se configuró desde que al sindicar a la actora el 30 de julio de 1992, se dispuso su prisión preventiva al tenor del Art. 177 del Código de Procedimiento Penal *(fojas 1122 a 1125 del proceso), con lo cual se produjo una* ***vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva.***

De ahí que la omisión antes indicada generó el daño a la salud que la actora, pues provocó que ***se le mantenga privada de la libertad por varios meses, sin existir verdaderas razones para afectarla con la prisión preventiva,*** *gravamen claramente injusto que la actora de esta causa no estaba en obligación de soportar y que generó efectos físicos en su salud, en la de su hijo,…",* es decir que revisado en todo su contexto en relación al pronunciamiento de la prisión preventiva por parte del Tribunal de instancia, se evidencia que es precisamente para establecer el tiempo en el que permaneció la actora bajo la figura de la prisión preventiva, y de esta forma determina sus consecuencias calificándola de esta manera como un gravamen injusto al cual no estaba en obligación de soportarla. Por lo expuesto, a simple vista se observa que en la sentencia de instancia no se ha producido el vicio de *ultra petita*, por cuanto se ha resuelto sobre la pretensión de la demanda, esto es, el Tribunal A quo ha resuelto declarar al Estado responsable por el retardo injustificado en la administración de justicia, y como consecuencia por los daños ocasionados, conceder a favor de la actora al pago por concepto de daño emergente y lucro cesante; así como disponer que el Consejo de la Judicatura emita una disculpa pública a la actora por el retardo injustificado en la administración de justicia, a través de la página web del Consejo de la Judicatura y en uno de los diarios de mayor circulación nacional; en consecuencia no habiendo dicho Tribunal incurrido en el yerro acusado, se desecha el caso tercero del artículo 268 del COGEP interpuesto por el recurrente.

OCTAVO: Respecto, al caso cuarto del artículo 268 del COGEP, el mismo que consiste en: *"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.",* el recurrente de igual forma los agrupa de la siguiente manera: en primer lugar, sostiene que en la sentencia existe falta de aplicación de los artículos: 164, 187, 205, 207 y 208 del Código Orgánico General de Procesos; en segundo lugar que existe falta de aplicación de los artículos: 162 y 169 del COGEP; y en tercer lugar falta de aplicación de los artículos: 171, 216 y 217 Ibídem, lo cual ha conllevado a

una aplicación indebida del artículo 32 del Código Orgánico General de Procesos.

8.1. Al momento de fundamentar su recurso en su memorial de casación, sobre el caso invocado, indica:

8.1.1. En lo que respecta al primer grupo de normas señaladas que: *"…De las pruebas señaladas por el Tribunal en las letras I, Q, U, aparece que cuando fue sobreseída provisionalmente la señora Carmen Helena Pardo Noboa, la Juez Décimo de lo Penal de Pichincha, de manera inmediata (julio de 1993) ordenó el levantamiento de las medidas cautelares que habían sido dictadas en contra de aquellas, prueba de ello, fueron los oficios girados a las diferentes entidades públicas informando de tal particular (fojas 1978-1981). Y del certificado del Registro de la Propiedad del Cantón Quito aparece que "no existe inscripciones de prohibiciones de enajenar en los 15 anteriores años a la emisión del Certificado de Gravámenes de 10 de octubre de 2016", respecto de la señora Carmen Helena Pardo Noboa. Todos estos son documentos públicos que hacen plena fe en juicio y por lo mismo tienen eficacia probatoria, valga decir, fueron adjuntados por la accionante a su demanda.*

En el contexto anotado, los referidos documentos prueban con total contundencia que la señora Carmen Helena Pardo Noboa no tuvo prohibición de enajenar sus bienes, ni bloqueo en sus cuentas bancarias, no desde el año 1993, año en que fue sobreseída provisionalmente; no obstante aquello, los señores jueces del Tribunal en la sentencia que impugno, concluyen que, por declaración de la señora Carmen Helena Pardo Noboa debió ***"acudir a gestiones y tramitología para evitar la inmovilización de sus cuentas de ahorro y corrientes en instituciones bancarias, pues aunque con un sobreseimiento provisional, seguía marcada como una sindicada por un proceso de tráfico de drogas… De manera que a criterio de este Tribunal Distrital se han configurado los requisitos esenciales para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que se ha justificado el retardo injustificado en administración de justicia, así como el daño sufrido y alegado".***

Se evidencia entonces señores Magistrados que los jueces del tribunal no aplicaron los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, fundamentalmente, los contenidos en los artículos 164 inciso segundo; 187, 205, 207 y 208 del Código Orgánico General de Procesos,…

(…) En el presente caso es claro, señores Magistrados que el Tribunal, admitiendo la existencia de documentos públicos que dan cuenta que la señora Pardo Noboa no tuvo prohibición de enajenar sus bienes desde el año 2000, ni posible bloqueo de sus cuentas bancarias (aunque ni siquiera demostró en el proceso tener alguna) –y sólo porque la accionante lo dijo en su declaración-…

(…) Es decir que, si existe otra prueba (contundente en este caso) que desdice lo declarado por la accionante, el Tribunal debe realizar una valoración estrictamente conforme a Derecho…

Con la sola declaración personal de la accionante, el tribunal desconoció en contenido y todo lo que de esos documentos públicos -que hacen fe en juicio- se deriva; todo lo cual, evidencia que la conclusión a la que arriba el Tribunal es absolutamente contraria a la realidad establecida en esos documentos;…

La falta de aplicación de esos preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, condujeron al tribunal a aplicar indebidamente la norma de derecho contenida en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, que ordena el resarcimiento de los daños y perjuicios a cargo del Estado ecuatoriano…".

8.1.2. En relación al segundo grupo de normas esto es respecto a la falta de aplicación de los artículos 162 y 169 del COGEP, sostiene en lo principal que: *"El documento señalado en la letra A (fojas 1318 del proceso) es un certificado de honorabilidad emitido por American Airlines, en el que, quien lo suscribe, dice conocer a la señora Carmen Helena Pardo Noboa desde el año 1990 como una persona que se ha distinguido por su buen desempeño y responsabilidad en las tareas a ella encomendadas. No es verdad que en ese documento privado (que no fue reconocida su firma) se señale que la señora Carmen Helena Pardo Noboa fue despedida intempestivamente de la referida compañía.*

En realidad, la actora nunca probó esa aseveración, menos aún que el supuesto despido intempestivo del que dice haber sido víctima en el año 2001, se haya debido al proceso penal que enfrentó, y que debió probar para demostrar el efecto dañoso que tuvo en ella el retardo injustificado de la administración de justicia.

(…)

Por otro lado, la señora Carmen Helena Pardo Noboa no demostró en el proceso que perdió ofertas de empleo porque el sobreseimiento definitivo no le había sido dictado; no probó que tuvo ofertas válidas de compra a sus bienes que no haya podido concretar por la prohibición de enajenar…

Tampoco demostró en el juicio, que el no habérsele dictado sobreseimiento definitivo le hubiera causado el daño que dice le causó, puesto que ni siquiera

aparece de la compulsa del proceso penal que adjunto al juicio No. 17811-2014-1060, y que incorporó como prueba ineficaz a este juicio, que ella hubiese presentado continuos escritos ante el Juzgado Décimo Garantías Penales de Pichincha, insistiéndoles para que le dicten el sobreseimiento definitivo…
Conforme aparece de los "hechos probados" constantes en las letras J y M, del numeral 5.2. de la sentencia, la señora Carmen Helena Pardo Noboa presentó su primer pedido para que la sobresean definitivamente el 20 de enero de 1997; un segundo escrito lo presentó el 12 de marzo de 2010!!!! Es decir 13 años luego del primer requerimiento, esto no demuestra en lo absoluto que el no habérsele dictado el sobreseimiento definitivo le afectara tanto a su vida y entorno como alega. Y finalmente, el último escrito lo presentó el 11 de enero de 2012, mismo que fue atendido por el Juez Décimo de Garantías Penales de Pichincha, Dr. Leonardo Tipán (que no fue citado en esta causa) el 23 de abril de 2012.
(…) Indudablemente, el Tribunal no aplicó el artículo 162 antes referido, puesto que sin que la accionante aportara prueba del daño patrimonial causado por el retardo de la administración de justicia, los señores jueces aplicaron su personal y subjetivo criterio para llegar a la conclusión de que el daño existió por el solo hecho de que la señora Carmen Pardo Noboa fue indiciada en el juicio por narcotráfico que le creó un estigma a la sociedad que le impidió superarse y que no se había establecido su inocencia.".
8.1.3. Y finalmente el tercer grupo de nomas alegadas por el recurrente esto es por la falta de aplicación de los artículos 171, 216 y 217 del COGEP, señala que: *"…todos los documentos señalados por el tribunal en las letras R. S y T son documentos APÓCRIFOS por las siguientes razones de orden jurídico:* ***1.*** *Porque son compulsas certificadas del juicio por daño emergente y lucro cesante y daño psicológico No. 17811-2014-1060 que siguió la señora Carmen helena Pardo Noboa contra la Dra. Patlova Guerra y el Procurador General del Estado; documentos presentados por la accionante de este juicio y que para que surtan efecto en la presente causa, debieron haber sido practicados por los demandados en aquel juicio, -y aún por el Consejo de la Judicatura por ser demandado en este juicio….no debían ser tomados en cuenta por el Tribunal.*
Es decir, el Tribunal hizo valer como prueba una que no tuvo contradicción por el Consejo de la Judicatura porque no fue parte del juicio de donde se extrajo tal documento, pero tampoco fue pedida por la parte (Procuraduría General del estado o la Dra. Patlova Guerra) contra quien finalmente se la hizo valer.
(…) ***2.*** *Porque los documentos a los que se refiere el Tribunal tiene la calidad de privados, conforme al artículo 216 del COGEP (…)*
Esos documentos requerían, conforme al artículo 217 ibídem, el reconocimiento por parte de su autor, para asegurar su eficacia, tanto más cuanto, algunos de ellos ni siquiera tienen firma de responsabilidad o teniéndola, es ilegible (fojas 891).".
8.2. Por su parte la defensa técnica de la accionante expuso sus argumentos respecto a las normas y caso señalado por el recurrente manifestando en lo principal conforme se señala en el acta resumen de la audiencia de casación que: *"…está probado que hubo responsabilidad objetiva del Estado se han demorado 22 años casi en dictar un sobreseimiento definitivo, y luego conformado por la Corte Provincial,…"*, y en su contrarréplica que: *"El Estado ecuatoriano insiste en la valoración de la prueba,…".*
8.3. En lo concerniente a la dilucidación del caso cuatro del Art. 268 del COGEP, anteriormente causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, esta Sala en Resolución No. 147-2012 de 23 de julio del 2012, dentro del recurso de casación No. 266-2011, señaló que: *"…****3.2.-*** *Para analizar correctamente, de manera sistemática y por tanto global, respecto a sus motivos para alegar la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es que la sentencia de instancia ha incurrido en supuestas omisiones de normas sobre valoración de la prueba, este Tribunal de Casación tiene claro que tal argumentación debe ser analizada no como se lo haría si éste fuese un recurso de tercera instancia, sino que debe analizarse bajo los principios procesales de la casación, donde en lo fundamental no es posible introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia, por tanto, no se puede entrar a valorar las pruebas introducidas en el juicio, únicamente cabe la valoración legal de las normas aplicadas o si ha existido omisión de aquéllas, tal como se alega en este caso. En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito ni entrar a revisar las pruebas, pues la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, de suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas, respetando en todo caso, los hechos que se establecieron en el fallo recurrido; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la doctrina, ante todo con un matiz*

acusadamente público, porque su concepción revela el propósito de conseguir, por un (sic) *parte, que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y lograr, por otra, mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social.".*

8.4. En la especie, se puede observar que el fallo del Tribunal A quo se apoya en la existencia de la amplia prueba documental, testimonial, conforme así lo señala en el considerando QUINTO numeral 5.2. de la sentencia impugnada al mencionar que: *"**5.2.- DE LOS HECHOS PROBADOS.-** Habiendo ejercido las partes su derecho a alegar, a practicar la prueba que favorecía sus alegaciones y a contradecir aquella que pretendía la desestimación de sus pretensiones este Tribunal Distrital considera que son hechos probados los siguientes.-*

***A.-** Que la señora Carmen Helena Pardo ostentaba la calidad de Agente de Seguridad de American Airlines, quien ingresó a dicha empresa a trabajar desde 21 de agosto del año 1990. (fojas 1318 del proceso).*

***B.-** Que según su declaración rendida el día 28 de julio de 1992 (fojas 1105 del proceso) indicó que el día 23 de julio de 1992, al estar de turno en su función de Agente de Seguridad de American Airlines se le ordenó estar en la posición de Seguridad de Carga, por lo que en compañía del personal de ASA abrió la puerta de la bodega y de la jaula interior a verificar las cajas que se iban en el vuelo, para que el personal de ASA saquen los bultos pertenecientes al señor Pedro Males, **verificando que el peso de cada bulto y sin encontrar novedades en relación al peso constante en los sellos de seguridad, pidiendo colocar los bultos en las carretas**, custodiando la carga desde la Bodega de Carga al avión, y fueron interceptados por Agentes de Interpol para el registro de carga y uno de los perros que les acompañaba se interesó en un bulto, por lo que al verificar el contenido encontrar que se trataba de droga dicho embarque fue regresado a la bodega de Carga con personal de la Interpol encontrando los bultos de droga, por lo que se puso toda la mercancía y droga a orden de dichas autoridades.*

***C.-** Que el parte policial contenido en el informe No. 094-JPEPIP-CP-1-92 (fojas 1092 a 1098 del proceso) después de receptar la declaración de la actora de esta causa indica en los puntos IV, VII y IX (fojas 1094 A 1098) "IV EVIDENCIAS FÍSICAS:…*

***D.-** Que conociendo la Jueza Décima de lo Penal de Pichincha el referido parte policial, en fecha 30 de julio de 1992 (fojas 1122 a 1125 del proceso) al verificar indicios de una infracción punible pesquisable de oficio dictó auto cabeza de proceso y ordenó instruir el respectivo sumario y sindica entre otros a Carmen Pardo Noboa ordenando sus prisiones preventivas por considerar que se encuentran reunidos los requisitos del Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, librando las boletas constitucionales de encarcelamiento, para que se proceda a su captura y remisión a los Centros Carcelarios respectivos, así como disponiendo medidas reales de prohibición de enajenar sobre sus bienes inmuebles, inmovilización de cuentas bancarias, también sobre las acciones y participaciones sociales.*

***E.-** Que el 12 de agosto de 1992 se emitió la boleta de encarcelamiento para que se conserve detenida a la ciudadana Carmen Helena Pardo Noboa en el juicio 307-92 por presunto tráfico de drogas. (fojas 1181 del proceso).*

***F.-** Que el 13 de agosto de 1992 se convocó a rendir testimonio indagatorio a Carmen Helena Pardo Noboa relatando en forma similar los hechos ocurridos el día en el cual se verificó el ilícito penal. (fojas 1183 a 1185 del proceso), pero adicionalmente indicó que existían 13 personas que tenían acceso a la Bodega y 11 más que tenían las combinaciones del candado de la puerta de malla de seguridad. Indicó que al ser el señor Males un exportador conocido no se realizaron los controles que si se realizaban a cargas no habituales, siguiendo los procedimientos de American Airlines.*

***G.-** Que después de realizar múltiples diligencias tales como la destrucción de la droga, los reconocimientos de los diversos lugares de los hechos, la verificación de los procedimientos realizados por la compañía American Airlines para salvaguardar la carga, testimonios y declaraciones adicionales con el fin del esclarecimiento de los hechos, en fecha 11 de marzo de 1993, la jueza Décima de lo Penal del Pichincha al verificar que: " no hay prueba suficiente que conlleve a la firme convicción de que los sindicados hayan actuado en el hecho investigado" dictó " auto de sobreseimiento provisional" a favor de Carmen Helena Pardo Noboa. (fojas 1858 a 1863 del proceso.*

***H.-** Que subido en consulta dicho auto de sobreseimiento, el mismo fue ratificado el 8 de junio de 1993 por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia (De fojas 1868 a 1879 del proceso).*

***I.-** Que existiendo el sobreseimiento provisional, la Jueza Décima de lo Penal de Pichincha en fecha 13 de julio de 1993 dejó sin efecto las medidas cautelares dispuestas en auto cabeza de proceso, disponiendo se oficie a las autoridades respectivas. Constando a fojas 1904 del proceso el Telegrama Oficial de la Jueza a*

los Registradores de la Propiedad del Ecuador, a fojas 1905 el oficio No. 1039-JDPP-307-92-Yv dirigido al Superintendente de Bancos y consta a fojas 1887 la boleta Constitucional de excarcelación de Carmen Helena Noboa, con fecha 14 de junio de 1993, fecha en la cual recobró su libertad.

J.- *Que transcurrido el término legal de cinco años desde que se dio el sobreseimiento provisional a su favor la actora solicitó se le conceda el sobreseimiento definitivo en fecha 20 de enero de 1997, (fojas 1913 del proceso).*

K.- *Que en fechas 13 de noviembre de 2002 (fojas 1929 del proceso) y 22 de marzo de 2006 (fojas 1946 del proceso) se dictó sobreseimiento definitivo a favor de los sindicados en la causa penal No. 307-92.*

M.- *Que en fechas 12 de marzo de 2010 y 11 de enero de 2012, la actora de esta causa Carmen Helena Pardo Noboa, reiteró su pedido de que se le conceda el sobreseimiento definitivo y el levantamiento de las medidas cautelares.*

O.- *Que en fecha 23 de abril de 2012 se concedió el sobreseimiento definitivo a la actora de esta causa, por parte del Juez Décimo de lo Penal de Pichincha. (1973)*

P.- *Que la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ratificó el sobreseimiento definitivo de la actora de esta causa conforme consta de fojas 1974 a 1975 del proceso.*

Q.- *Que constan de fojas 1978 a 1981, los oficios girados para las diversas autoridades del Estado respecto del levantamiento de medidas cautelares en los bienes y cuentas bancarias de Carmen Helena Pardo Noboa.*

R.- *Que a fojas 888 consta el certificado de 12 de julio de 1993 por el cual el Dr. Eduardo Coba Jijón certifica que Carmen Helena Pardo Noboa sufrió un cuadro de toxoplasmosis tratado. Además certifica que fue objeto de una cesárea el 8 de enero de 1993 y que mantuvo tratamiento médico desde el 21 de agosto de 1992 hasta el 12 de julio de 1993, y que presentó los siguientes diagnósticos: Síndrome de Intestino Irritable, Colitis Amibiana Aguda. Probable Gastritis Crónica Reagudizada, Síndrome Ansioso Depresivo, Mononucleosis Infecciosa, Infección de Tracto Urinario (E Coli), Lumbo-ciatalgia. Indica que los síntomas digestivos secundarios a su Síndrome de Intestino Irritable fueron de difícil manejo, inicialmente debido a su embarazo, y posteriormente por presentar continuas recaídas debido a su estado de (sic) tensional, situación que incluso obligó a que sea tratada por una Psicóloga Clínica en vista del stress constante en que vivía la paciente por las condiciones legales conocidas. Al momento la paciente se encuentra en mejores condiciones, aunque presenta todavía recidivas frecuentes de sintomatología colónica baja, con periodos frecuentes de ansiedad que agravan el cuadro digestivo. Se recomienda continuar con tratamiento clínico y psicoterapia de apoyo.*

S.- *A fojas 890 consta certificado del Dr. Eduardo Coba Jijón quien nuevamente ratifica que atendió a la actora y que le emitió el certificado de salud, por haberle atendido cuando se hallaba privada de su libertad y en estado de gravidez.*

T.- *De fojas 891 a 939 diversos documentos certificados de historias clínicas de atención a la actora por problemas gastro intestinales entre otros y de su hijo Juan Francisco Jáuregui Pardo por afecciones asmáticas entre otros, así como certificados de atención psicológica a la actora.*

U.- *Certificado del Registro de la Propiedad del Cantón Quito que indica que el (sic) no existen inscripciones de prohibiciones de enajenar en los 15 anteriores años a la emisión del Certificado de Gravámenes de 10 de octubre de 2016.*

V.- *Que la declaración de la actora en cuanto a sus afecciones físicas a la salud, los problemas presentados en su vida laboral y en su actividad financiera son ciertos pues existen indicios concordantes con tal declaración, como son los certificados médicos presentados, así como del análisis del proceso penal, se puede establecer que varios de los sindicados tuvieron similares problemas que los explicados por la actora en su declaración con las entidades financieras por mantenerse el registro de medidas cautelares en diversas instituciones financieras.*

W.- *Como lo estableció el Tribunal Distrital, da como un hecho público y notorio que sobre la actora se realizó un reportaje periodístico del programa Visión 360, en el cual expuso su situación al público y dio su versión de los hechos en dicho programa de la Televisora Ecuavisa que tiene gran difusión nacional.";* es decir el Tribunal, para efectivamente establecer la existencia del retardo injustificado en la administración de justicia, valoró las pruebas aportadas dentro del proceso tal como se lo ha señalado, tanto aquellas que favorecían las alegaciones de la actora como aquellas que contradecían las pretensiones, llegando a concluir efectivamente que: *"…a criterio de este Tribunal Distrital se han configurado los requisitos esenciales para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que se ha justificado el retardo injustificado en administración de justicia, así como el daño sufrido y alegado.",* por lo cual resuelve: *"…declarar al Estado responsable por el retardo injustificado en la administración de*

justicia de la accionante al privarle de su libertad en forma injusta con consecuencias para su salud, así como al no haberse emitido oportunamente el sobreseimiento definitivo a su favor ocasionándole daños a su desarrollo profesional y vida económica…", por lo que si bien es cierto el Tribunal A quo señala que: *"Finalmente el Tribunal Distrital verifica que los daños y perjuicios son evaluables pese a que no se ha aportado prueba sobre su real monto,… la indemnización por pérdida de ingresos pueden ser determinadas en* ***equidad.*** *(…)*
Así, el Tribunal cree que los gastos en la hospitalización, honorarios médicos, medicinas y demás gastos hospitalarios generados a accionante durante su privación de libertad, incluida la toxoplasmosis que le afectó, así como todas las demás afectaciones a la salud reportadas en el certificado médico, conferido el 12 de julio de 1993 por el Dr. Eduardo Coba Jijón, en donde además se establecen que las dolencias ocurrieron durante el confinamiento decretado por el proceso penal de tráfico de estupefacientes en el cual fue sindicada y dispuesta su prisión preventiva, alcanzan un valor de USD 20.000, valor que se reitera, ***no se justificó del proceso, pero se reconoce en equidad por haberse probado que hubo el daño material y que sin duda aquel debió generarse a la actora costos tales como el pago de consultas, honorarios de todos los médicos que le atendieron, las medicinas, la hospitalización, exámenes de laboratorio, radiografías, en general las herramientas diagnósticas e insumos médicos que tienen que asumirse durante una hospitalización, cuya duración tampoco fue establecida.***
Por otro lado, en cuanto al lucro cesante, tomando en cuenta que la actora ha justificado la existencia de inestabilidad laboral, y en general, afectación a su vida económica… por el hecho de que se la mantuvo vinculada al proceso penal durante 21 años de su vida,…igualmente aunque no se ha probado el monto del daño económico generado por lucro cesante, se ha justificado adecuadamente que la actora ha tenido una vida laboral inestable como consecuencia del retardo injustificado en la administración de justicia en declararle sobreseída definitivamente de la causa penal por narcotráfico a la cual se la vinculó desde 1992 hasta que se dictó su sobreseimiento definitivo el 23 de abril de 2012, que para tener total efecto legal debió ser ratificado en el 25 de febrero de 2013,…", esta determinación de los montos tanto de daño emergente como de lucro cesante, son efectivamente como consecuencia de haberse declarado el retardo injustificado en la administración de justicia, tomando en consideración de que no se está hablando de hechos sucedidos dentro de un periodo inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, sino de hechos ocurridos desde el año 1992, bajo circunstancias y acontecimientos económicos distintos a los actuales, para lo cual como bien lo señala el Tribunal A quo en su sentencia impugnada que para establecer el monto, lo efectúa no solo bajo el criterio de que la actora ha justificado los daños y perjuicios conforme se ha señalado, sino que también lo realiza tomando como referencia a lo manifestado por *"…la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 24 de octubre de 2012, en el caso NADEGE DORZEMA Y OTROS Vs. República Dominicana la indemnización por pérdida de ingresos pueden ser determinadas en* ***equidad****."*.
De lo señalado, el Tribunal evidentemente consideró las pruebas documentales en su conjunto para determinar que la administración de justicia incurrió en retardo injustificado, y de esta forma establecer el monto de indemnización por daños y perjuicios ocasionados a la actora, que de por sí son suficientes para arribar a la conclusión señalada por el Tribunal A quo; a lo cual sumado al hecho de que no es factible que, en el conocimiento del recurso interpuesto, se acuda a apreciar las pruebas que el recurrente ha mencionado en su escrito, tomando en consideración que este tema, como se mencionó, fue analizado a fondo en el considerando quinto de la sentencia de instancia en lo que respecta a lo alegado por el recurrente, razón por la que esta Sala estima que el Tribunal inferior no ha dejado de aplicar los artículos: 162, 164, 169, 171, 187, 205, 207, 208, 216 y 217 del Código Orgánico General de Procesos, así como tampoco ha aplicado indebidamente el artículo 32 Ibídem, que el recurrente aduce se han infringido por parte del indicado Tribunal, por cuya razón también se rechaza el caso cuarto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
NOVENO: 9.1. Ahora bien, en relación al cargo de errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, dentro de caso quinto del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, el recurrente sostiene en lo principal que: *"…Según el artículo transcrito, corresponde al Consejo de la Judicatura iniciar el procedimiento coactivo contra los servidores judiciales que comparecieron al juicio y cuya responsabilidad hubiera sido declarada en el mismo, por cuya razón el Estado debe pagar la indemnización dispuesta en el*

artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial al afectado.
No obstante lo ordenado claramente en la referida norma legal, el Tribunal interpreta erróneamente la misma y señala que no tiene "competencia para pronunciarse sobre si tales actuaciones se realizaron por culpa grave o dolo, ya que ello correspondería, en caso de que así lo decida el Estado, los jueces competentes". Ese yerro en que incurre el tribunal, ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia, porque se condena al Estado ecuatoriano a pagar indemnizaciones por daños y perjuicios sin la posibilidad de repetir ese pago, pues el Tribunal se ha negado a identificar a los servidores judiciales (de los pocos que fueron citados) que causaron el daño a la accionante, aduciendo falta de competencia, cuando ella aparece del precitado artículo 33.
Si el Tribunal hubiera interpretado correctamente la mencionada disposición legal, hubiera ampliado la sentencia de acuerdo al pedido realizado por la Procuraduría General del Estado, señalando con precisión –de acuerdo a la sentencia que dictó- los nombres completos de los ex jueces que causaron el daño por el retardo injustificado en la administración de justicia…".
9.2. Al respecto el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:
"Repetición de lo pagado por el estado.- *En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales. Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.* ***Si en la sentencia ejecutoriada se declara que las servidoras o los servidores no han justificado su conducta, se dispondrá que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral, y que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra las servidoras o los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado."*** (Lo resaltado corresponde a la Sala).
9.3. Sobre esta alegación, la sentencia del Tribunal A quo, al final de la parte resolutiva en relación a la disposición dada al Consejo de la Judicatura señala que: *"…dejando a salvo su derecho a proceder conforme al Art. 33 del Código Orgánico General de Procesos.",* así también en el auto de aclaración y ampliación de la sentencia impugnada en su numeral 3.3. señala que: *"…Por otro lado, en cuanto a los servidores y sus actuaciones se destaca que el Consejo de la Judicatura ha sido quien ha determinado los servidores involucrados en los actos y omisiones que han ocasionado la determinación de responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales constan en fojas 2094 del proceso, sin que este Tribunal Distrital tenga competencia para pronunciarse sobre si tales actuaciones se realizaron con culpa grave o dolo, ya que aquello corresponderá, en caso de que así lo decida el Estado, los jueces competentes.".*
9.4. Conforme ha sido aseverado en la sentencia impugnada, así como también en el auto de aclaración y ampliación, y constatado por esta Sala Especializada en el numeral 5.4. de esta sentencia, se tiene que:
9.4.1. El Consejo de la Judicatura ha remitido el listado de los servidores judiciales presuntamente responsables de los actos violatorios, doctores Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Luis Gerardo Mora Armijos y Elvia Noemí Santillán Bravo, en virtud de lo cual se procedió a citar a los demandados con el fin de que ejerzan su derecho a la defensa, es decir, se ha cumplido con el supuesto de procedibilidad establecido en el segundo inciso del artículo 33 del COFJ.
9.4.2. Así mismo se procedió a citar a la doctora Patlova Guerra Guerra Jueza Décimo de lo Penal de Pichincha, toda vez que fue demandada por el actor en el líbelo inicial de su demanda.
9.4.3. Los servidores judiciales anunciados por el Consejo de la Judicatura y debidamente citados no han dado contestación a la demanda, con excepción del doctor Luis Gerardo Mora Armijos, sin embargo en su caso, al no haber completado la contestación, se la entiende como no presentada;

en consecuencia, la falta de comparecencia al proceso judicial de los indicados servidores judiciales podrá ser apreciada como la negativa pura y simple de los hechos contenidos en la demanda en los términos del artículo 157 del COGEP.

9.5. En el fallo impugnado, el tribunal de instancia respecto al ejercicio del derecho de repetición ha señalado que: *"no tiene competencia para pronunciarse si tales actuaciones se realizaron por culpa grave o dolo, ya que ello corresponderá, en caso de que así lo decida el Estado, a los jueces competentes (…) dejando a salvo el derecho a proceder conforme el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial"*.

De esta forma se constata que en la aplicación del artículo 33 del COFJ el Tribunal Ad quo le ha otorgado una interpretación que no corresponde, puesto que la mencionada disposición establece que en las sentencias en las que se declare la responsabilidad objetiva del Estado por uno de los eventos previstos en el artículo 32 del COFJ, como es el caso, los jueces de los tribunales de lo contencioso administrativo, competentes para el efecto, dentro del mismo proceso deberán pronunciarse respecto a la actuación de los servidores judiciales intervinientes en la conducta violatoria, y declarar su responsabilidad en el caso de comprobarse culpa grave o dolo.

Sin la determinación previa de responsabilidad por dolo o culpa graves no puede accionarse la vía de repetición bajo el procedimiento previsto en el artículo 33 del COFJ, toda vez que tal declaración se considera como un requisito para el ejercicio de la coactiva, procedimiento administrativo de ejecución que vale destacar, persigue fines meramente patrimoniales, no declarativos, por lo que para su ejercicio debe prevenir una obligación pura, líquida y de plazo vencido.

Es preciso señalar que la declaratoria de responsabilidad objetiva del Estado, no siempre involucra la responsabilidad subjetiva de los jueces, pues existen casos de responsabilidad del Estado atribuibles exclusivamente a la organicidad de la administración de justicia y no imputable a un servidor judicial en particular, aquello se traduce en una falla el sistema de justicia; no obstante, el Tribunal en su sentencia se encontraba en la obligación de pronunciarse sobre la existencia o no de la responsabilidad de los operadores de justicia involucrados, puesto que al no determinarse responsabilidad, en el evento de haber mérito para ello, se coartaría el derecho del Estado para ejercer la vía de repetición, por lo que de esta forma se verifica efectivamente que el Tribunal A quo incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico General de Procesos, en lo que respecta exclusivamente al tema del derecho de repetición, por lo que en aplicación de lo establecido en el artículo 273 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos esta Sala considera que, de la revisión de los autos no consta que la actora, ni los demandados hayan probado de forma alguna que los mencionados jueces señalados por el Consejo de la Judicatura actuaron con culpa o dolo graves dentro del juicio penal No. 307-92 por tráfico de drogas en contra de la señora Carmen Helena Pardo Noboa, pues únicamente se centraron en demostrar ***"Si ocurrió o no el presunto retardo en la administración de justicia desde 1992 hasta el 25 de febrero de 2013, y en consecuencia si procede el reclamo patrimonial que pretende la accionante."***; por lo cual incluso el mismo Consejo de la Judicatura al momento de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal A quo en su auto interlocutorio de 8 de mayo de 2017, en el sentido de que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial es necesario contar con los servidores judiciales que ocuparon la judicatura en el Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha, únicamente se limitó a indicar que:

"JUECES QUE OCUPARON EL JUZGADO DÉCIMO DE LO PENAL DE PICHINCHA DESDE 1992 A 2009

- DRA. PATLOVA GUERRA GUERRA (YA FUE CITADA)

- DR. ALEJANDRO LEOPOLDO GUERRA AISPUR. AV. AMAZONAS 362 Y PADRE SALCEDO, CIUDAD DE LATACUNGA PROVINCIA DE COTOPAXI.

- DR. LUIS GERARDO MORA ARMIJOS, CLEMENTE YEROVI OE1-88 Y FRANCISCO SANCHEZ/ CARCELÉN, CIUDAD DE QUITO.

- DRA. ELVIA NOEMÍ SANTILLÁN BRAVO, CALLE U, número S5-319, VÍA AL VALLE DE LOS CHILLOS, PUENTE 1 (OBRERO INDEPENDIENTE) CIUDAD DE QUITO.", sin anunciar ni producir prueba alguna que determine su responsabilidad y de esta forma activar la vía de repetición, conforme el procedimiento previsto en el artículo 33 del COFJ, de tal suerte que inclusive el Tribunal A quo en su sentencia señaló que: *"… De lo indicado, no se puede establecer negligencia del agente judicial, quien por las características de la época y tipo de limitaciones que afectaban su actuación*

emitió el auto de sobreseimiento provisional en (sic) 11 de marzo de 1993, después de evacuar las diversas diligencias investigativas para emitir dicha decisión.". Así como tampoco, se ha logrado individualizar la participación de los servidores judiciales Dra. Patlova Guerra Guerra, Dr. Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Dr. Luis Gerardo Mora Armijos y Dra. Elvia Noemí Santillán Bravo, dentro del proceso penal No. 307-92 en contra de la señora Carmen Pardo Noboa, y no existe prueba contundente respecto al dolo o culpa grave de los mismos.

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional**, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, 1)** Rechaza el recurso de casación interpuesto por el Consejo de la Judicatura, al no haberse verificado el vicio de errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del COGEP; **2)** Se rechaza el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, respecto a los casos primero, tercero y cuatro del artículo 268 Ibídem; **3)** Se acepta parcialmente el recurso de casación propuesto por la Procuraduría General del Estado, únicamente en lo que respecta al caso quinto del artículo 268 del COGEP, por el vicio de errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, debiendo casarse parcialmente la sentencia de 2 de abril del 2018, las 16h10 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, exclusivamente en lo que guarda relación al yerro aceptado; en lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo impugnado; y, **4)** En razón de lo previsto en el artículo 273 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, al no haberse demostrado que la Dra. Patlova Guerra Guerra, Dr. Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Dr. Luis Gerardo Mora Armijos y Dra. Elvia Noemí Santillán Bravo, como juezas y jueces del Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha dentro de la causa penal No. 307-92 por tráfico de drogas en contra de la actora, hayan actuado con dolo o culpa grave conforme se analizó en el considerando noveno de esta sentencia, se declara sin lugar la responsabilidad de las mencionadas juezas y jueces.- 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) Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VOTO SALVADO

Juicio No. 17811-2016-01647

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, jueves 4 de octubre del 2018, las 11h12.- **VISTOS:** Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), toda vez no estoy de acuerdo con la sentencia de mayoría, dado que considero que debería ser aceptado el recurso de casación del Consejo de la Judicatura por el caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), emito mi voto salvado en los siguientes términos:

PRIMERO.- El Consejo de la Judicatura en su recurso de casación manifiesta que: "1. La causal primera del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos establece varios casos por los cuales se puede casar la sentencia: a) Cuando se haya incurrido en errónea interpretación de normas procesales. En el caso en particular es por una errónea interpretación de normas procesales, violando las siguientes normas constitucionales y legales: Artículos 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República; artículos 82 y 226 ibidem, artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos. El Tribunal manifiesta en la sentencia que es objeto de este recurso de casación lo siguiente: *'...por lo expuesto se acepta la excepción de Litis pendencia prevista en el numeral 5 del Art. 153 del*

Código Orgánico General de Procesos respecto de la pretensión de daño moral que la accionante pretende en contra del Presidente del Consejo de la Judicatura legitimado pasivo en este tipo de procesos y del Procurador General del Estado de conformidad con el numeral 1 del Art. 295 del Código Orgánico General de Procesos, no se acepta dicha excepción respecto de la pretensión de daños y perjuicios en la cual como se ha indicado no existe la identidad subjetiva necesaria, ya que en la causa 17811-2014-1060 no es parte procesal el legitimado pasivo Presidente del Consejo de la Judicatura... ´. En consecuencia conforme lo dispone el art. 101 del Código Orgánico General de Procesos no se continuará con la pretensión de daño moral en esta causa, por existir la prevención de los otros juzgadores, lo que ocasione que se halle impedido de pronunciarse sobre dicha pretensión y este proceso continúa respecto de la pretensión de daños y perjuicios. De esta manera señores Jueces de Casación el Tribunal Contencioso Administrativo de Quito en su sentencia realizó una errónea interpretación de normas procesales y DIVIDIÓ una excepción previa, aceptándola parcialmente, cuando la norma es clara y determina que en caso de aceptarse (la excepción de Litis pendencia que propuso el Consejo de la Judicatura) por NO SER SUBSANABLE el Tribunal contencioso debía declarar sin lugar la demanda y enviar al archivo la causa. Evento este que en este caso no ocurrió sino que continuó la tramitación de la causa a pesar que existe norma que vedaba este procedimiento, produciéndose una errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 295 numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos que se plasma en la sentencia materia de este recurso de casación. Señores Jueces, más allá de la potestad jurisdiccional que ostente el operador de justicia para dirimir respecto de una decisión judicial, en ninguno de los casos el operador de justicia debe contrariar disposiciones del ordenamiento jurídico vigente ni hacer de esa potestad una licencia para omitir o distorsionar la realidad fáctica previo a determinar la pertinencia de la norma legal a ser aplicada. Siendo que por el contrario, la envestidura de juzgador de una causa de dicha índole precisamente le impone observarlas rigurosamente así como precautelar el debido proceso en su dimensión integral, lo que en ambos casos debía incluir el acatamiento de las obligaciones que como servidor judicial tiene. Por lo expuesto, el actuar del Tribunal Contencioso Administrativo de Quito en la sentencia dictada el 2 de abril de 2018 cometió una errónea interpretación de las normas antes indicadas en la sentencia recurrida, lo cual ha llevado a una conclusión contraria a la realidad de los hechos; pues en auto interlocutorio aceptaron una excepción previa planteada por el Consejo de la Judicatura y por la Procuraduría General del Estado, pero lo hicieron en forma *"PARCIAL",* lo cual afectó sustancialmente al desarrollo del juicio contencioso administrativo y debió haber sido motivo para declarar sin lugar la demanda propuesta por la señora Carmen Pardo Noboa y ordenar su archivo. Al no hacerlo este hecho va a ocasionar que en un momento determinado exista una duplicidad de sentencias por los mismos hechos, circunstancias y personas lo que ocasionará una flagrante violación al debido proceso y a la seguridad jurídica y causará perjuicio al Estado Ecuatoriano.". (El subrayado en el original).

SEGUNDO.- El artículo 153 numeral 5 del COGEP dice: "*Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: 5. Litispendencia*.". El artículo 295 numeral 1 del mismo código dispone: "*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*.".

TERCERO.- La y los jueces distritales que firman la sentencia impugnada cometen un error trascendental, que de forma alguna puede ser pasado por alto por este juez nacional, pues de hacerlo quedaría un antecedente nefasto, que bien podría desestructurar negativamente el muy complejo tema de la responsabilidad objetiva del estado por mal funcionamiento de la administración de justicia, en la cual simplemente no es posible que se acepte la excepción de litispendencia únicamente respecto de la pretensión de daño moral y el proceso continúe respecto de la pretensión de daños y perjuicios.

CUARTO.- Al respecto, actualizada doctrina administrativa, al analizar la caracterización del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración indica que: "A) Es un sistema unitario, en la medida en que al estar regulado mediante legislación de carácter básico se aplica a todas las Administraciones Públicas. Este carácter se manifiesta en la unidad de fuero ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *´el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá, de todas las cuestiones que se susciten, en relación con la responsa bilidad patrimonial de las Administraciones*

Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo antes los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la produc ción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad´. B) Generalidad, dado que se extiende a cualquier actuación de la Administración (actuación jurídica, vía de hecho, inactividad, acción u omisión) y se aplica tanto a las relaciones de Derecho Privado como de Derecho Público… C) Sistema de responsabilidad directa, por cuanto aun cuando pueda identificarse el agente generador del daño (empleado público o titular de órgano administrativo) la Administración responde sin que el afectado haya previamente de actuar contra quien produjo de forma inmediata el daño. D) De responsabilidad objetiva puesto que la institución, como veremos, gira en torno a los conceptos jurídicos de lesión y causalidad, y no en relación con el dolo o la culpa u otros títulos subjetivos de imputación sin que se pueda, no obstante, exigirse a la Administración una conducta exorbitante que conduzca a considerarla como a una *´aseguradora universal de todos los riesgos´.* E) **Sistema de reparación integral, pues pretende la cobertura de todos los daños antijurídicos (materiales o personales, y dentro de estos últimos físicos o morales) generados por la Administración.**". José Miguel Bueno Sánchez y otros, Lecciones Fundamentales de Derecho Administrativo, (Pamplona: Aranzadi S.A., 2015), 509-10. (El resaltado me pertenece).

QUINTO.- Efectivamente, una de las características incuestionables del sistema de responsabilidad objetiva del estado es que conlleva un sistema de reparación integral, en el cual no es factible separar los daños y perjuicios y el daño moral en procesos diferentes como si pudiesen dar lugar a acciones autónomas. En tal sentido me he pronunciado ya en mi voto salvado de 23 de mayo del 2018 dentro del juicio No. 17741-2014-0529, resolución No. 367-2018, en el cual dije: "CUARTO**.-** Por tanto, tal como se arguye principalmente en el recurso de casación presentado por la PGE, en la sentencia impugnada se deja de aplicar el artículo 32 del COFJ, y se incurre en una aplicación indebida del artículo 416 del anterior CPP. **Ambos artículos referidos claramente indicaban (y el COFJ lo sigue haciendo) que la indemnización por daño moral no es una que pueda ser dispuesta por separado,** sino que tal como lo indicaba el inciso final del artículo 416 del CPP: *´Se presume de derecho que las indemnizaciones previstas en el presente artículo* ***incluyen el daño moral****.´*; y, el último inciso del artículo 32 del COFJ señala que cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado le reparará *en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal,* ***que incluirá el daño moral;*** por lo que mal puede la sentencia impugnada, aparte de fijar una indemnización de USD. 10.301,69 por un concepto, fijar otra de USD. 15.000,00 por pérdidas extrapatrimoniales, esto es por daño moral, diciéndose en el considerando décimo sexto de la sentencia que: "*... Este Tribunal entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extra patrimoniales que ha sufrido Roberto Pablo Castillo Moreno, 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 15.000,00 (QUINCE MIL 00/100* dólares *de los Estados Unidos de América), por este concepto,... ".* E igualmente, tal como se menciona también en el recurso de casación del Consejo de la Judicatura con relación a la causal quinta, tal como ya se lo ha mencionado, *el daño moral por sí mismo no puede ser materia de indemnización autónoma en los casos de responsabilidad objetiva del Estado por una deficiente prestación del servicio público de administración de justicia,* por lo que resulta evidente…". (Lo resaltado en el original).

SEXTO.- **Al haber el tribunal distrital aceptado la excepción de litispendencia prevista en el artículo 153 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos, no podía ya seguir sustanciando el proceso**, lo cual indebidamente hizo al dividir, esto es aceptar parcialmente dicha excepción; **lo cual indudablemente conlleva una errónea interpretación del artículo 295 numeral 1 del mismo código, el cual debía ser aplicado con todos sus efectos** en salvaguarda de la seguridad jurídica y la correcta motivación, conforme los artículos 82 de la Constitución de la República y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; al no haberlo así hecho el tribunal distrital mantuvo incluso una competencia que ya no le correspondía contraviniendo así también el artículo 107 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos. Dándose así nulidad insubsanable del proceso.

POR TANTO, CONSIDERO: que debería aceptarse el recurso de casación del Consejo de la Judicatura, por el caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por haberse dado una errónea interpretación del artículo 295 numeral 1 del mismo código; contraviniéndose además los artículos 82 de la Constitución de la República, 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 107 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos; lo que conlleva casar la sentencia de 2 de abril de 2018, 16h10, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito metropolitano de Quito, y declarar sin lugar la demanda y ordenar su archivo. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 17811-2016-01647

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, martes 30 de octubre del 2018, las 12h15.-

VISTOS: A) El Ab. Luis Fernando Ávila Linzán, en su calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Presidente del Consejo de la Judicatura, solicita a esta Sala aclaración y ampliación de la sentencia emitida el 4 de octubre del 2018, las 11h12, notificado el mismo día, mes y año.

B) Así mismo, el Dr. Marco Proaño Durán, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, solicita a esta Sala aclaración y ampliación de dicha sentencia.

C) Con tales requerimientos se corrió traslado a la parte contraria, y al efecto la señora Carmen Helena Pardo Noboa al contestar la misma señala que: *"...las solicitudes de aclaración y ampliación formuladas por la Procuraduría General del Estado y Consejo de la Judicatura, deben ser negadas, porque la sentencia emitida por la Sala, ha sido lo suficientemente clara, sin lugar a que la misma sea modificada, lo que significaría violación del artículo 100 del Código Orgánico General de Procesos,..."*. Para resolver lo pertinente esta Sala considera:

PRIMERO: De conformidad con el artículo 100, inciso primero del Código Orgánico General de Procesos, señala que: *"**Inmutabilidad de la sentencia**. Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto a la cuestión decidida 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."*. El artículo 253 Ibídem preceptúa que: *"**Aclaración y ampliación**.- 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."*. En virtud de las normas legales antes transcritas, esta Sala de lo Contencioso Administrativo puede considerar si procede o no los pedidos de aclaraciones y ampliaciones formuladas.

SEGUNDO: 2.1. En relación a la primera solicitud de aclaración y ampliación formulada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Presidente del Consejo de la Judicatura, en el sentido de que: *"...la Sala aclare y amplíe su resolución de 04 de octubre de 2018 la misma que en su parte resolutiva rechazó la causal de casación invocada por el Consejo de la Judicatura anotando que en forma clara y diáfana el Consejo de la Judicatura determinó la errónea interpretación de los artículos 153 y 295 del Código Orgánico General de Procesos por parte del Tribunal contencioso Administrativo de Quito al aplicar las excepciones previas que pueden presentarse en un proceso en forma errada misma que no determina la posibilidad de aceptar una excepción previa de manera parcial o dividirla como el Tribunal Contenciosos (sic) en efecto lo hizo en la sentencia que fue objeto del recurso de casación."*.

2.2. Al respecto esta Sala, en múltiples fallos ha señalado que el recurso de casación es de carácter eminentemente extraordinario, formal y restrictivo, calidades que exigen que su fundamentación ha de ser clara, completa y estrictamente apegada a la lógica jurídica y a los principios básicos que regulan la materia; estando los recurrentes en la obligación de determinar con absoluta precisión las normas de derecho que considera violadas, al

igual que el caso o casos de que trata el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos; pues en modo alguno la casación constituye una nueva instancia destinada a analizar todos los extremos y pormenores del litigio, sino que la competencia del Tribunal de Casación se circunscribe a los estrictos límites a que se contrae el escrito de interposición del recurso, y que han sido admitidos por el Conjuez respectivo; en tal sentido del auto de admisión emitido por el Conjuez Nacional, se verifica que el recurso de casación interpuesto por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica (e) y delegada del Presidente del Consejo de la Judicatura ha sido admitido "*exclusivamente por el caso 1 del artículo 268 del COGEP,* ***por errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del COGEP***…" (Lo resaltado corresponde a la Sala), y la sentencia recurrida precisamente en el considerando TERCERO realiza un análisis exhaustivo del caso uno del artículo 268 del COGEP por errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del COGEP, alegado por el recurrente en el cual, fundamentó su recurso de casación; es decir que esta Sala en la sentencia en mención analizó con claridad, exactitud y de manera completa el recurso de casación interpuesto por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica (e) y delegada del Presidente del Consejo de la Judicatura, de lo cual resolvió: "…***ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, 1)*** *Rechaza el recurso de casación interpuesto por el Consejo de la Judicatura, al no haberse verificado el vicio de errónea interpretación del numeral 1 del artículo 295 del C0GEP;…"*; por tanto el contenido del fallo es suficientemente explícito, claro e inteligible que no cabe duda respecto a la decisión adoptada sobre el caso y vicio alegado, de tal forma que, no cabe por un lado la afirmación de que también determinó la errónea interpretación del artículo 153 del COGEP, pues dicha norma no consta como alegada ni admitida.

2.3. Por otro lado, también se evidencia que resulta inapropiado que esta Sala determine si procede aclarar o ampliar la sentencia como pretende el recurrente, pues es obligación del solicitante determinar con claridad y precisión qué es lo que pretende, tanto más que revisada *in extenso* su solicitud el peticionario ha omitido concretar los asuntos que, a su juicio requieren, por un lado, ser aclarados, y por otro, ampliados. Por las consideraciones anteriores, se rechaza la solicitud de aclaración y ampliación presentada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Presidente del Consejo de la Judicatura.

TERCERO: 3.1. Con relación a las solicitudes de ampliación y aclaración formuladas por el Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, en el sentido de que: *"…Pido a la Sala que* ***aclare****, ¿qué relevancia procesal tiene la prisión preventiva de 7 meses cumplida por la señora Pardo, con la pretensión consignada en la demanda y objeto de la controversia que fue determinar si ocurrió daño patrimonial a la accionante por el retardo de 20 años de la administración de justicia para dictar el auto de sobreseimiento definitivo a su favor?*

La aclaración solicitada se torna indispensable, considerando el hecho de que la sentencia recurrida fijó "en equidad" la indemnización por daños y perjuicios, exclusivamente por el daño a la salud que se dice, ocasionó la prisión preventiva cumplida por la señora Pardo, razón ésta que fue el sustento para plantear la causal establecida en el numeral 3 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, porque la sentencia resolvió lo que no fue materia del litigio, que ha sido rechazado vuestra Sala con el argumento que ha sido transcrito.".

Así mismo señala que: *"1) En cuanto a la causal establecida en el numeral 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, …pido a la Sala que se* ***amplíe*** *el fallo de casación dictado, y señale, con base al mismo criterio que ha consignado y que ha sido transcrito, considerando, como lo dice vuestra Sala que el Tribunal en la sentencia recurrida "consideró las pruebas documentales en su conjunto para determinar que la administración de justicia incurrió en retardo injustificado", se señale de acuerdo a los preceptos jurídicos de los artículos 205, 207 y 208 del COGEP, ¿cuál prueba tendría mayor fuerza probatoria en un proceso, si la de documentos públicos debidamente emitidos e incorporados por la misma accionante (certificado del Registrador de la Propiedad) o su declaración personal que desdice lo que esos documentos certifican?.*

Y adicionalmente, ¿vuestra Sala se servirá ampliar el referido fallo indicando silos autos de sobreseimiento provisional del año 1993 y definitivo del año 2013 que constan del proceso, demuestran por sí solos el daño patrimonial causado a la señora Pardo?

Y finalmente que: *"respecto a la causal establecida en el numeral 5 del artículo 268 del COGEP, por errónea interpretación del artículo 33 del Código*

Orgánico de la Función Judicial, que fue aceptada "parcialmente" por vuestra Sala, solicito a vuestra Sala que aclare ¿cuál sería la consecuencia jurídica para el Estado (que deberá pagar la indemnización ordenada,) si vuestra Sala ha resuelto que no existió responsabilidad de los jueces citados en este juicio?".

3.2. De lo solicitado, esta Sala, mediante sentencia, precisamente en los considerandos SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO, ha dilucidado respecto de los casos alegados por el recurrente, específicamente sobre los casos tres, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP, respectivamente, por lo cual las razones legales en las cuales se fundamentó la Sala para dictar la sentencia de 4 de octubre del presente año, mediante la cual se desechan los casos tercero y cuarto, así como por el contrario de acepta parcialmente por el caso quinto por el vicio de errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, están claramente definidas tanto en su contenido como en su alcance; es decir que esta Sala en la sentencia en mención analizó con claridad y exactitud el recurso de casación interpuesto por el señor Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, de lo cual resolvió: "*...**2)** Se rechaza el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado, respecto a los casos primero, tercero y cuarto del artículo 268 Ibídem; **3)** Se acepta parcialmente el recurso de casación propuesto por la Procuraduría General del Estado, únicamente en lo que respecta al caso quinto del artículo 268 del COGEP, por el vicio de errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, debiendo casarse parcialmente la sentencia de 2 de abril del 2018, las 16h10 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, exclusivamente en lo que guarda relación al yerro aceptado; en lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo impugnado; y, **4)** En razón de lo previsto en el artículo 273 numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos, al no haberse demostrado que la Dra. Patlova Guerra Guerra, Dr. Alejandro Leopoldo Guerra Aispur, Dr. Luis Gerardo Mora Armijos y Dra. Elvia Noemí Santillán Bravo, como juezas y jueces del Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha dentro de la causa penal No. 307-92 por tráfico de drogas en contra de la actora, hayan actuado con dolo o culpa grave conforme se analizó en el considerando noveno de esta sentencia, se declara sin lugar la responsabilidad de las mencionadas juezas y jueces."*; por tanto el contenido de la sentencia es suficientemente explícito, claro e inteligible y no cabe duda respecto a la decisión adoptada, en consecuencia se rechazan las peticiones de aclaración y de ampliación formuladas por el Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, en tanto más que con dicha solicitud lo que pretende el recurrente es que se altere la sentencia al peticionar que nos pronunciemos respecto a la relevancia de la prisión preventiva dentro del caso tercero, la apreciación de las pruebas dentro del caso cuarto, y finalmente las consecuencias jurídicas por la errónea interpretación del artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto del caso quinto aceptado parcialmente por esta Sala Especializada, lo cual está vedado por la disposición contenida en el referido artículo 100 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.- El Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, firma por obligación legal, por haber emitido voto salvado.- **Notifíquese.**

f) Abg. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL.

III

Resolución Nro. 245-2018
Recurso de Casación Nro. 17811-2013-1795
Fecha: 26 de marzo de 2018

TEMA: El riesgo excepcional como fuente de responsabilidad objetiva del Estado.

SÍNTESIS DEL FALLO DE INSTANCIA

Carlos Tarquino Andrade, Pastora de Jesús Rosado Garrido, Carlos Fabián Andrade Rosado, Jessica Yessenia Andrade Rosado y Eric Danilo Andrade Rosado (menor de edad), comparecen ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, y demandan al representante legal de la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP y al Procurador General del Estado para que en sentencia se declare la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano por deficiencia en la prestación de servicios públicos y la consecuente reparación material estimada en $ 2'200.000,oo, más la reparación inmaterial con la provisión de asistencia psicológica permanente a todos los demandantes y su inclusión en la misión solidaria Manuel Espejo. Los actores de la causa expresan que las lesiones sufridas son consecuencia del cortocircuito provocado a su vehículo por unos cables de alta tensión que, según afirman, se encontraban a baja altura en el sendero por el que se dirigían al recinto San Pablo, jurisdicción cantonal de Valencia, provincia de Los Ríos.- La parte demandada se excepciona y sostiene, en lo principal, incompetencia del Tribunal a quo en razón del territorio y la materia, inexistencia de la responsabilidad extracontractual alegada, inexistencia del nexo de causalidad, falta de derecho, falta de legítimo contradictor e indebida acumulación de acciones.- El juez de instancia, al analizar los elementos que permiten configurar la responsabilidad objetiva del Estado, concluye que existe un daño o perjuicio, que no se han aportado elementos probatorios que permitan establecer el nexo causal, y que la imprudencia de Carlos Tarquino Andrade lo expuso junto con su familia a un riesgo innecesario, en cuya virtud rechaza la demanda.

SÍNTESIS CASACIÓN

Carlos Tarquino Andrade, en calidad de procurador común de los actores de la causa, con fundamento en la causal 3a. del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio propuesto por el recurrente en contra de la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP y del Procurador General del Estado. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que la forma en que el juez a quo enfoca el aspecto probatorio es incorrecto ya que debió percatarse que la categoría de la responsabilidad por riesgo no puede tener como exclusiva condición la falta o la deficiencia irregular del servicio público, sino que, en tratándose de la energía eléctrica da lugar también a la categoría de deficiencia del servicio público aunque no haya habido una conducta irregular por parte de la administración, pues se da efectivamente una responsabilidad sin falta como una teoría subsidiaria de aplicación excepcional; que en los casos de responsabilidad objetiva que tienen que ver con los tendidos de

energía eléctrica se estaría en casos especiales de responsabilidad por riesgo; que el hecho dañoso es imputable al propietario o administrador de la cosa entre la cual se presta y desarrolla la actividad lícita riesgosa, en el caso, la Corporación Nacional de Electricidad, y que la conducta del procurador común de los recurrentes fue coparticipada o sumada a la de riesgo de la administración, lo cual tiene efectos en la determinación de la responsabilidad y la indemnización. La Sala de Casación, sobre la base de lo expresado y considerando los daños sufridos por los accionantes que han generado incapacidad para el desempeño de sus actividades laborales o la disminución de su capacidad y los estimados por daño moral procede al cálculo del monto de las respectivas indemnizaciones de las que dispone determinados descuentos en razón de la coparticipación con su accionar en los hechos sucedidos y, sostiene, finalmente," … a efectos de que no haya confusión y se entienda correctamente el alcance del tercer inciso del numeral 9 del artículo 11, en relación con el inciso segundo, de la Constitución de la República es menester resaltar que el caso aquí tratado de responsabilidad objetiva del Estado tiene relación con una' deficiencia' en un servicio público teniendo como título de imputación el' riesgo excepcional', por la concreción del riesgo producido por cables de alta tensión en la conducción de energía eléctrica; y no se refiere como factor de atribución a ninguna' acción u omisión', con dolo o culpa grave, de funcionario o empleado alguno en el desempeño de sus cargos en la Corporación Nacional de Electricidad CNEL, EP."; en tal virtud, acepta el recurso interpuesto por equivocada aplicación del primero y segundo incisos del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República y condena al Estado ecuatoriano a través de la CNEL EP, o su sucesor en derecho, a pagar a los accionantes por todo concepto indemnizatorio la suma de $ 155.776,74.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17811-2013-1795
Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, lunes 26 de marzo del 2018, las 12h56.-

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 Resoluciones No. 1-2015 de 28 de enero de 2015 y No. 1-2018 de 26 de enero de 2018, nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Agréguese al expediente el escrito de 15 de febrero de 2018 presentado por CNEL EP. **D)** 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 que consta en el proceso, y 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 6 de febrero de 2017, 9h34, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio propuesto por los señores Carlos Tarquino Andrade, Pastora de Jesús Rosado Garrido, Carlos Fabián Andrade Rosado, Jessica Yessenia Andrade Rosado y Eric Danilo Andrade Rosado, en contra del representante legal de la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP y del Procurador General del Estado, se resolvió que: *"En virtud de lo expuesto, y sin que sea necesario la formulación de otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza la demanda*

presentada por Carlos Tarquino Andrade; Pastora de Jesús Rosado Garrido; Carlos Fabián Andrade Rosado; Jessica Yessenia Andrade Rosado; y, Eric Danilo Andrade Rosado en contra del ingeniero Wadih Daher Nader, representante de la CNEL EP; y en contra del Procurador General del Estado.". **SEGUNDO.-** El señor Carlos Tarquino Andrade, en su calidad de procurador común en esta causa, presenta su recurso de casación y arguye que: *"4. (…) El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, ha valorado deficientemente o incluso y más grave aún, no ha valorado prueba que era contundente para demostrar la responsabilidad del Estado en los hechos narrados en la demanda. Es así que la confesión judicial rendida por el compareciente, el Tribunal la valora extrayendo partes aisladas y descontextualizando cómo sucedieron los hechos, violentando de esta forma la sana crítica y la valoración conjunta que se debe hacer de la prueba, que exige el mismo Art 115 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, el Tribunal yerra en dar valor probatorio a documentos que ni siquiera fueron agregados como prueba, como es el caso de la denuncia presentada ante la Vicepresidencia de la República, que si bien forma parte de los autos, no fue agregada como prueba ni por parte de la actora ni de la demandada. Por lo tanto, es un absurdo jurídico detenerse a analizar o contrarrestar los hechos descritos en dicha denuncia con los de la demanda principal. El Tribunal sí se da tiempo para analizar prueba que no fue aportada por las partes, como en el inciso anterior, pero no para valorar la prueba testimonial agregada por nuestra parte, la inspección judicial o las fotografías; donde analizadas en conjunto llevan a la conclusión que el camino donde se produjo el accidente era usado por las personas para dirigirse al Recinto San Pablo, que era costumbre de los moradores del sector hacerlo por ese lugar; de tal forma que la misma Municipalidad de Valencia y la Prefectura de Los Ríos lo usa como camino improvisado para la extracción de material pétreo. Hay infracción de las reglas de la sana crítica (compuestas de la lógica y la experiencia) debido a que el Tribunal acepta que en ese camino está bien que circulen volquetes, pero le parece extraño e imprudente que circule un camión incluso más pequeño que una volqueta. Pero la víctima no tenía por qué saber que se trataba de un cable de alta tensión, ni tenía por qué conocer que el contacto podría haberle causado daño. En segundo lugar, la víctima tenía que retirarse del lugar y no había otro camino para hacerlo, pues debía retornar a su hogar por la única vía posible, así que no es razonable lo que sostiene el tribunal acerca de que "no tenía la obligación de hacerlo". Que dicha prueba también lleva a la irrefutable conclusión de los cables de energía eléctrica estaban deficientemente instalados por parte de la CNEL EP, en la medida en que si dicho camino era usado de manera improvisada por el Municipio de Valencia y la Prefectura de Los Ríos, el riesgo era latente de que en algún momento se iba a producir un lamentable accidente como ha ocurrido en el presente caso… El Tribunal someramente y de manera escueta, se detiene a analizar las supuestas inconsistencias en lo relatado en la demanda (acerca de si iba o venía del Recinto San Pablo, o la hora en que lo hicimos, o peor aún si el vehículo era de una u otra placa), de manera tal que resulta desconcertante que lo haya contrastado con la denuncia presentada ante la Vicepresidencia de la República (que no fue agregada como prueba por las partes), o con un análisis aislado de una parte de la confesión judicial rendida por el compareciente. Tanto el nexo causal o vínculo de causalidad está demostrado sino fuera porque el Tribunal no valoró en conjunto la prueba aportada, de ahí que es evidente y lógico que por la negligencia de la CNEL EP se produjo este lamentable hecho, la deficiente prestación de servicios públicos. Si el Tribunal se quedó en el análisis superficial de los hechos, en ningún momento llegó al fondo del asunto, es decir, si estuvieron o no bien instalados los cables de energía eléctrica por parte de la CNEL EP. Mas, se detiene a considerar de manera errónea que fue el compareciente el que actuó con imprudencia al haber cruzado el río con su familia, cuando es el mismo Tribunal el que acepta que la misma Municipalidad de Valencia o la Prefectura de Los Ríos usa volquetas para cruzar por ese camino y extraer material pétreo, cuando el compareciente usaba su camión que es más pequeño que un volquete…".* **TERCERO.-** Mediante auto de 7 de julio de 2017, 15h41, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Tarquino Andrade en su calidad de procurador común en esta causa, con amparo en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil , lo que ha ocasionado una falta de aplicación de los artículos 11 numeral 9, 85 numerales 1 y 2, 215 numeral 3 y 341 de la Constitución de la República del Ecuador. **CUARTO.-** La sentencia impugnada se menciona que: *"NOVENO.- Entrando en análisis, cabe delimitar el problema puesto en conocimiento de este Tribunal, así tenemos que de la lectura de la demanda presentada por el señor Carlos Tarquino Andrade, en calidad de procurador común de su cónyuge y sus*

hijos, se advierte que su pretensión se constriñe a que se declare al Estado ecuatoriano, a través de la Corporación Nacional de Electricidad S.A. (CNEL) Regional Guayas Los Ríos, como responsable de los daños sufridos al accionante y su familia por una supuesta "deficiencia en la prestación de servicios públicos". La supuesta deficiencia exigida al Estado ecuatoriano, guarda relación con los hechos sucedidos el día domingo 07 de junio de 2009, cuando a decir del accionante, el vehículo en el que se transportaba junto a su familia, impactó un cable de alta tensión que se encontraba a baja altura, produciéndose terribles daños a él y su familia… DÉCIMO TERCERO.- De la revisión de los recaudos procesales, y tomando en cuenta los elementos para determinar la responsabilidad objetiva del Estado, detallados en el considerando anterior, tenemos que respecto al primer elemento, esto es, que se haya producido un daño o perjuicio, se advierte lo siguiente: 13.1.- Consta de fojas 142 a 225 de los autos, la Historia Clínica No. 11227248 del Hospital Luis Vernaza, ubicado en la ciudad de Guayaquil, correspondiente al paciente ANDRADE ROSADO CARLOS FABIÁN, estableciéndose en el documento denominado ADMISIÓN: INGRESO Y EGRESO constante a fojas 142 de los autos como fecha de ingreso el 08 de junio de 2009, a las 04:55:39 horas por emergencia, y como diagnóstico de admisión lo siguiente: "Traumatismos, envenenamientos y algunas otras consecuencias de Quemaduras y corrosiones de múltiples regiones del cuerpo y las no Quemadura y corrosión, región del cuerpo no especificada T30.0 Quemadura de región del cuerpo y grado no especificados PACIENTE MASCULINO QUE ACUDE POSTERIOR A QUEMADURA ELLECTRICA (sic)"; en el mismo documento se indica que el egreso es el día 05 de agosto de 2009, en el casillero de información denominado DIAGNÓSTICO: Enfermedad Principal, se señala lo siguiente: "Quemadura Eléctrica 2%"; en el casillero de información denominado Enfermedad (es) Asociada (s) se señala lo siguiente: "Ninguna"; en el casillero denominado TRATAMIENTO, se ha establecido lo siguiente: "Injerto + Amputación". 13.2.- De fojas 226 a 288 de los autos consta la Historia Clínica No. 11227246 del Hospital Luis Vernaza, ubicado en la ciudad de Guayaquil, correspondiente a la paciente ROSADO GARRIDO PASTORA DE JESÚS, estableciéndose en el documento denominado ADMISIÓN: INGRESO Y EGRESO constante a fojas 226 de los autos como fecha de ingreso el 08 de junio de 2009, a la 01:02:38 horas por emergencia, y como diagnóstico de admisión lo siguiente: "Traumatismos, envenenamientos y algunas otras consecuencias de Quemaduras y corrosiones de múltiples regiones del cuerpo y las no Quemadura y corrosión, región del cuerpo no especificada T30.0 Quemadura de región del cuerpo y grado no especificados PCT QUE CONSULTA POR QUEMADURA ELÉCTRICA TRANSFERIDO DEL QUEVEDO"; en el mismo documento se indica que el egreso es el día 23 de julio de 2009, en el casillero de información denominado DIAGNÓSTICO: Enfermedad Principal, se señala lo siguiente: "Quemadura Eléctrica 12% SCQ"; en el casillero de información denominado TRATAMIENTO, se ha establecido lo siguiente: "Injerto de Piel". ***13.3.-*** *De fojas 303 a 322 vta. consta la Historia Clínica No. 261551 del Hospital Quevedo correspondiente a JESSICA ANDRADE ROSADO, y a fojas 320 consta certificado emitido por el doctor Marx Montes Zavala, médico tratante del Hospital Área de Salud 2 Quevedo, quien señaló lo siguiente: "Que según historia clínica 261551 de la señora JESSICA ANDRADE ROSADO de 19 años de edad ingreso (sic) en esta Unidad de Salud por el Servicio de Emergencias el 7 de junio de 2009 a las I6h40, siendo hospitalizada por presentar: QUEMADURA ELÉCTRICA DE 2 GRADO. Paciente egresa el 11 del mismo mes y año. ". 13.4.- A fojas 110 de los autos consta certificación emitida por la señora Esther Peralta Coello, en calidad de Servidor Público 2 del Hospital Área de Salud 2 Quevedo, en el que señala que: "… el señor, CARLOS TARQUINO ANDRADE de 43 años de edad fue atendido en esta Unidad de Salud por el Servicio de Emergencias el 7 de junio de 2009 a las 176h40, por presentar QUEMADURA ELÉCTRICA…'. 13.5.- De las pruebas referidas, se puede apreciar que existe un daño o perjuicio por ''quemaduras eléctricas" producidas el día 07 de junio del año 2009 a los ciudadanos Carlos Tarquino Andrade, Pastora de Jesús Rosado Garrido, Carlos Fabián Andrade Rosado y Jessica Yessenia Andrade Rosado; más no existe prueba alguna que demuestre que el menor (a la fecha de presentación de la demanda) Eric Danilo Andrade Rosado haya sufrido daño o perjuicio alguno. DÉCIMO CUARTO.- Respecto al segundo elemento para que se configure la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, esto es, que se dé un nexo causal entre el agente público y el resultado lesivo; se tiene que considerar que el nexo causal debe demostrar indudablemente la actuación directa del Estado, delegatario, concesionario, o todo aquel que actúe en nombre del Estado y ejercite una potestad pública con el daño sufrido por el demandante. En la especie, del acervo probatorio se evidencia lo siguiente:*

14.1.- En los fundamentos de hecho del libelo (fojas 5 vta.), el accionante señala textualmente lo siguiente: "El día domingo 7 de junio del año 2009 aproximadamente a las 15h30, nos trasladábamos en familia al Recinto San Pablo, jurisdicción cantonal de Valencia, provincia de Los Ríos, conduciendo el vehículo Marca FORD; de placas GEZ-0994, por un camino vecinal que es atravesado por un río, que se encontraba seco en ese momento, el cual procedimos a cruzarlo tomando las debidas precauciones. Sin embargo, unos cables de energía eléctrica de alta tensión que se encontraban prácticamente guindados a muy baja altura y que proveen de luz eléctrica al Recinto San Pablo, rozaron los tubos del cajón del vehículo que conducía y ocasionó un corto circuito electrocutando el automotor. Debido a esto, el vehículo comenzaba a incendiarse cuando todavía estaban dentro de la cabina del automotor, la esposa señora Pastora Rosado Garrido y sus hijos Carlos Fabián, Jessica Yesenia y Eric Danilo Andrade Rosado. En esa desesperación por salvar a la familia, Carlos Tarquino Andrade se valió de una caña y con ésta logró desprender los cables que se encontraban enredados en el vehículo". De acuerdo a lo referido, el accionante considera que el Estado ecuatoriano, a través de la Corporación Nacional de Electricidad S.A. CNEL Regional Guayas Los Ríos, por ser la entidad responsable del suministro de energía en el sector donde habrían ocurrido los hechos materia del juicio, es responsable de los daños y perjuicios causados al accionante y su familia; puesto que el cable de alta tensión que provee energía eléctrica al Recinto San Pablo no se encontraba a una adecuada altura… 14.4.- A fojas 331 de los autos consta la confesión judicial rendida por el accionante Carlos Turquino Andrade el día 02 de octubre de 2014, quien a la pregunta TERCERA, respondió lo siguiente: "a lo que yo entraba a un islote grande, el cable estaba siquiera a unos 4.50 mts. de alto, no había ningún tropiezo de nada, pasé y nos bañamos, lavamos el carro y también pescamos, y no paré la marcha del vehículo porque el cable estaba normal en la parte superior, a lo que regreso y el cable se encontraba parece a la misma altura pero con la calor del día el cable parece que se dilata) hecho una batea por la largura del cable tendido en el río ah '(sic) es el momento que el acero contra la electricidad le absorbe y hace chispas... "… 14.6.- De las pruebas referidas se advierten serias inconsistencias y contradicciones en los hechos sucedidos el 07 de junio del año 2009, tales como: A) En la demanda, el actor manifiesta que el 07 de junio a eso de las 15h30, como un acto de diversión se trasladaba con su familia al Recinto San Pablo, por un camino vecinal que es atravesado por un río; los mismos hechos son relatados en la denuncia presentada por el accionante ante el Comisionado Provincial del Defensor del Pueblo de los Ríos con sede en la ciudad de Quevedo; mientras que, en la denuncia presentada a la Vicepresidencia de la República, el actor sostiene que aproximadamente a las 11h00 se trasladó al Recinto San Pablo, que para ello utilizó un camino abierto por el Municipio de Valencia, el cual se usa como vía de verano y para la extracción de material por parte del Municipio de Valencia; manifiesta el actor que usó dicha vía, por cuanto el camino vehicular en ese día se habría encontrado obstaculizado; luego manifiesta que permaneció en el Recinto San Pablo hasta las 15h30 o 16h00 aproximadamente, y que al regreso utilizó la misma vía. Por otra parte, en la confesión judicial rendida por el actor, manifiesta que se movilizó al Recinto San Pablo a través del Río San Pablo, que al momento de cruzar el río no tuvo inconvenientes, pero que de regreso por el mismo camino fue cuando sucedió el incidente. Por último, en la diligencia de Inspección Judicial, el actor sostiene que no se trasladó al Recinto San Pablo, por cuanto era domingo y que no tenía ninguna actividad que cumplir en ese lugar, y que se ha quedado en el sitio del accidente por cuanto es turístico y además procedió a lavar el vehículo en el que se transportaba junto a su familia. De todo lo anotado, se infiere que no existe claridad en los hechos relatados por el propio actor, ya que en la demanda sostiene hechos diferentes y contradictorios frente a las diligencias procesales practicadas dentro del juicio, así como en denuncias presentadas ante la Defensoría del Pueblo y Vicepresidencia de la República. B) En la demanda señala el accionante que conducía un vehículo Marca FORD de placas GFZ-0994; mientras que, en la denuncia ante el Comisionado Provincial del Defensor del Pueblo, sostuvo que el día del percance conducía un vehículo Marca FORD de Placas GFX-0994; por otra parte, en el documento remitido a la Vicepresidencia de la República, indicó que conducía un camión bananero marca FORD, placas GFX-0994, de propiedad del señor Edison Canchignia Peñaherrera... De lo señalado, se advierte que no existe certeza de las características del vehículo en el que se transportaban, y en el cual se produjeron los daños al accionante y su familia; se evidencian contradicciones como las placas del vehículo que no concuerdan en las exposiciones efectuadas por el accionante. Así mismo debe considerarse que en varias ocasiones se solicitó por parte de este Tribunal la exhibición del vehículo con el objeto de verificar sus características, altura, modelo, etc; que permitan al

Tribunal tener mayores elementos probatorios, sin que haya sido posible. DÉCIMO QUINTO.- Se debe tener en consideración que el nexo causal no admite presunciones, puesto que el mismo debe ser probado en todos los casos por el actor, sin interesar el factor de atribución que se impute al Estado (falta de prestación o deficiencia del servicio, acción u omisión, etc.); el nexo de causalidad es un elemento autónomo del daño y del fundamento que no admite ningún tipo de presunción como sí lo hace la culpa o la falla, esta es la diferencia con la responsabilidad subjetiva, en la que la culpa y la falla deben ser valoradas subjetivamente para establecer los motivos de la conducta dañosa... Queda dicho entonces que el nexo causal indudablemente debe ser probado para determinar la responsabilidad del Estado, puesto que es la relación entre el daño causado con la actuación o conducta del agente público. En el caso que nos ocupa, los hechos descritos en el considerando anterior generan varias inquietudes y dudas en el Tribunal, puesto que existen contradicciones y objeciones respecto a los hechos relatados por el propio accionante, los cuales no permiten establecer con claridad cómo sucedieron los hechos de aquel domingo 09 de junio de 2009, así como tampoco permiten establecer con certeza la responsabilidad del agente público en aquellos hechos...; en la especie, el accionante no ha aportado con elementos probatorios que permitan establecer el nexo causal entre el daño o perjuicio sufrido y la actuación del agente público, puesto que las pruebas que constan en el proceso son contradictorias respecto a los hechos sucedidos y no aportan con certeza la realidad fáctica que demuestre que efectivamente la CNEL EP de Los Ríos es la responsable por el accidente sufrido por el accionante, ya que ni siquiera se puede establecer con seguridad las circunstancias en las que sucedieron los hechos.". **QUINTO**.- Primeramente es necesario tener en cuenta que el Estado comprometería su responsabilidad, por ejemplo, cuando en la prestación de un servicio legítimo en favor de la comunidad, los medios que utiliza pueden colocar a los ciudadanos en una situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional, que por su gravedad superan ostensiblemente las cargas que usualmente deben soportar los miembros de la colectividad como contrapartida de los beneficios que proceden de la prestación del servicio público, como sucede precisamente en los casos de generación, conducción, distribución y comercialización de energía eléctrica, por ser estas actividades indudablemente riesgosas y pueden causar a las personas daños considerablemente superiores a los que normalmente deben sobrellevar los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de las actuaciones del Estado, desequilibrándose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas o rompiendo la equidad. **SEXTO**.- Todo lo que tiene que ver con cables de alta tensión de energía eléctrica constituye una actividad peligrosa por sí misma, y fácilmente puede romper el equilibrio existente al colocar a las personas ante un posible riesgo inminente de recibir una lesión, desbordando la capacidad de previsión o resistencia usual de las personas de todas las posibles circunstancias que pueden acaecer, como es el caso de los cables de alta tensión de fluido de energía eléctrica, situaciones en las cuales no se puede perder de vista que al ser un peligro de tipo indeterminado debe ser analizado por el juez o tribunal conforme las circunstancias del caso acaecido. **SÉPTIMO**.- Mal pueden, por tanto, los jueces distritales pedir, como lo hacen en el considerando décimo quinto de su sentencia, en un caso como el que nos ocupa, absoluta claridad en cómo sucedieron los hechos, y una certeza de la responsabilidad del agente público en aquellos hechos, y que en definitiva el procurador común demuestre con certidumbre la realidad fáctica ocurrida en tal aciago día y momento, en que los cables de alta tensión entraron en contacto con el vehículo en que circulaba el señor Carlos Tarquino Andrade con su familia, sin que esa certeza fáctica de cómo sucedieron los hechos sea realmente relevante en este caso para constatar que el daño sufrido sí se produjo en directa relación causal con los cables de alta tensión de energía eléctrica, tal como se refiere en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de la sentencia impugnada antes transcrita. **OCTAVO**.- Por tanto, la forma en que los jueces distritales enfocan el aspecto probatorio en esta causa resulta incorrecto, pues debieron percatarse que la categoría de la responsabilidad por riesgo no puede tener como exclusiva condición la falta o la deficiencia irregular del servicio público, sino que teniendo en cuenta los altos desarrollos de la tecnología, como es el caso de la energía eléctrica y sus diferentes manifestaciones que van desde su generación hasta su comercialización, dan lugar también a la categoría de la deficiencia del servicio público aunque no haya habido una conducta irregular por parte de la administración, pues se da efectivamente una responsabilidad sin falta como una teoría subsidiaria de aplicación excepcional teniendo en cuenta el caso concreto. **NOVENO**.- Un caso típico de responsabilidad por riesgo dentro

de la responsabilidad objetiva estatal es aquel que se produce cuando se da la concreción del riesgo, y por tanto el daño, como consecuencia de la generación, conducción, distribución o comercialización de energía eléctrica, tales situaciones dan lugar indudablemente a un riesgo excepcional para las personas, a pesar de las previsiones que lleguen a darse. Por ejemplo, la jurisprudencia comparada actual insiste en el punto: "Ahora bien, en criterio de la Sala, si bien no existe una prueba idónea y suficiente que demuestre que el ramal monofásico que atraviesa el sector donde se produjo el accidente se encontraba averiado o en defectuoso funcionamiento, lo cierto es que de manera independiente a ello, por ser una actividad riesgosa (esto es la generación, distribución y comercialización de energía eléctrica), el caso *sub lite* debe analizarse —según se consideró anteriormente—, bajo la perspectiva del régimen objetivo ele responsabilidad, cual es el de riesgo excepcional. Así pues, concluye la Sala que la descarga eléctrica que produjo el daño que originó la presente acción tuvo su origen en las redes eléctricas de propiedad de la EPM, toda vez que simultáneamente a las lesiones corporales producidas al demandante y a toda la red eléctrica de su residencia, también se ocasionaron daños a varios electrodomésticos de los residentes del sector, lo cual permite descartar que el daño se hubiere originado por la caída de un rayo sobre el demandante, o que hubiere sido producido por un cable coaxial de televisión que supuestamente sujetaba el actor al momento del accidente. Así las cosas, concluye la Sala que el daño se produjo como consecuencia de la concreción o materialización del riesgo excepcional, traducido en la actividad de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, por parte de la entidad demandada, la cual, pese a que es una actividad lícita del Estado, somete a los ciudadanos, por regla general, a un riesgo excepcional y que, por lo tanto, podría llegar a generar perjuicios, tal y como aconteció en el presente asunto. Ciertamente, fue precisamente la energía transportada por EPM, la que desencadenó el hecho dañoso por cuya indemnización se demandó, circunstancia por la cual no es posible aceptar que la entidad demandada se pueda desprender de la responsabilidad; por consiguiente, forzoso resulta concluir que el hecho dañoso es imputable al propietario de la cosa mediante la cual se presta y desarrolla esa actividad, esto es las Empresas Públicas de Medellín —EPM—". Enrique Gil Botero, *Tesauro de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, tomo 5, volumen 2, *Jurisprudencia 2012-2014* –sentencia de 9 de abril de 2014- (Bogotá: Temis S.A., 2015), 281. **DÉCIMO**.- Se debe tener en cuenta en estos y casos similares que: "Las quemaduras son las lesiones más comunes, no mortales, relacionadas con las descargas eléctricas. Puede haber tres tipos de quemaduras causadas por la electricidad: *quemaduras eléctricas, quemaduras por arco eléctrico y quemaduras por contacto térmico.* Las quemaduras eléctricas se pueden producir cuando una persona toca un cableado o un equipo eléctrico que no se usa correctamente o no tiene un mantenimiento adecuado. Generalmente, estas quemaduras ocurren en las manos. Las quemaduras eléctricas son una de las lesiones más graves que se pueden sufrir. Se deben atender en forma inmediata. Además, se puede prender la ropa y ocasionar una quemadura térmica debido al calor del fuego. Arco eléctrico.- Los arcos eléctricos se producen cuando corrientes poderosas de alto amperaje forman un arco en el aire. La formación del arco es la descarga eléctrica luminosa que ocurre cuando hay voltajes altos en el espacio entre dos conductores y la corriente se traslada por el aire. Esta situación generalmente sucede cuando hay una falla en el equipo debido al abuso o desgaste. Algunos arcos eléctricos han alcanzado temperaturas de hasta 35.000°F. Un ejemplo común del arco eléctrico es el fogonazo que a veces se ve al apagar o encender el interruptor de luz. Esto no es peligroso porque es de bajo voltaje. Hay tres peligros principales asociados al arco eléctrico. 1.- El arco eléctrico emite radiación térmica (calor) y luz intensa, lo que puede causar quemaduras. Varios factores afectan la gravedad de la lesión, como el color de la piel, el área expuesta y el tipo de ropa que la persona lleva puesta. La ropa adecuada, tomar distancia y los dispositivos de protección adecuados contra la sobrecogiente pueden reducir el riesgo de tales quemaduras. 2.- Un arco de alto voltaje puede producir una explosión de una onda de presión considerable. Una persona que se encuentra a 2 pies de distancia de un arco de 25.000 amp siente un impacto de casi 480 libras de fuerza en el frente del cuerpo. Además, una explosión de tal magnitud puede causar un grave daño auditivo y pérdida de la memoria debido a la conmoción cerebral. En ocasiones, la onda de presión expulsa a la víctima fuera del arco eléctrico. Si bien esto puede reducir una mayor exposición a la energía térmica, puede ocasionar graves lesiones físicas. La onda de presión puede propulsar objetos grandes a grandes

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

distancias. En algunos casos, la onda de presión tiene la fuerza suficiente como para desprender la cabeza de los tomillos de acero y derrumbar muros. 3.- Un arco de alto voltaje también puede fundir muchos de los componentes de cobre y aluminio de los equipos eléctricos. La onda de presión pueden enviar estas gotitas de metal derretido a grandes distancias. Si bien las gotitas se endurecen con rapidez, todavía pueden estar lo suficientemente calientes como para causar quemaduras graves o prender fuego a la vestimenta común, aunque la persona se encuentre a 10 pies o más de distancia. Pueden generarse quemaduras térmicas si ocurre una explosión cuando la electricidad enciende una mezcla de material explosivo en el aire. Esta ignición puede ocurrir como resultado de la acumulación de vapores, gases o polvos combustibles. Las normas de la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA), de la Asociación Nacional de Protección contra Incendios (NFPA) y otras normas de seguridad, establecen requisitos de seguridad precisos para la operación de sistemas y equipos eléctricos en áreas peligrosas como las mencionadas. La ignición también puede ser causada por el sobrecalentamiento de conductores o equipos o por arcos eléctricos normales en los contactos de interruptores o disyuntores.". (*Seguridad Eléctrica*, www.cdc.gov/spanish/niosh/docs/2009). **UNDÉCIMO**.- Tienen relevancia para el caso que nos ocupa, el artículo 11 numeral 9 primero y segundo inciso de la Constitución de la República que dice: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos….". El artículo 85 numeral 1 ibídem dispone: "La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.". El artículo 341 ibídem dice: "El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución…". El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil disponía que "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,…". La doctrina ha señalado que: "2) Porque la apreciación probatoria es materia que, por lo general, no gusta a los jueces de la Casación, que tienden al examen de las hipótesis en que se haya desconocido o vulnerado las normas jurídicas sin abordar, en sí mismo, nada ajeno a la condición de *"normas"* o principios de derecho.... si bien es cierto que la Casación debe ceñirse al control del derecho, tal premisa no ha de extremarse ante un desafortunado juicio de hecho... Hemos buscado un adecuado punto de equilibrio, un registro Intermedio: en general un *no* a los hechos, pero *"si"* a su examen y consideración cuando el desvío de lo juzgado, por caso, en el núcleo de la prueba, tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios ha llevado ha resultados insostenibles *(absurdo y/o arbitrariedad),* desvirtuándose el sentido de la misma, supuestos en que la revisión deviene insoslayable para que la solución jurídica sea correcta y, a cabo, también justa." (Morello, Augusto M., La Casación un modelo intermedio eficiente, Edit. Abeledo Perrot, 2da. ed., Buenos Aires-Argentina, Págs. 32-36.). Como ya se mencionó en esta sentencia, el tribunal de instancia analiza la prueba en el presente caso de una manera equivocada con relación al artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, pues entre los factores de atribución, deben entenderse que lo usual es que la deficiencia en la prestación de un servicio público provenga de un actuar irregular de la administración, que es el caso más usual contemplado en el mencionado artículo, pero los jueces distritales no se percatan en su análisis de que se puede dar también el caso, aunque ciertamente es menos usual, de que la deficiencia en la prestación del servicio público tenga su origen en un actuar regular o lícito de la administración pública, pues hay ocasiones en que ésta debe responder por daños causados en una actividad plenamente legitima, que sería el caso de responsabilidad por riesgo; pues es preciso analizar el presente caso no con el enfoque de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por el riesgo excepcional, que debe tomar en cuenta los

principios de equidad y solidaridad que busca dar solución a la reparación de perjuicios ocasionados con la prestación del servicio público de energía, que la mayoría de las veces no encuentra en su origen ninguna falla del servicio, ni en la "culpa exclusiva" de la víctima, sino que en muchas ocasiones una gran dosis de azar y concausas desconocidas (arcos eléctricos) están presentes para producir tales accidentes. **DUODÉCIMO**.- Por lo cual en los casos de responsabilidad objetiva que tienen que ver con los tendidos de energía eléctrica se estaría en casos especiales de responsabilidad por riesgo, donde la institución pública que es la propietaria y/o administradora y encargada del mantenimiento de las redes, no puede sustraerse de su responsabilidad, sino únicamente por fuerza mayor que debe ser probada por la institución estatal, en este caso la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP, quien para evitar su responsabilidad debió probar que el desafortunado evento que nos ocupa fue consecuencia de un imprevisto que no fue posible resistir, como son usualmente en estos casos aquellos producidos por la naturaleza, como fenómenos naturales de efectos catastróficos como terremotos, erupciones, inundaciones u otros semejantes; pues cuando el daño se produce con ocasión de actividades especialmente peligrosas, el criterio del riesgo, implícito en el funcionamiento normal de los servicios de redes y tendidos de energía eléctrica, solo pueden excluir la responsabilidad de la institución pública en situaciones externas de fuerza mayor. **DÉCIMOTERCERO.-** Al respecto, autorizada doctrina nos enseña que: "El riesgo creado por la administración como título de imputación: El artículo 139.1, LRJPA, impone a la Administración la obligación de indemnización cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal de los servicios. Aun sin darse ninguno de los supuestos dc anormalidad en la actividad, si ésta ocasiona perjuicios, también deben ser indemnizados. Y aun cuando no existiese actividad y el daño se hubiese producido como consecuencia de un hecho acaecido en una situación creada por la Administración. Se trata -dice S. Royo-Villlanova- de daños excepcionales derivados de peligros o riesgos que ocasiona la actividad administrativa, como, por ejemplo: la explosión de un polvorín o de un buque de guerra; la herida sufrida por un transeúnte a consecuencia de la explosión de un depósito de gas del Ayuntamiento, etc… en el artículo 1105 del Código Civil se establece una regulación omnicomprensiva de ambos supuestos, en la que se exige, como señala el precepto, que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables. La distinción es de origen doctrinal y jurisprudencial poniendo su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad -fuerza mayor-, o en la previsión y evitabilidad -caso fortuito-, o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor -fuerza mayor-, o en el ámbito interno -caso fortuito-… La doctrina científica se ha esforzado por clarificar la distinción, sobre todo ante la relevancia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, al excluir sólo "los casos de fuerza mayor" y no los accidentes de carácter fortuito (S. 9 diciembre 2004, RJ 2005, 802), habiéndose rechazado el requisito de la "exterioridad" para que pueda hablarse de fuerza mayor. Pues -se dice- "la fuerza mayor es sencillamente un acontecimiento imprevisible o previsible pero irresistible que tiene virtualidad exoneradora en virtud de lo establecido en los artículos 106.2, CE, y 139.1, LRJPA; pero cuando el daño se produce con ocasión de actividades especialmente peligrosas, el criterio del riesgo, ínsito en la expresión funcionamiento normal, modula esa definición, incorporando el requisito de la exterioridad". Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 7ed., (Pamplona: Civitas / Thomson Reuters, 2015), 494, 522, 524. **DÉCIMOCUARTO**.- Por tanto es necesario concluir que el hecho dañoso es imputable al propietario y/o administrador de la cosa entre la cual se presta y desarrolla la actividad lícita riesgosa, en este caso a la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP, en la medida en que el daño se dio a causa de la concreción del riesgo que implica la generación de energía eléctrica por parte de la entidad mencionada. Al respecto, resulta interesante tener en cuenta jurisprudencia comparada (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia) que nos ilustra al respecto: "En conclusión, en el caso concreto el deber de reparación se radica en cabeza de la entidad demandada y, consecuencialmente, en la llamada en garantía, en la medida en que el daño se produjo a causa de la concreción del riesgo que implica la generación y el transporte de energía por las Empresas Municipales de Cali EMCALI, sin que sea admisible esgrimir y/o aceptar como eximente de responsabilidad la causal consistente en el caso fortuito. Por otro lado, como se aprecia, en el caso que ahora ocupa la atención de

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

la Sala ninguna de las entidades vinculadas al proceso (demandada y llamada en garantía), demostró que el hecho se debiera a la culpa exclusiva de la víctima; por el contrario, las pruebas allegadas conducen a afirmar que el daño tuvo origen en la estructura —es decir en las redes eléctricas—, esto es en la actividad que por sí misma es riesgosa, toda vez que se trata del flujo de energía eléctrica de grandes voltajes…En ese contexto, para la Sala se impone confirmar la providencia apelada, por cuanto —se insiste—, la conducción de energía es una actividad peligrosa y, por consiguiente, cualquier tipo de daño que se produzca a partir de la misma debe ser indemnizado con base en la teoría del riesgo excepcional." Enrique Gil Botero, ibídem -sentencia de 26 de enero de 2013-, 277.

DÉCIMOQUINTO.- Ahora bien, no pasa desapercibido para esta Sala Especializada, que la conducta del procurador común, señor Carlos Tarquino Andrade, fue coparticipada o sumada a la de riesgo de la administración. La sentencia distrital impugnada menciona al efecto ciertos aspectos que deben ser tomados también en cuenta, cuando en la misma se menciona que: "*DÉCIMO SEXTO.- …debemos obligatoriamente referirnos a la conducta del ciudadano Carlos Tarquino Andrade en los hechos sucedidos el 07 de junio del año 2009, hechos que a pesar de ser contradictorios como expusimos en el considerando DÉCIMO CUARTO de este fallo, dejan claro un hecho, el cual se resume a continuación: A) Aquel día el accionante se encontraba manejando un vehículo (cuyas características han diferido de la variada prueba presentada y que ha sido detallada ut supra), el cual condujo por una vía que no era pública. De los recaudos procesales, se advierte que el camino por el cual el accionante condujo el vehículo, fue abierto por el Municipio del cantón Valencia exclusivamente para la extracción de material pétreo, material que es utilizado por dicha alcaldía para la realización de varias obras en el referido cantón. El accionante sostiene que utilizó dicha vía por cuanto la vía vehicular normal (y que es provista de un puente para circular a través del Río San Pablo) para llegar al recinto San Pablo se encontraba obstaculizada; es decir, el accionante tenía conocimiento que la vía utilizada aquel día no era una vía vehicular… Es evidente que el accionante expuso a su familia a un riesgo innecesario, puesto que el cable de alta tensión que ocasionó el accidente se encuentra sobre el cauce del río San Pablo, y la altura del mismo está diseñado para que no ocurran accidentes, pero el agente público no puede prever que por ese cauce circule un vehículo de grandes proporciones por cuanto no es una vía pública… De acuerdo a lo citado, se advierte que el camino utilizado por el accionante el 07 de junio de 2009 corresponde a un camino improvisado para la extracción de material pétreo por parte de la Prefectura de Los Ríos y por parte del Municipio de Valencia; es decir, no es una vía pública de circulación normal. De lo referido, resulta evidente que el recurrente actuó con imprudencia, que a decir de Cabanellas corresponde a la falta de precaución, así como la omisión de la diligencia debida; imprudencia que se advierte con lo señalado por el mismo actor en la diligencia de confesión judicial, ya que al responder a la segunda pregunta (fojas 331 de los autos) afirma que pasó por el cauce del río y miró que el cable de alta tensión se encontraba aproximadamente a 4.50 mts de altura, y que sin embargo del riesgo al encontrarse en un cauce de río por una vía que de ninguna manera es pública, y bajo un cable de alta tensión, lo atravesó para realizar actividades de distracción, exponiéndose junto con su familia a un riesgo innecesario, demostrando a todas luces imprudencia en esos hechos, puesto que no hubo coacción de ninguna manera, y no tenía obligación alguna para que circule por el cauce del Río San Pablo, hecho contrario a la lógica, más aun cuando para cruzar sobre el Río San Pablo en dirección al Recinto San Pablo existe un puente, al cual se lo accede a través del Recinto El Zapote (fojas 298 de los autos).* Lo cual tiene efectos para la responsabilidad y para la indemnización. Pues cuando en el concurso de conductas eficientes y adecuadas en la producción del daño se encuentra la de contribución de la propia víctima, por su exposición imprudente a sufrirlo, hay lugar a que el juez en la apreciación del daño la sujete a reducción. Ahora bien, la cooperación jurídica del perjudicado en el nacimiento o en la propagación del daño (concausa jurídica), no resulta determinante en casos de riesgo excepcional como ya se ha explicado, pero sí debe tenerse en cuenta para fijar la indemnización, pues resulta también evidente que el accionante en el lugar y tiempo del percance se encontraba manejando un vehículo por un camino improvisado para la extracción de material pétreo por parte de la Prefectura de Los Ríos y por parte del Municipio de Valencia, no era por tanto una vía pública de circulación normal, caso en el cual la responsabilidad objetiva estatal disminuye, pues los controles que debía realizar la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP sobre los postes y cables de energía eléctrica no son los mismos que lo haría en una vía de circulación normal en una ciudad, como

calles o avenidas, más aún si aquellos van sobre las veredas en una ciudad; sin que sea viable que el procurador común, quien además era chofer de profesión, pueda simplemente argüir que no tenía por qué saber que se trataba de un cable de alta tensión y que el posible contacto con el mismo podría haberle causado daño como lo afirma en su recurso de casación, pues es sobradamente conocido por cualquier conductor con un mínimo de experiencia qué debe prestar más atención y precaución que la habitual cuando maneja un "camión incluso más pequeño que una volqueta", y por tanto más alto de lo normal, y hay cables de energía eléctrica en la zona que cruzan el camino por donde se circula. **DÉCIMOSEXTO**.- Como la doctrina acertadamente menciona: "La responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, que impone una consideración y tratamiento muy prudente, puesto que los extremos -por exceso o por defecto- en las soluciones que a todo nivel se adopten pueden aparejar graves perjuicios tanto para los particulares como para el propio patrimonio estatal. No se trata de culpar al Estado por todo; pero también es necesario que cuando se configuran los extremos que habilitan la procedencia de la responsabilidad estatal, se concrete la indemnización correspondiente, sin que se retacee en su aplicación, bajo el sortilegio de extrañas doctrinas. Sólo así se podrá hablar de la vigencia real de la seguridad jurídica que un Estado de Derecho exige. No se trata de que el Estado responda por cualquier hecho o acto dañoso que su actuación lícita produzca y que se transforme en una fuente de ingresos injustificada para los que pretenden medrar a costa de los dineros públicos. En este sentido, el Estado no es una pródiga empresa aseguradora de nuestros yerros aventurados (cuando no dolosos). Todos, los particulares y las empresas, debemos ser "maduros", responsables de nuestros actos y decisiones y saber asumir los riesgos y responsabilidades.". Gabriel Valbuena Hernández, *La Defraudación de la Confianza Legítima; aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado, (*Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 348-349. Efectivamente la responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, pues por un lado hay una responsabilidad objetiva de carácter extracontractual del Estado, de la cual evidentemente tiene que responderse conforme mandato constitucional; pero por otra parte tal indemnización a una persona o grupo de personas, no puede llegar al punto de que ésta se transforme, inversamente, en una carga insostenible no solo para la institución estatal que debe reconocer la indemnización, sino también, finalmente, para todo el conglomerado social que termina pagando tal indemnización de múltiples formas presupuestarias. La doctrina nos alerta también sobre esta posible anomalía: "Es tan amplio el cúmulo de funciones que el legislador encomienda a la Administración, y tales funciones son generadores de riesgos tan generalizados, que seguir profundizándose en la generosidad del sistema las partidas comprometidas en el pago de indemnizaciones consumirían un considerables porcentaje de los presupuestos generales de las administraciones públicas, impidiendo su empleo en la mejora de los propios servicios causantes de los daños". Gamero Casado, *El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual*, (España: Actualidad Jurídica Aranzadi, revista No. 426, 2000). **DECIMOSÉPTIMO**.- **17.1.-** En la demanda se menciona que como consecuencia del suceso, el señor Carlos Tarquino Andrade ha perdido su visión en casi un 90%, que tuvo quemaduras en el pie izquierdo, golpes en todo el cuerpo, así como daños en sus riñones, lo que le ocasionado someterse a diálisis. **17.2.-** Que la señora Pastora Rosado Garrido resultó con graves quemaduras en casi todo el cuerpo, brazos, manos, piernas, cintura, espalda. **17.3.-** que el señor Carlos Fabián Andrade Rosado sufrió la amputación de tres dedos de su mano derecha, e igualmente quemaduras en el cuerpo. **17.4.-** que Jessica Yessenia Andrade Rosado sufrió el dislocamiento del tobillo izquierdo y fractura de mandíbula. **17.5.-** que el menor Eric Andrade Rosado tiene dificultades con su visión. **17.6.-** Al respecto en el considerando décimo tercero de la sentencia distrital se menciona que: "*De las pruebas referidas, se puede apreciar que existe un daño o perjuicio por "quemaduras eléctricas" producidas el día 07 de junio del año 2009 a los ciudadanos Carlos Tarquino Andrade, Pastora de Jesús Rosado Garrido, Carlos Fabián Andrade Rosado y Jessica Yessenia Andrade Rosado; más no existe prueba alguna que demuestre que el menor (a la fecha de presentación de la demanda) Eric Danilo Andrade Rosado haya sufrido daño o perjuicio alguno.".* Con relación al Sr. Carlos Tarquino Andrade se menciona que presentaba quemadura eléctrica; que la señora Rosado Garrido Pastora De Jesús fue atendida por traumatismos, envenenamientos y algunas otras consecuencias de quemaduras y corrosiones de múltiples regiones del cuerpo con un diagnóstico

de quemadura eléctrica 12% necesitando un injerto de piel; que Carlos Fabián Andrade Rosado tuvo una quemadura eléctrica al 2%, necesitando injerto más amputación; que Jessica Andrade Rosado tuvo una quemadura eléctrica de 2 grado. **17.7.-** Se evidencia, igualmente, de fojas 417 a 420 del proceso, que el señor Carlos Tarquino Andrade tiene una deficiencia visual del 80% conforme lo certifica el Consejo Nacional de Discapacidades, y una insuficiencia renal crónica terminal que amerita tratamiento de hemodiálisis trisemanal, requiriendo de 36 a 38 sesiones trimestrales de diálisis, conforme lo certifica el servicio de nefrología del Hospital Eugenio Espejo. **DECIMOCTAVO**.- **18.1.-** Se considera que los accionantes son una unidad familiar, y que todos estuvieron presentes en el trágico acontecimiento aquí tratado, siendo el más afectado el padre de familia sobre el cual recaía la mayor parte del sustento familiar. **18.2.-** Respecto a la indemnización para el señor Carlos Tarquino Andrade, dado que sus lesiones corresponden a una incapacidad permanente y absoluta que por su naturaleza no le permitirán desempeñar una actividad laboral rentable el resto de su vida, amerita que se la calcule tomando en cuenta un salario básico unificado (SBU) actual de USD 386,00 desde junio 2009 en que ocurrió el percance antes descrito, hasta el mes de abril de 2030 fecha en que tendría 65 años, edad mayoritaria para la jubilación en el país, lo que da un total de 251 meses, que multiplicados por un SBU da un valor indemnizatorio de USD 96.886,00. **18.3.-** Respecto a la señora Pastora de Jesús Rosado Garrido, quien presenta una discapacidad física del 45% según la copia certificada de su carné de discapacidad otorgado por el CONADIS, que consta a fojas 129 del expediente de instancia, causándole una disminución de la capacidad para el trabajo, se toma tal porcentaje multiplicado por el número de remuneraciones que hubiese dejado de percibir desde la fecha del acontecimiento antes mencionado, hasta el mes de marzo de 2027 fecha en la que tendría 65 años, lo que da un total de 214 meses que multiplicados por un SBU le da un valor indemnizatorio de USD 37.171,80. **18.4.-** Con relación al señor Carlos Fabián Andrade Rosado, quien presenta una discapacidad física del 35% según la copia certificada de su carné de discapacidad otorgado por el CONADIS, que consta a fojas 129 del expediente de instancia, se le causa igualmente una disminución de su capacidad para el trabajo, por lo que para el cálculo de la indemnización se toma en cuenta tal porcentaje de discapacidad, multiplicado por el número de remuneraciones que dejó de percibir desde junio 2009 hasta el mes de marzo de 2054, fecha en la que tendría 65 años, lo que da un total de 538 meses que multiplicado por un SBU da un valor de USD 72.683,80. **18.5.-** Respecto a la señorita Jessica Yessenia Andrade Rosado y al menor Eric Andrade Rosado, no hay constancia de ningún grado de discapacidad, ni de daños físicos permanentes que ellos hayan sufrido; sin embargo, por la naturaleza del percance relatado y haber estado también ahí presentes, resulta evidente que sobrellevaron sufrimientos síquicos como gran angustia y ansiedad por los padecimientos de su padre en particular, como los de su madre y hermano también; por lo que amerita que se considere una indemnización para ellos, por daño moral, de un SBU desde la fecha del percance sufrido en junio de 2009 hasta el mes en que se dicta sentencia en el presente caso, lo que da un total de 106 meses que multiplicados por un SBU le da un valor de indemnización de USD 40.916,00 para ambos (USD 20.458,00 para cada uno). Se aclara que indudablemente los progenitores y el hermano ya mencionados sufrieron también angustia y ansiedad y otros problemas síquicos, pero en relación a ellos al haberse calculado una indemnización se considera que no amerita también incluir otra por daño moral, pues la ya calculada englobaría también en su monto el daño moral producido a criterio de este Tribunal. **18.6.-** Por lo dicho en el considerando decimoquinto de esta sentencia, se considera que el señor Carlos Tarquino Andrade coparticipó con su accionar en lo sucedido, por lo que a su indemnización se le descuenta la mitad del valor, esto es USD 48.443,00. **18.6.1.-** En el mismo sentido se descuenta un tercio a los valores indemnizatorios de la cónyuge, señora Pastora de Jesús Rosado Garrido (USD 12.390,60) y de los hijos Carlos Fabián Andrade Rosado (USD 24.227,93) y Jessica Yessenia Andrade Rosado (USD 6.819,33), toda vez ellos aunque no conducían, debían tener también la precaución de aconsejar o advertir a su esposo y padre que podía darse algún percance en la situación sucedida, pues a ellos tampoco podía escapárseles el peligro que entraña pasar con el vehículo cerca de cables de tendido de energía eléctrica, más aún cuando todos ellos conforman una unidad familiar y por tanto están en la obligación de cuidarse y asistirse mutuamente. **DECIMONOVENO**.- Finalmente, a efectos de que no haya confusión y se entienda

correctamente el alcance del tercer inciso del numeral 9 del artículo 11, en relación con el inciso segundo, de la Constitución de la República, es menester resaltar que el caso aquí tratado de responsabilidad objetiva del Estado tiene relación con una "deficiencia" en un servicio público teniendo como título de imputación el "riesgo excepcional", por la concreción del riesgo producido por cables de alta tensión en la conducción de energía eléctrica; y no se refiere como factor de atribución a ninguna "acción u omisión", con dolo o culpa grave, de funcionario o empleado alguno en el desempeño de sus cargos en la Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP. 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: 1)** dentro del juicio propuesto por los señores Carlos Tarquino Andrade, Pastora de Jesús Rosado Garrido, Carlos Fabián Andrade Rosado, Jessica Yessenia Andrade Rosado y el menor Eric Danilo Andrade Rosado, en contra del representante legal de la empresa pública Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP y del Procurador General del Estado, acepta el recurso de casación interpuesto por el procurador común señor Carlos Tarquino Andrade en contra de la sentencia expedida el 6 de febrero de 2017, 9h34, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, toda vez en la misma se ha dado una equivocada aplicación del primero y segundo inciso del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República. **2)** Por tanto, se condena al Estado Ecuatoriano, a través de la CNEL EP, o su sucesor en derecho, a pagar a los accionantes por todo concepto indemnizatorio USD/. 155.776,74 (ciento cincuenta y cinco mil setecientos setenta y seis dólares con setenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América), pago que se realizará en un cheque certificado a nombre del procurador común Carlos Tarquino Andrade dentro del término de diez días hábiles de ejecutoriada esta sentencia.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese.-**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Abg. Cynthia Maria Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juicio No. 17811-2013-1795

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, jueves 19 de abril del 2018, las 16h32.-

VISTOS: 1) Agréguese al proceso el escrito de 9 de abril de 2018, presentado por el Administrador de la Unidad de Negocio Guayas - Los Ríos CNEL EP y apoderado especial del Gerente General y Representante Legal de la CNEL EP, y tómese en cuenta las autorizaciones dadas a sus abogadas para comparecer y las direcciones electrónicas señaladas; igualmente agréguese el escrito de 4 de abril de 2018, presentado por el abogado del procurador común señor Carlos Tarquino Andrade. **2)** Mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2018, el abogado Marcos Arteaga Valenzuela, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, solicita la aclaración de la sentencia de 26 de marzo de 2018, 12h56, que resolvió: *"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: 1) dentro del juicio propuesto por los señores Carlos Tarquino Andrade, Pastora de Jesús Rosado Garrido, Carlos Fabián Andrade Rosado, Jessica Yessenia Andrade Rosado y el menor Eric Danilo Andrade Rosado, en contra del representante legal de la empresa pública Corporación Nacional de Electricidad CNEL EP y del Procurador General del Estado, acepta el recurso de casación interpuesto por el procurador común señor Carlos Tarquino Andrade en contra de la sentencia expedida el 6 de febrero de 2017, 9h34, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, toda vez en la misma se ha dado una equivocada aplicación del primero y segundo inciso del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República. 2) Por tanto, se condena al Estado Ecuatoriano, a través de la CNEL EP, o su sucesor en derecho, a pagar a los*

accionantes por todo concepto indemnizatorio USD/. 155.776,74 (ciento cincuenta y cinco mil setecientos setenta y seis dólares con setenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América), pago que se realizará en un cheque certificado a nombre del procurador común Carlos Tarquino Andrade dentro del término de diez días hábiles de ejecutoriada esta sentencia.- Notifíquese, devuélvase y publíquese.-", arguyendo que en el auto de admisión de 7 de julio de 2017 del Conjuez de la Sala solo se menciona el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y no el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, y que por tanto este Tribunal no podía referirse al mencionado artículo constitucional en su sentencia. Este Tribunal considera que no hay nada que aclarar al respecto, pues de manera alguna se puede considerar que un Tribunal de Casación, para motivar su sentencia, no pueda referirse a un artículo constitucional, lo cual evidentemente puede hacerlo independientemente de que el mismo esté o no mencionado en el auto de admisión suscrito por la o el Conjuez de la Sala; además de que revisado el auto de admisión referido, el cual admitió el recurso de casación interpuesto por el señor Carlos Tarquino Andrade como procurador común, en el mismo sí se menciona el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República como uno de los artículos que el recurrente considera infringidos. **3)** Por otra parte, solicita a este Tribunal que se aclare contra qué funcionario de la CNEL EP se deberá iniciar la acción de repetición conforme el artículo 11 numeral 9 inciso tercero de la Constitución de la República; tema éste que no corresponde a este Tribunal de Casación dilucidar, pues el caso resuelto fue uno de responsabilidad objetiva del Estado, y no de repetición, por lo que su pedido deviene también en improcedente. **Por tanto se niega el pedido de aclaración de la Procuraduría General del Estado**. **Notifíquese y devuélvase.- f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.**

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IV

Recurso de Casación Nro. *17811-2017-01238*
Resolución Nro. *820-2018*
Fecha: *15 de octubre de 2018*

TEMA: Acción de controversias contractuales, para el pago de obligaciones derivadas de una relación contractual previa entre el Estado y prestadores privados, diferencia con el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

SÍNTESIS DEL FALLO DE INSTANCIA

El Director y representante legal de la Compañía DECIPHER PTE. LTD. comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y demanda a la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, ARCH, el pago de facturas por $ 2'669.817,66, más los intereses de mora, por la ejecución de los trabajos de Aditivación de Trazadores para fortalecer el control de la comercialización de combustibles líquidos derivados de petróleo.- El Tribunal de instancia considera que las facturas referidas corresponden a nuevos trabajos que no tienen relación con el contrato celebrado previamente para tal objeto, por lo que el conflicto no es de naturaleza contractual, sino que corresponde a una acción subjetiva o de plena jurisdicción; y, al establecer que las facturas de la referencia datan del año 2013 y que la demanda se ha presentado el 27 de noviembre de 2017 sostiene que la acción se ha presentado fuera del término de 90 días previsto para el efecto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente a la época de los hechos. En tal virtud, declara de oficio la caducidad del derecho del accionante y, en consecuencia, rechaza la demanda por haberse presentado extemporáneamente.

SÍNTESIS CASACIÓN

El procurador judicial de la actora de la causa Compañía DECIPHER PTE. LTD., al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP, deduce recurso de casación respecto del fallo de mayoría expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, que declara de oficio la caducidad del derecho del accionante y, en consecuencia, rechaza la demanda por haberse presentado extemporáneamente, dentro del juicio propuesto por la Compañía recurrente en contra de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, (ARCH) y del Procurador General del Estado.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, considera, en lo principal, que en el presente caso sí hubo una causa real incursa en un tema de contratación pública de índole precontractual, esto es, la emisión de las facturas cuyo pago es materia de la litis, pues mediante oficios de enero y febrero de 2013, la entidad demandada pide a la Compañía accionante que continúe con la ejecución de los trabajos de aditivación de trazadores para fortalecer el control de la comercialización de combustibles líquidos derivadas de petróleo, en tanto se viabiliza la continuidad de dicho programa, y que, además, no hubo mala fe de la recurrente en ocasionar la omisión de celebrar un contrato adicional para continuar prestando el servicio de aditivación antes contratado y cumplido a satisfacción, por lo que las facturas referidas tienen una causa real respecto a una clara relación de contratación pública entre DECIPHER y la Agencia

de Regulación y Control Hidrocarburífero, ARCH. En consecuencia, la Sala de Casación acepta el recurso interpuesto al amparo del caso quinto del artículo 268 del Código General de Procesos, por falta de aplicación del artículo 306 numeral 3 ibídem; y por tanto casa la sentencia de mayoría y, al no haberse dado la caducidad de la acción dispone la devolución del proceso al Tribunal de origen para que continúe con el trámite correspondiente.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2017-01238

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, lunes 15 de octubre del 2018, las 16h24.-

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 Resoluciones No. 1-2015 de 28 de enero de 2015, y No. 1-2018 de 26 de enero de 2018 nos designó para integrar esta Sala Especializada. **C)** Somos el Tribunal competente y conocemos la presente causa, conforme el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). **D)** Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera:

PRIMERO.- El Dr. Fabián Corral Burbano de Lara, en su calidad de procurador judicial, a nombre y en representación de la compañía DECIPHER PTE LTD., interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido al amparo del caso quinto del artículo 268 del COGEP, por falta de aplicación de los artículos 75, 76 numeral 7 literales a, b, c y h, artículo 11 numerales 3 y 9, artículos 66 numeral 17, de la Constitución de la República; artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; artículo 306 numeral 3 del COGEP; artículos 1453, 1461 y 1483 del Código Civil; y, artículo 96 del ERJAFE; e indebida aplicación del artículo 65 primer inciso de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en contra de la sentencia de mayoría dictada el 2 de mayo de 2018, 15h52, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en el juicio interpuesto por el Dr. Robert Deva Arul Paulmer, director y representante legal de la compañía DECIPHER PTE LTD. en contra de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) y del Procurador General del Estado.

SEGUNDO.- En la sentencia de mayoría impugnada, se mencionó y resolvió que la compañía DECIPHER alega que el 2 de diciembre de 2011 suscribió, con la ARCH, el contrato No. 018-2011 para la aditivación de trazadores para fortalecer el control de la comercialización de combustibles líquidos derivados de petróleo, cuyo plazo fue de un año renovable a partir de la firma del mismo. Que dicho contrato concluyó el 31 de diciembre de 2012, y el 22 de febrero de 2013 se suscribió el acta de entrega recepción definitiva, en la cual consta el cumplimiento del contrato No. 018-2011 y que la ARCH no tuvo reclamo alguno. Que según DECIPHER por su eficiente prestación del servicio la ARCH le solicitó que continúe con la prestación del mismo, lo cual lo corrobora con los oficios Nos. OF-001-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 11 de enero de 2013 y OF-007-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 8 de febrero de 2013, suscrito por el coordinador de control técnico de marcación y pérdidas de los combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos, y autorizado por el director ejecutivo de la ARCH; que además mediante memorando circular No. ME-003-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 14 de enero de 2013, y oficio No. OF.009-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 13 de febrero de 2013, suscritos por el referido Coordinador, se informó también en tal sentido a varios gerentes de PETROECUADOR EP, por lo que DECIPHER continuaría con la ejecución del servicio previamente contratado hasta que se viabilice la continuidad del programa de aditivación, en los mismos términos y condiciones pactados

en el contrato No. 018-2011. Que del Informe General de la Dirección de Auditoría de Sectores Estratégicos de la Contraloría General del Estado (DASE-0057-2014) se desprende que la empresa accionante DECIPHER prestó efectivamente los servicios, y que accedió de buena fe a las peticiones de los representantes de la ARCH, y efectuó la aditivación de trazadores de combustibles líquidos de hidrocarburos, por lo que emitió las facturas correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2013, las cuales suman un valor total de USD. 2´669.817,66, las cuales no fueron canceladas pese a las múltiples peticiones de la empresa DECIPHER. Que, el 4 de junio de 2013, el Director Ejecutivo de la ARCH mediante oficio No. 25-ARCH-DJ-2013 de 3 de junio de 2013, comunicó al representante de DECIPHER, que a partir del 4 de junio de 2013, se suspendía la marcación de los trazadores en los combustibles, en razón de que no disponían de un contrato vigente y que por tanto se dejaba sin efecto los oficios Nos. OF-001-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 11 de enero y OF-007-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 8 de febrero de 2013, lo cual consta que en el Informe de Contraloría antes referido, el que fue aprobado el 7 de julio de 2014, y que tampoco fue objetado en la vía administrativa ni judicial. Que se inició un proceso de mediación en la Dirección Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado, en el cual se convocaron a audiencias para el 5 de febrero de 2016 y para el 29 de febrero de 2016, a las cuales no asistieron los representantes de la ARCH, por lo que el 2 de marzo de 2016 se dejó constancia de la imposibilidad de mediación en el procedimiento No. 0024-DNCM-2016-QUI. Que como pretensión de la demanda se solicitó se declare que la ARCH se encuentra obligada al pago de los servicios prestados en su beneficio ordenados mediante oficios Nos. OF-001-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 11 de enero de 2013 y OF-007-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 8 de febrero de 2013, y que por tanto se ordene el pago de las facturas No. EC-014, EC-015, EC-016, EC017, EC-018 y EC-06-019, por la suma de USD. 2´669.817,66, emitida por la empresa DECIPHER con los intereses de mora devengados desde la fecha de cada una de dichas facturas. Que dentro de proceso judicial consta el original de petición de pago de facturas 14, 15, 16, 17, 18 y 19 efectuada el 25 de septiembre de 2013 por el director de DECIPHER dirigida al Director Ejecutivo de la ARCH. Que DECIPHER presentó su demanda el 27 de noviembre de 2017, pero que dichas facturas por la suma de USD. 2´669.817,66 datan de febrero, marzo, abril, mayo y de junio de 2013, por lo que los nuevos servicios que habrían sido prestados por DECIPHER no tienen relación con el contrato No. 018-2011 que ya había concluido con el acta de entrega recepción definitiva de 22 de febrero de 2013, por lo que no se estaría frente a un conflicto de naturaleza contractual sino uno de naturaleza subjetiva o de plena jurisdicción, dado que de lo señalado en la demanda se busca el restablecimiento de un derecho subjetivo presuntamente negado o desconocido determinado en las 6 facturas que datan del año 2013; por tanto en el presente caso la oportunidad para demandar es de noventa días conforme lo establece el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) vigente a la época de los hechos acontecidos, por lo que el tribunal distrital resuelve de oficio declarar la caducidad del derecho de acción de la compañía DECIPHER, y en consecuencia rechazar la demanda al haber sido presentada extemporáneamente.

TERCERO.- Consta el voto salvado, en el cual se menciona que mediante oficio No. OF-001-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 11 de enero de 2013 la ARCH pidió a DECIPHER que continúe, en los mismos términos y condiciones inicialmente pactados, con la ejecución de los trabajos hasta que se viabilice la continuidad del programa de aditivación, y que incluso mediante oficio No. OF-007-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 8 de febrero de 2013 se insistió en ello. Que de buena fe y con afán de colaboración DECIPHER accedió y continuó prestado sus servicios dándose la continuidad del programa de aditivación desde enero de 2013 hasta junio de 2013, por lo cual emitió las facturas correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2013 por el servicio prestado, las cuales fueron recibidas por la ARCH y nunca han sido rechazadas ni impugnadas de manera alguna, pero no han sido pagadas. Que al haber concluido el contrato original la prestación de servicios cuyo pago se reclama se trataría de un caso de presunta responsabilidad extracontractual del Estado, prevista en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República y en los artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Que resulta claro que no se trata de la impugnación de un acto administrativo notificado, en el cual el derecho subjetivo vulnerado y la acción para reclamarlo caducaría en el término

de noventa días posteriores a que fue notificado el acto que negó o desconoció dicho derecho, sino que se trata de la presumible responsabilidad extracontractual del Estado, cuya caducidad se encontraba prevista en el artículo 65 el inciso final de la LJCA vigente a la fecha en que ocurrió el hecho dañoso, norma que actualmente se encuentra también prevista en el artículo 306 numeral 3 del COGEP, que establece que la caducidad es de cinco años a partir del supuesto hecho dañoso que la generó, esto es desde que por disposición de autoridad legítima el accionante prestó efectivamente los servicios que reclama y no han sido satisfechos pese a haber sido aceptadas las facturas para su cobro. En tal virtud desde respectivamente febrero de 2013 (factura No. EC-014) y las posteriores mensuales del mismo año 2013, hasta la fecha de presentación de la demanda de 27 de noviembre de 2017, no habría transcurrido el plazo de cinco años previsto actualmente en el artículo 326 numeral 1 del COGEP, y por tanto debería continuarse con la audiencia preliminar y el conocimiento del litigio hasta dictar sentencia.

CUARTO.- De los artículos admitidos dentro del recurso de casación, es pertinente señalar lo que disponen los artículos: **4.1.-** Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por **la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos**….". **4.2.-** Artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas: "Obligaciones.- **La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos**: 1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y, 2. **Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo**. El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados.". **4.3.-** Artículo 1483 del Código Civil: "**No puede haber obligación sin una causa real y lícita**; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. **Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato**; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.". **4.4.-** Artículo 96 del ERJAFE: "Actos propios.- **Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos**, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. **Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado**.".**4.5.-** Artículo 306 numeral 3 del COGEP: "Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: 3. **En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años**.". **4.6.-** Artículo 65 primer inciso de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "**El término para deducir la demanda en la vía administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción,** contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.". (Lo resaltado nos corresponde).

QUINTO.- Este tribunal considera que en el presente caso sí hubo una causa real incursa en un tema de contratación pública, esto es la emisión de las facturas No. EC-014 de febrero de 2013, a la EC-019 de junio de 2013, pues la ARCH incluso antes de que se suscriba el 22 de febrero de 2013 el acta de entrega recepción definitiva del contrato

No. 018-2011, sobre cuya ejecución no tuvo reclamo alguno, mediante oficio No. OF-001-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 11 de enero de 2013 pidió a DECIPHER que continúe con los trabajos de aditivación, señalándose en el mismo lo siguiente: "En procura de garantizar la consecución del objeto y alcance del programa de aditivacion y en observancia a la misión de: *´()...controlar, administrar, fiscalizar y evaluar las actividades de implementación, operación y control de sistemas automatizados de aditivacion y la aditivacion de combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos -CLDH- con trazadores moleculares de identificación inequívoca ...´*, constante en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional de la ARCH, en mi calidad de Coordinador del Control Técnico de Marcación y Pérdidas de los Combustibles Líquidos Derivados de los Hidrocarburos, previa autorización del señor Director Ejecutivo de la ARCH, solicito continuar con la ejecución de los trabajos de aditivacion con Marcador Tipo C, derivados del Contrato No. 018-2011, tanto en cuanto se viabiliza la continuidad del programa de aditivación."; siendo importante notar que ello se daría en los mismos términos y condiciones inicialmente pactados. Y que incluso mediante oficio No. OF-007-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 8 de febrero de 2013 se insistió en ello de la siguiente manera: "En procura de garantizar la consecución del objeto y alcance del programa de aditivación y en observancia a la misión de: *´()...controlar, administrar, fiscalizar y evaluar las actividades de implementación. operación y control de sistemas automatizados de aditivación y la aditivación de combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos -CLDH- con trazadores moleculares de identificación inequívoca ...´* constante en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional de la ARCH y en la Resolución No. 003-DIRECTORIO-ARCH-2012, en mi calidad de Coordinador del Control Técnico de Marcación y Pérdidas de los Combustibles Líquidos Derivados de los Hidrocarburos, previa autorización del señor Director Ejecutivo de la ARCH solicito Iniciar con la ejecución de los trabajos de aditivación con Trazador A, a partir del 13 de febrero de 2013, tanto en cuanto se viabiliza la continuidad del programa de aditivación."; siendo necesario también apreciar que hubo claridad dentro de la ARCH con tal pedido pues mediante memorando circular No. ME-003-ARCH-DCTD-MPC-2013 de 14 de enero de 2013, se informó también en tal sentido a trece directores regionales que DECIPHER continuaría con la ejecución del servicio previamente contratado y por lo tanto las diferentes dependencias de la ARCH le deberían seguir dando las facilidades operativas del caso a DECIPHER para que continúe dando la prestación del servicio de aditivación de trazadores para fortalecer el control de la comercialización de combustibles líquidos derivados de petróleo, señalándose en tal memorando circular que: "En aplicación de los lineamienios recibidos para la ejecución del programa de *Aditivación de Trazadores,* cumplo en comunicarles que a partir de enero de 2013 se ha previsto complementar el alcance del programa de aditivación de acuerdo con lo detallado en la Matriz de Aditivación 2013 *-ver Tabla 2-*. Al respecto, consecuente con los resultados positivos obtenidos en la fase de desarrollo del proyecto y en apego a su alto sentido de colaboración y apoyo, me permito solicitar se continúe brindando las facilidades operativas y de gestión al personal técnico de DeCipher PTE LTD…". Por lo que tampoco se aprecia que haya habido mala fe por parte de DECIPHER en ocasionar la omisión dada de celebrar un contrato adicional, para seguir prestando el servicio de aditivación previamente contratado, y satisfactoriamente ejecutado, muy poco tiempo antes, y en los mismos términos y condiciones, y menos aún si más bien se puede apreciar un afán de colaboración para coadyuvar a que la continuidad del programa de aditivación continué de manera prácticamente ininterrumpida desde enero hasta junio de 2013, para lo cual la ARCH incluso le insistió en seguir haciéndolo, por lo cual emitió las facturas correspondientes.

SEXTO.- Actualizada doctrina jurídica de contratación pública nos indica que: *"Abordar la problemática planteada, mediante la verificación de los elementos propios de la responsabilidad patrimonial, hace procedente además el análisis del comportamiento de quien se afirma empobrecido, cuando con su acción u omisión contribuye eficazmente en la producción del daño, en cuyo caso la indemnización de los perjuicios por cuya reparación se demanda se reducirá en consideración a su grado de participación. La resolución de estos conflictos, desde la perspectiva de la responsabilidad y no del enriquecimiento sin justa causa, se logra mediante la utilización de las acciones previstas al efecto por el legislador: la acción de controversias contractuales o la acción de reparación directa, en atención a la naturaleza de la relación jurídica que se haya presentado entre las partes, con lo cual se excluye claramente el uso de la acción in rem verso, toda vez que esta opera solo ante la carencia real de una acción pertinente. Dicho en otras*

COPIA INFORMACIONAL SIN VALIDEZ JURÍDICA

palabras, los litigios planteados encuentran respuesta en la aplicación de los elementos que definen la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual sería precontractual, contractual o extracontractual según la naturaleza de la relación dentro de la cual se produce el daño. ***De esta manera, si entre el Estado y el particular que se afirma lesionado existía una relación precontractual, será procedente declarar la responsabilidad precontractual del Estado si se demuestra que el daño consistente en la lesión del derecho al pago del valor de lo ejecutado se produjo a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones precontractuales del Estado por requerir y aceptar prestaciones sin contrato. Pero si el litigio gira en torno a la ejecución de prestaciones contractuales suspendidas o adicionales, o de prestaciones poscontractuales, deben comprobarse los elementos propios de la responsabilidad contractual: el daño consistente en la lesión del derecho de crédito y la imputación del mismo a la parte incumplida, previo el análisis comparativo del contenido del contrato y lo efectivamente ejecutado.*** *Y si la ejecución de prestaciones se produjo sin que entre el Estado y el particular hubiere existido una relación pre o contractual, debe analizarse el litigio mediante la comprobación de los elementos propios de la responsabilidad extracontractual, en el entendido de que esta impone verificar el daño ocasional que padece un sujeto a consecuencia de la acción u omisión del otro.".* (Aída Patricia Hernández Silva, *Contratación y enriquecimiento sin justa causa,* en: "Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas y Prospectivas", XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo; editores: Alberto Montaña Plata y Jorge Rincón Córdova; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 451-2). (El resaltado nos corresponde).

SÉPTIMO.- Obviamente, la calidad, cantidad y ejecución concreta de los nuevos servicios prestados es otro tema que aquí no se analiza ni decide al respecto, pues es uno de fondo que tendría que probarse, con la debida contradicción, en la audiencia de juicio respectiva que en el presente caso nunca se dio. Por lo que se aprecia aquí que las facturas mencionadas tienen una causa real respecto a una clara relación de contratación pública entre DECIPHER y la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, **relación a la cual en caso de controversia se le debió dar el tratamiento procesal de la acción especial señalada en el artículo 326 numeral 4 literal e) del COGEP.** Igualmente la doctrina jurídica nos indica que: "*Que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Precisó el Consejo de Estado* ***que en estos casos los sujetos que se afirman empobrecidos cuentan generalmente con la acción de controversias contractuales*** *y, ante la ausencia de una relación precontractual o contractual con el estado, con la acción de reparación directa… Para dirimir las controversias suscitadas por la presencia de los llamados hechos, cumplidos, el Consejo de Estado propuso entonces tener, como fuente de la obligación de pagar el valor de la prestación ejecutada, la responsabilidad. Así, consideró configurados los elementos de la responsabilidad en el entendido de que el daño está demostrado cuando se acredita la lesión del derecho a percibir el valor de lo ejecutado y la imputación está comprobada si se demuestra que aquel proviene de la violación de las normas imperativas que orientan el desarrollo de la actividad contractual del Estado. En estas providencias, el Consejo de Estado resaltó los valores jurídicos que debe atender el particular que se afirma damnificado, cuando con su acción u omisión concurrió eficazmente en la producción del daño por cuya reparación promovió el litigio.".* (Aída Patricia Hernández Silva, *Contratación y enriquecimiento sin justa causa,*… Ibídem, p. 437). (El resaltado nos corresponde). En razón de todo lo indicado, y sin que sean necesarias más consideraciones, 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,** acepta el recurso de casación interpuesto por la compañía DECIPHER PTE LTD al amparo del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación del artículo 306 numeral 3 ibídem; y por tanto casa la sentencia de mayoría expedida el 2 de mayo de 2018, 15h52, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Al no haberse dado la caducidad de la acción de la compañía DECIPHER PTE LTD., se devuelve el proceso al Tribunal Distrital de origen, para que continúe con la audiencia preliminar y el procedimiento ordinario conforme corresponde. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL, (PONENTE);Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL, (V.S.); Ab Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 17741-2012-0663

Juez Ponente: Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado

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

Quito, lunes 15 de octubre del 2018, las 16h24.-

VISTOS: Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito el presente voto salvado concurrente, en los siguientes términos: **a)** En el caso, estoy de acuerdo con aceptar el recurso de casación presentado por la compañía DECIPHER PTE LTD, respecto al caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por falta de aplicación del numeral 3 del artículo 306 ibídem; no obstante, considero que la argumentación expuesta en los numerales sexto y séptimo del fallo de mayoría, no es la adecuada para sustentar el tipo de acción propuesta, toda vez que el enfoque otorgado reflejaría una controversia relacionada a los casos de responsabilidad objetiva del estado, imputación bajo la cual no se encuentra concebida la integralidad de la demanda, tal es así que la pretensión del accionante está destinada puntualmente al pago de facturas generadas por un servicio prestado a una entidad pública, no a la declaración de responsabilidad extracontracual del estado y sus correspondientes vías de reparación por el supuesto daño antijurídico causado, criterio que resulta aún más evidente del propio recurso de casación, cuando el recurrente respecto al vicio de falta de aplicación del numeral 3 del artículo 306 del COGEP señala que: "En el presente Recurso de Casación se ha expuesto e insistido en que la discrepancia entre DECIPHER y la Administración - concretamente con la ARCH nace por la falta de pago de facturas emitidas con motivo de la prestación de los servicios requeridos por el órgano demandado, que se prolongaron entre enero y julio de 2013, por petición expresa de la ARCH. Esto quiere decir que no existe relación alguna con un acto administrativo como se ha mencionado erróneamente en la sentencia. Lo que DECIPHER ha presentado es una demanda para que el Estado cumpla con sus obligaciones y pague a la empresa las facturas correspondientes a los servicios prestados. Es por ello que la norma aplicable para la tramitación de esta causa, y que ha sido omitida en la sentencia, es el artículo 306 numeral 3 del COGEP, que dice: "Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: (...) 3. En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años". De conformidad con los antecedentes y tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Finanzas Públicas, existe un vínculo jurídico entre la ARCH y DECIPHER que se ejecutó de buena fe y que generó la obligación de pago...". Al respecto, coincido con la argumentación del recurrente, en relación a que la presente demanda trata sobre una controversia relativa a la contratación pública prevista en el literal e) del artículo 326 del COGEP, por lo que el plazo para presentar la acción es el de 5 años. En ese contexto normativo no ha caducado el ejercicio de la acción contencioso administrativa, en tal virtud, considero incorrecto sustentar la oportunidad para el ejercicio de la acción bajo la figura de responsabilidad objetiva del estado, lo cual no es motivo de la presente demanda. Sin costas ni honorarios que regular. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- **Notifíquese y devuélvase.- f) Dr. Pablo Joaquin Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, JUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.**

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V

Recurso de Casación Nro. 17741-2010-0276
Resolución Nro. 855-2018
Fecha: 18 de octubre de 2018

TEMA: Responsabilidad objetiva del Estado, en casos de negligencia médica.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Segundo Iván Morales Parra, por sus derechos y en representación de sus hijos menores de edad comparece ante la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito y demanda al Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, en acción de ejecución, el pago de $ 500.000,oo, al haber operado en su favor el efecto positivo del silencio administrativo respecto de su solicitud de indemnización por la mala práctica médica que determinó el estado vegetativo y posterior fallecimiento de su cónyuge Inés Oliva Atahualpa Mejía, luego de habérsele practicado en el Hospital del IESS una cesárea para el nacimiento de su hijo vivo.- La parte demandada entre otras excepciones, niega los fundamentos de la demanda e improcedencia de la misma; aduce incompetencia del Tribunal; caducidad de la acción; que el IESS no ha irrogado daño al accionante ni hay prestación deficiente del servicio; que la demanda no reúne los requisitos de ley; que el actor no impugna un acto administrativo que haya causado estado y se refiere únicamente a un hecho administrativo; y, falta de derecho para demandar toda vez que no existe declaratoria judicial que determine dolo o culpa grave.- El Tribunal de instancia considera, en lo principal, que el informe de auditoría médica de la entidad demandada, al no señalar la existencia de mala práctica médica y por tanto una deficiente prestación de servicio público, habría impedido al Director General del IESS atender favorablemente la petición indemnizatoria; por consecuencia de ello, la falta de respuesta oportuna no podía generar el efecto positivo del silencio administrativo ya que materialmente no existía justificativo sobre la prestación deficiente del servicio y peor aún la cuantificación de los daños reclamados; y, sostiene que la doctrina general del silencio administrativo señala que su efecto positivo no puede ser aplicable al caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones formuladas a los entes públicos, en razón de que las responsabilidades extracontractuales tienen sus propios procedimientos para determinar la existencia del daño y los perjuicios ocasionados a terceros que no tienen obligación jurídica de soportarlos. En tal virtud, inadmite la demanda por improcedente.

El actor de la causa interpone recurso de casación respecto de este fallo y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que al no existir el nexo causal probado, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar, por lo que rechaza el recurso interpuesto.- En relación con esta sentencia, el accionante deduce acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional que resuelve declarar la vulneración del derecho al debido proceso, en la garantía de la motivación; acepta la acción planteada y como medida de reparación dispone dejar sin efecto la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y retrotraer sus efectos hasta el momento anterior a la emisión de dicha sentencia, y que previo el sorteo correspondiente, otro Tribunal de dicha Sala conozca y resuelva el recurso de casación, en observancia a una aplicación integral de la decisión constitucional.

SÍNTESIS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Posteriormente a un Recurso Extraordinario de Protección en el cual se declara vulnerados los derechos fundamentales de los recurrentes en el fallo de casación, la nueva Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conoce el recurso de casación interpuesto por el accionante con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación y por errónea interpretación de las normas legales y constitucionales invocadas en su momento, dentro del juicio propuesto por Segundo Iván Morales Parra, por sus derechos y en representación de sus hijos menores de edad, que, en acción de ejecución demandan al Director General del IESS el pago de $ 500.000,oo por mala práctica médica que determinó el estado vegetativo y posterior fallecimiento de su cónyuge y madre, respectivamente, Inés Oliva Atahualpa Mejía, luego de habérsele practicado en el Hospital del IESS una cesárea para el nacimiento de su hijo vivo.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera que se ha vulnerado el principio de unidad de la prueba, y en aplicación del inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación le corresponde actuar como juez de instancia y dictar el fallo correspondiente.- Señala que se practicó una cesárea a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía y que quedó en estado vegetativo, lo que le causó un daño antijurídico patrimonial y extra patrimonial que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportar; que en forma posterior ocurrió su fallecimiento; que del examen especial de auditoría médica del IESS se aprecia que los incumplimientos del médico anestesiólogo relativo al protocolo está incompleto así como lo está la información de la respectiva historia clínica, lo que repercute en la prestación del servicio por parte de la institución pública de la referencia y en el cumplimiento de las obligaciones de sus funcionarios responsables de estas falencias, por lo que habiéndose verificado la existencia de responsabilidad objetiva del Estado procede definir los términos de la reparación integral. Al efecto, considera que la expectativa de vida para la mujer en el Ecuador es de 79 años, que la remuneración básica unificada era de $ 386,oo y que la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía al tiempo del daño sufrido en principio tenía 41 años y establece el quantum indemnizatorio; como compensación del daño inmaterial causado estima que con los mismos factores descritos debe pagarse el 50 % de la remuneración básica unificada y dispone, además, otras medidas de reparación de naturaleza inmaterial, valores que se indican más adelante. La Sala de casación estima que no resulta aplicable el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado por existir norma expresa que contempla otro plazo diferente para que la autoridad administrativa se pronuncie y que, de no hacerlo, el efecto no es del silencio administrativo positivo sino de denegación tácita, lo que posibilita el ejercicio de la acción judicial y rechaza el recurso por este extremo, así como rechazan los cargos imputados al fallo de instancia al amparo de las normas constitucionales invocadas por el recurrente. En tal virtud, acepta el recurso interpuesto respecto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, casa la sentencia impugnada y expide el fallo correspondiente que al aceptar la demanda, declara la responsabilidad objetiva del Estado por prestación deficiente de servicios públicos y condena al Estado ecuatoriano por intermedio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al pago de la siguiente reparación integral: daño material $ 176.016,oo y daño inmaterial: $ 88.008,oo, lo que da una indemnización total de $ 264.024,oo que la institución demandada debe pagar en quince días contados desde la ejecutoria de la sentencia; dispone, además, que se de atención psicológica gratuita al recurrente y a sus hijos, durante toda la vida de estas personas.; y, que por el daño antijurídico causado, se ofrezca disculpas públicas por parte del Hospital Carlos Andrade Marín a dichas personas y a los familiares de la señora

Inés Olivia Atahualpa Mejía las mismas que deberán publicarse por una ocasión en un diario de circulación nacional, así como en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el plazo de cuatro meses; que el Servicio de Gineco-Obstetricia del mismo Hospital tenga el nombre de" Inés Olivia Atahualpa Mejía", y que el IESS ejerza el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1741-2010-0276

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, jueves 18 de octubre del 2018, las 10h29.-

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud del acta del sorteo efectuado el 27 de junio de 2018 agregada al proceso. Somos competentes para resolver el presente recurso en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I ANTECEDENTES

1.1.- Sentencia de la Corte Constitucional.- El 29 de mayo de 2018 la Corte Constitucional dictó sentencia dentro de la acción extraordinaria de protección No.1030-13-EP propuesta por el señor Segundo Iván Morales Parra, por sus propios derechos y en representación de sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, en contra de la sentencia de mayoría expedida el 09 de mayo de 2013 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 276-2010. En la referida sentencia, la Corte Constitucional declaró la vulneración al derecho constitucional al debido proceso en la garantía de motivación, contenida en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que resolvió: *"3.1 Dejar sin efecto la sentencia de mayoría dictada el 9 de mayo de 2013, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación N.° 276-2010. 3.2. Retrotraer los efectos hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia de mayoría dictada el 9 de mayo de 2013 por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación N.° 276-2010. 3.3. Disponer que, previo el sorteo correspondiente, otro Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conozca y resuelva el recurso de casación, en observancia a una aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es, en consideración a la decisum o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituye la ratio".*

1.2.- Recurso de casación interpuesto.- El 26 de marzo de 2010, el señor Segundo Iván Morales Parra, por sus propios derechos, y en representación de sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, dentro del proceso No. 11484-2004 en la que se resolvió: *"inadmite la demanda por improcedente"*. El recurrente fundamentó su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. En cuanto a la causal primera por falta de aplicación de los artículos 17, 18 y numeral 17 del artículo 24, artículos 47, incisos primero y tercero del artículo 92, y de los artículos 120, 196, 272 y 273 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998; numeral 23 del artículo 66, artículo 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008; y, por errónea interpretación de los artículos 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y 28 de la Ley de Modernización del Estado. Respecto de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba previstos en los artículos 113, 114, 115, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil.

1.3.-Admisión a trámite del recurso.- Con auto de 18 de noviembre de 2010 la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

2.2.-Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, adolece de los yerros acusados por el recurrente.

2.3.- Argumentos del recurrente para proponer su recurso de casación.- A continuación analizamos por separado los argumentos del recurrente:

2.3.1.- Respecto de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 113, 114, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil.- Estas normas disponen: *"**Art. 113.-** Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado", **"Art.114.-** Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario", **Art. 117.-** Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio", y, **"Art. 274.-** En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal".* El recurrente señala: "*De acuerdo con el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, la sentencia no aplica esta disposición legal, puesto que el demandante probó, demostró los hechos afirmados en la demanda como prueba es el examen especial realizado a la atención brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía de 99-07 02 a 99-08-03 parte de esta documentación que obra en el proceso consta en el oficio No. 2000101-1937 de 5 de noviembre del 2001, suscrito por el Econ. Patricio Llerena Torres, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad (sic) de esa fecha, dirigido al Economista Marco Andrade Villacrés. Director de Recursos Humanos (E), que me permito transcribir en forma textual:* (…), se refiere a la sanción impuesta al anestesiólogo, y agrega: *"cumplo con remitir a usted los antecedentes del cumplimiento de la acción en referencia y copia del oficio que se ha tramitado al Dpto. de Tesorería de esta Casa de Salud para el cobro",* transcribe el citado artículo 114 e indica: *"La sentencia atacada no aplica lo que establece el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil (…) porque de aplicar hubiese constado en sentencia que la parte demandada no presentó ninguna prueba a su favor, presenta un escrito de prueba a nombre y representación del Director General Dr. Ernesto Díaz Jurado cuando realmente a esa fecha se encontraba en funciones la Doctora Betty Amores Flores, en Calidad de Directora General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pero el silencio de la sentencia al respecto es elocuente trata de proteger a la entidad demandada, que no presentó ninguna prueba de descargo, sin embargo la sentencia es favorable a la entidad demandada", respecto del artículo 117 señala: **"La sentencia recurrida no aplica lo prescrito en el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil,** por falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba por cuanto no se determina las pruebas producidas por el actor a más del examen especial, existen testimonios de testigos que conocieron a Inés Olivia Atahualpa Mejía una persona normal, que después que ingreso (sic) al hospital salió en estado vegetal, sobre este aspecto la sentencia no dice nada al respecto, todos los testimonios son concordantes unívocos al tema tratado. Sin embargo en la sentencia solamente solamente (sic) en forma breve se hace relación al Examen Especial"* (es transcripción textual), y en cuanto al artículo 274 indica: ***"La sentencia atacada no aplica lo que establece el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil** que dice: (…) La sentencia recurrida no se ha fundamentada en la constitución ni en la ley, como como tampoco en los méritos del proceso, infringiendo dicha disposición legal por falta de aplicación"* (es transcripción textual)

La Sala considera que la valoración de la prueba es una operación mental que realiza el juzgador para subsumir los hechos en la norma y determinar la fuerza de convicción de los mismos para concluir si son ciertas o no las afirmaciones de las partes, y esta facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia; la sala de casación no puede entonces realizar una valoración nueva, distinta de la realizada respecto de las pruebas que obran de autos. Lo que si puede hacer la sala de casación, es comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no los preceptos jurídicos relativos a dicha valoración, y si dicha violación ha conducido a la violación de normas de derecho, y como dice la sentencia dictada el 23 de enero de 2011 dentro del proceso No. 476-2006: "*para que prospere un recurso fundado en tal causal, es necesario que el impugnante cumpla, al mismo tiempo, con estos requisitos: a) Identifique la prueba o pruebas respecto a las cuales el juzgador a quo ha infringido el ordenamiento jurídico; b) Determine la norma o normas de valoración que estima infringidas; c) Demuestre razonadamente la manera en la cual el Tribunal ha incurrido en la infracción; y, d) Señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o lo han sido defectuosamente".* En el presente caso, el recurrente pretende que esta Sala Especializada, como tribunal de casación, valore prueba, lo que como quedó explicado no procede, además, no indica los preceptos de valoración probatoria que se vulnerarían en el fallo que impugna, ni las normas de derecho sustantivo que dejaron de aplicarse. Además, en cuanto al artículo 114, el confuso planteamiento del recurrente pone a la Sala Especializada en la disyuntiva de determinar si presentó o no prueba el demandado, lo cual no procede, ya que no puede actuar de oficio, y respecto al artículo 117 no señala cuáles son los informes a los que se iba a referir, yerros en la formulación del recurso que no pueden ser subsanados por esta Sala Especializada, ya que su correcta fundamentación es una carga procesal que corresponde al recurrente. Al no demostrarse la existencia de estos yerros se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.3.2.- En cuanto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.- Esta norma dispone: *"La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas".* El recurrente transcribe parte de la sentencia que impugna, señala que se ha vulnerado el principio de valoración de la prueba en su conjunto. Se refiere al Examen Especial de Auditoría, e indica: *"Por negligencia, por descuido, le descerebraron le dejaron en estado vegetal a mi cónyuge Inés Olivia Atahualpa Mejía, conforme aparece del Examen Especial de Auditoría, todo consta en este documento a pesar de estar elaborado exclusivamente por funcionarios del IESS afirman que es una omisión culposa, constante en el oficio No. 2000101-1937 de 5 de noviembre de 2001, suscrito por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la sentencia atacada señala lo contrario, por lo que queda en evidencia la sentencia es parcializada dejando en la impunidad la vida (sic) de Inés Atahualpa Mejía. Conforme se desprende del Examen Especial en el CAPÍTULO II ATENCIÓN MÉDICA, que hace referencia a las:* ***Notas de evaluación pre y post quirúrgicas adecuadas y completas permitirán atención integral a los pacientes.-*** *en el inciso cuarto señalan las observaciones del médico anestesiólogo respecto a la negligencia relacionado a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía.-* ***'En la HC, no se encuentra nota preanestésica que evidencie evaluación alguna e indique el plan de anestesia que iba a utilizarse en el caso, como la corrección por la baja de hemoglobina y hematocrito que la paciente presentó entre el 2 y 7 de julio, según consta en datos de laboratorio. Estos dos últimos hechos, que es competencia de los Servicios de Obstetricia y Anestesia, evidencian que no es evalúo (sic) el caso adecuadamente, para garantizar que la paciente sea sometida a una intervención quirúrgica…"*** *Al respecto en este inciso se determina una de las omisiones detectada en el examen de auditoría, existe el nombre y apellido del responsable, incluso la multa que le imponen, en cambio la sentencia atacada señala lo contrario por tal razón inadmite la demanda. En el examen Especial en el CAPÍTULO II ATENCIÓN MÉDICA en el inciso séptimo señala:* ***'Según el protocolo de cesárea, fue realizado entre las 10h15 y 11h35, mientras que en la hoja de anestesia consta que la intervención se llevó a cabo entre las 9h15 y 10h35 de 99.07.08 existiendo inconsistencia entre estos dos datos'.*** *Otra omisión del médico que intervino, no sepan a qué hora le operaron a mi*

cónyuge Inés Olivia Atahualpa Mejía, da mucho que (sic) decir, en unos documentos consta una hora determinada en otros diferente hora, requisitos básicos pero fundamentales que debió constar con exactitud a que (sic) *hora se realizó la operación ni la Auditoría a* (sic) *podido determinar, por lo que me ratifico que existió negligencia médica, la sentencia atacada señala todo lo contrario. En este Examen Especial ibi dem* (sic) *señala en el inciso noveno establece omisiones en la intervención quirúrgica de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía afirma:* ***'El protocolo operatorio se encuentra incompleto, no indica el número de sala en la que se realizó la intervención, no especifica si la cesárea fue electiva, emergente o programada. El protocolo operatorio dice:'*** *… al final de la cirugía, cerrando la piel, presenta depresión respiratoria y paro respiratorio según informa el médico anestesiólogo, siendo asistida inmediatamente por médicos anestesiólogos e intensivistas'.* ***No se incluyen en este protocolo, los procedimientos a los que fue sometida la paciente por parte de los médicos anestesiólogos o intensivistas que atendieron a la paciente durante la complicación presentada luego de la intervención, las mismas que debieron ser incluidas en la HC'.*** *Estas afirmaciones que realiza el examen de auditoría determina omisiones culposas, existen responsables por lo que existe falta de aplicación del precepto constitucional que señala ningún funcionario público está exento de responsabilidades Art. 120 de la Constitución de 1998, en la sentencia atacada no existen responsables por tal razón inadmite la demanda, como es de conocimiento de los señores Magistrados todo servidor público somos responsables de nuestros actos nadie está exento de responsabilidades menos aun (sic) cuando se ha vulnerado un derecho constitucional como es el derecho a la vida de una madre de familia que deja tres hijos huérfanos. En el CAPÍTULO II ATENCION MÉDICA en el inciso 19 ibi dem (sic).- del Informe de Auditoría está señalado como debió actuar el profesional anestesiólogo en su parte pertinente establece:* ***El Médico Especialista de la Auditoria Interna, concluye que para todos los casos en los que a un paciente se le ingresa para observación, deben existir notas de evolución que evidencie lo que en el transcurso del tiempo sucede al paciente. En caso de intervención quirúrgica debe existir una nota de evolución detallada que justifique plenamente la intervención y una nota de evaluación por parte del médico anestesiólogo que va a colaborar con el cirujano en la intervención quirúrgica sea esta*** (sic) ***emergente o programada. Durante la intervención se debe encontrar en la hoja de anestesia todo el detalle de los procedimientos utilizados y de las complicaciones existentes si se presentan, así como debe constar en la hoja de protocolo operatorio hasta que la paciente se encuentre a cargo de otro servicio, sea este de recuperación anestésico quirúrgica o del Servicio de Terapia como el caso que se trata. Por lo tanto, los registros incompletos de manejo, administrativo técnico del caso, no permiten su adecuada avaluación*** (sic) ***posterior'*** *De lo expuesto, se concluye que el Médico Anestesiólogo que intervino en la atención brindada a la paciente Olivia Atahualpa, ha inobservado los artículos 371 de la LOAFYC y 58 literal a) de la LSCCA', esta afirmación realiza la misma Institución demandada pero la sentencia atacada, señala lo contrario no hay negligencia médica, no existe responsables, por lo que inadmite la demanda, señores Magistrados de la Corte Nacional de Justicia lo que invocamos es justicia".* Además de lo anterior, el recurrente se refiere a la multa impuesta al Médico Anestesiólogo del Hospital Carlos Andrade Marín, indicando que el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social señaló: *"OMISIÓN CULPOSA POR NO OBSERVAR LAS DISPOSICIONES VIGENTES POR NO ESPECIFICAR EN EL PROTOCOLO OPERATORIO SI LA CESÁREA FUE ELECTIVA, EMERGENTE O PROGRAMADA"* y agrega el recurrente: *"esta afirmación realizada por la parte demandada cumpliendo con el precepto constitucional determina responsabilidades en el presente caso, la sentencia atacada no aplica este precepto constitucional por cuanto no determina ninguna responsabilidad de ningún servidor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, según la sentencia atacada no existe responsable de esta mala práctica médica".* Como ya se indicó en este fallo, la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para subsumir los hechos en la norma y determinar la fuerza de convicción de los mismos para concluir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o demandado, y esta facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia; la sala de casación no puede entonces realizar una valoración nueva, distinta de las pruebas que obran de autos, lo que puede hacer es comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no los preceptos jurídicos relativos a dicha valoración, y si dicha infracción ha conducido a la violación de las

normas de derecho. El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil contiene el principio de valoración íntegra de la prueba, también denominado de unidad de la prueba. Esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2006 dentro del proceso No. 336-2003 señaló respecto del principio enunciado por el recurrente: "*exige al juzgador el examen cuidadoso de cada uno de los medios probatorios; desestimar las pruebas indebidamente actuadas o impertinentes, y confrontar las admisibles para producir las conclusiones del caso".* Hernando Devis Echandía señala al respecto: *"Principio de unidad de la prueba. Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios, documentos, etc.); generalmente hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme" (*Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II, Octava Edición, 1984, Bogotá-Colombia, página 16 y 17). La sentencia que impugna el recurrente indica: *"la atención médica brindada, constituye acto absolutamente legal ya que para ello existe esta clase de centros médicos de alta complejidad: de modo que, correspondía al actor, al solicitar la indemnización probar que el perjuicio producido ha sido generado por la prestación deficiente del servicio público de salud. En la especie, la única base documental que brinda información al respecto es la Historia Clínica de la paciente y el protocolo operatorio; documentos que solo describen la atención brindada, los datos de lo que ocurrió en la cirugía e inmediatamente después; así como su ingreso de la paciente a la Unidad de Terapia Intensiva. El informe de Examen Especial practicado por la auditoría interna del IESS 'a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía.', las concluye, coincidiendo con la demás información documental en que, de las varias actividades realizadas, la paciente presentó 'paro cardiorespiratorio al final del acto quirúrgico, cuyas causas no se pueden determinar con exactitud'; que, una Comisión de Evolución* Médica del HCAM *opina que podrían plantearse dos probables causas del compromiso hemodinámico y respiratorio que ocasionó problemas neurológicos, como son: reacción exagerada, idiosincrática, al tipo de anestesia utilizado. Tromboembolia pulmonar, complicación frecuente en pacientes embarazadas. La Unidad de Auditoría señala en su informe que se inhibe de emitir un criterio técnico acerca de la supuestas negligencia o mala práctica médica que señala el doctor Iván Morales Parra, cónyuge de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía. Asimismo se establece, en el citado informe, que los protocolos médicos de anestesiología están incompletos ya que no contienen toda la información requerida para una evaluación posterior".* Del análisis de lo señalado por el recurrente y de lo considerado por los jueces del Tribunal de instancia en el acervo probatorio tomado en cuenta en el fallo impugnado, se aprecia que no han aplicado el principio de unidad de la prueba, según el cual, los jueces deben realizar un análisis cuidadoso de los elementos probatorios, ya que de ser así, habrían considerado los elementos señalados por el recurrente, más aún, si indican en la sentencia que se impugna, que la prueba que consideran es el examen especial de auditoría médica, verificándose la vulneración a este principio de valoración probatoria, y en consecuencia existencia de este yerro en la sentencia impugnada, por lo que se acepta el recurso de casación por este extremo, y en aplicación del inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, corresponde a esta Sala Especializada actuar como tribunal de instancia y dictar la sentencia de mérito que corresponde, para lo que considera lo siguiente: **1)** En cuanto a la pretensión del recurrente referente a la aplicabilidad de los efectos del silencio administrativo positivo, la Sala se remite a los fundamentos expuestos más adelante en el punto 2.3.3 de este fallo, conforme el cual no cabe se apliquen los efectos del silencio administrativo positivo previstos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado al tratarse de un caso de responsabilidad patrimonial del Estado en los que se aplican los artículos 209 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que prevén un plazo mayor (tres meses) y un efecto de denegación tácita a la falta de contestación, como en el citado punto 2.3.3 se explica. **2)** Respecto a la responsabilidad objetiva del Estado, el primer inciso del artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 dispone: *"Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y*

empleados, en el desempeño de sus cargos". Al tratarse de un tema referente a responsabilidad objetiva del Estado y a la prestación de un servicio público de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es necesario entender de qué se tratan cada uno de ellos. En cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado, esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, indicó: *"Siendo las características esenciales de la responsabilidad objetiva: 1) El daño antijurídico entendiendo que es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. 2) Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a considerar dentro de la consideración de por qué se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión. 3) Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría. 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo",* y agregó: "*Es preciso resaltar que en materia de responsabilidad estatal, no se requiere "per se" que la actividad administrativa causante del daño sea ilegítima, o que en la misma intervenga el dolo o la culpa, distinguiéndose así de la responsabilidad civil de naturaleza subjetiva". Respecto al servicio público, Manuel María Diez señala: "es la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general"* (Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1967, página 198). El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme lo dispone el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social, *"tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional",* y conforme el liberal b) del artículo 3 de la misma Ley, entre las contingencias cubiertas se encuentra la de maternidad. El artículo 105 de la misma Ley de Seguridad Social dispone: *Art. 105.-* ***Contingencia de maternidad.-*** *(Sustituido por el Art. 3 de la Ley s/n, R. O. 323-S. 18-XI-2010).- En caso de maternidad, la asegurada tendrá derecho a: a. La asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo; b. Un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora; y, c La asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación famacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestació*n de salud *hasta los dieciocho (18) años de edad"* hallándose dentro de las posibilidades la práctica de una cesárea. En el caso objeto de análisis, la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en razón de su embarazo con el objeto de dar a luz a su bebé y en este Hospital le practicaron una cesárea, quedando la señora en estado vegetativo por dos años, luego de lo cual falleció. La cesárea es definida en los lineamientos para la racionalización de la práctica de cesáreas en los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud de la siguiente manera: "*intervención quirúrgica que permite extraer un feto mediante laparotomía e incisión de la pared uterina. Constituye un procedimiento obstétrico fundamental para reducir daños al recién nacido y a la madre, siempre y cuando se realice bajo justificación médica*". En el caso objeto de análisis, se practicó una cesárea a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía y quedó en estado vegetativo, lo que le causó un daño antijurídico patrimonial y extrapatrimonial que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportar. Como se señaló en el citado fallo dictado por esta Sala Especializada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, no es necesario "per se" que la actividad causante del daño sea ilegítima, sino que exista un daño antijurídico patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar, como así lo ratifica igualmente la sentencia dictada el 26 de marzo de 2018 dentro del proceso No. 17811-2013-1795. Como se observa del proceso, además del estado vegetativo en el que quedó la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía luego de la práctica de la cesárea y de su posterior fallecimiento, del examen especial de auditoría médica se aprecia que existieron incumplimientos de parte del médico anestesiólogo del Hospital Carlos Andrade Marín relativos al protocolo operatorio ya

que está incompleto, y la información de la historia clínica no contenía la información completa relativa precisamente a la cesárea practicada a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, todo lo que repercute en la prestación del servicio por parte de la institución púbica y en el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios públicos responsables de estas falencias. Habiéndose verificado la existencia de la responsabilidad objetiva del Estado, procede definir los términos de la reparación integral. Al efecto, la naturaleza y alcance de esta especie de resarcimientos dependen de los factores de determinación de la responsabilidad estatal y el daño ocasionado. Marcelo Costa Cabrera, cita a Jhoel Escudero respecto de la reparación integral, e indica: *"La reparación integral hace referencia a un amplio rango de medidas que pueden adoptarse a una violación real o potencial que abarca tanto a la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento del cual se la pueda obtener. En esencia, no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra pero para efecto del reconocimiento de los Estados, se expresa como una doble obligación hacia las víctimas: para que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en realidad ocupa el daño"* (Las Acciones Contencioso Administrativas en el Ecuador, Análisis Doctrinario y Jurídico, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, noviembre-2017, página 68). Esta Sala Especializada, en sentencia de mayoría dictada el 23 de mayo de 2018, y en sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro de los procesos No. 17741-2014-0529 y No. 17741-2010-0139, respectivamente, señaló: *"el daño antijurídico probado, puede repercutir tanto en los bienes materiales del afectado así como en el ámbito inmaterial. Bajo esa lógica, cuando el daño es de carácter patrimonial la reparación por estos menoscabos se traduce en una indemnización pecuniariamente apreciable, más si el perjuicio trasciende a los bienes personalísimos del afectado se procura compensar, por diversas vías, un daño de naturaleza invaluable. Considerando que no existen parámetros definidos para establecer las reparaciones de carácter integral, la ponderación de los daños y los efectos resarcitorios se han remitido al criterio y prudencia del juzgador; en consecuencia, con propósitos de apreciar diversos elementos para la tasación del quantum indemnizatorio y las medidas de compensación aplicables".* El indicado fallo dictado el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, también señaló: *"…a modo referencial y en virtud de la similitud del caso en la determinación de la responsabilidad objetiva (accidente imputable a la administración pública) se cree pertinente revisar el siguiente pronunciamiento Sentencia emitida el 24 de marzo de 2011, por el Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C. Consejera ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz, expediente: 25000-23-26-000-1995-0II40-01 (18883): "2.4.- La indemnización de perjuicios.-Respecto a los perjuicios reconocidos en la sentencia apelada, la Sub-Sección procederá a realizar el análisis respectivo. 2.4.1.- Los prejuicios morales.- Establecido como está el parentesco con los registros civiles, esta Sub-Sección da por probado el perjuicio moral sufrido por los actores con ocasión de la muerte de su hijo y hermano, "por cuando las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad…", y agrega: "Al respecto, esta Sub-Sección considera que si bien es cierta la afirmación del Tribunal se debe subrayar que el joven Santos Albarracín no desarrollaba actividad económica por encontrarse prestando el servicio militar obligatorio. En este sentido, de acuerdo con las reglas de la experiencia, esta Sub-Sección considera que se han de reconocer perjuicios materiales a título de lucro cesante durante el período comprendido entre la fecha en que el joven Santos Albarracín terminaría la prestación del servicio militar, y la fecha en la que cumpliría 25 años, pues como lo ha sostenido la Sección, se presume que un hijo ayuda a sus padres hasta el momento en el que inicia una vida independiente. No obstante, dado que no hay certeza de la fecha en la que el joven Santos Albarracín inició su servicio militar obligatorio como soldado bachiller, no puede establecerse la fecha a partir de la cual ha de contarse el tiempo para la liquidación de los perjuicios materiales, motivo por el cual se ordenará que sean liquidados de acuerdo con las reglas que a continuación se establecen las cuales deberán ser aplicadas desde el día en que efectivamente se habría finalizado la prestación del servicio hasta el 6 de marzo de 2000, fecha en la que el occiso habría cumplido 25 años de edad. 2.4.2.1.- Reglas para tasar los perjuicios materiales.- 1. Se aplicará la fórmula del lucro cesante consolidado, a efectos de liquidar los perjuicios materiales a favor de los padres del*

occiso, para lo cual tendrá como salario base de liquidación el salario mínimo mensual legal vigente a hoy 2. A la suma resultante se adicionará el 25% por prestaciones sociales y se deducirá de dicho valor, el 25% correspondiente al valor aproximado que el joven Santos Albarracín destinaría para su propio sostenimiento, dando como resultado la base de la liquidación. 3. Dicha base deberá ser dividida entre dos con el fin de establecer el salario base de liquidación para cada uno de los padres beneficiarios, como quiera que se entiende que el 100% se distribuiría en un 50% para cada progenitor supérstite. 4. Para la liquidación del período consolidado, se aplicará la fórmula matemático actuarial utilizada por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio, done "i" es una constante "n" corresponde al número de meses trascurridos desde la fecha en que el joven Santos Albarracín habría terminado de prestar su servicio militar, hasta la fecha de la presente providencia: S=Ra (1+i)n 1". Tomando en cuenta derecho comparado, el Consejo de Estado de la República de Colombia, en fallo expedido el 15 de octubre de 2008 dentro de un proceso instaurado por estado vegetativo y muerte de un familiar, señala: "*La Sala encuentra perfectamente identificado el perjuicio moral reclamado por el estado vegetativo en que quedó el menor por dos meses. En efecto, se logró acreditar que los familiares del menor Rodríguez padecieron durante dos meses angustia, tristeza y congoja al ver a su ser querido en estado de coma, ignorando su verdadero estado y con la incertidumbre de su pronta recuperación. Ese sufrimiento constituye un perjuicio independiente y cuantificable, pues no es lo mismo tener a un ser querido vivo y consiente internado en un hospital, frente a quien se tiene la certeza de su supervivencia a pesar de las consecuencias, que encontrarse en la situación de los demandantes, respecto de quienes es dable afirmar que enfrentaron una mayor angustia y tristeza al no conocer durante dos meses la suerte de su familiar, no poder hablarle ni expresarle sus sentimientos debido a su estado, ni conocer si podría sobrevivir. Tampoco es equiparable dicha situación respecto de los familiares que pierden a su ser querido instantáneamente, quienes no se ven obligados a soportar la agonía de una persona inconsciente y sin probabilidades de mejoría",* y agregó: *"Se encuentra igualmente acreditado que los demandantes experimentaron tristeza, congoja y angustia con ocasión de la muerte del menor Rodríguez; se advierte que vivieron tal experiencia en una dimensión diferente a la de otras personas, en consideración a que tenían la esperanza y la ilusión de que su familiar en algún momento despertara y mejorara. Al no ser así, al momento de la muerte de su ser querido, quedaron agotadas todas sus expectativas y esfuerzos, quedando sumidos en un estado de depresión que debe ser reparado".* Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta en el indicado fallo dictado por esta Sala Especializada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No.17741-2010-0139, se considera que la expectativa de vida para la mujer en el Ecuador es de setenta y nueve (79) años, conforme el Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos (INEC). En este fallo, así como en la citada sentencia dictada el 26 de marzo de 2018 dentro del proceso No. 17811-2013-1795, y en la referida sentencia de mayoría dictada el 23 de mayo de 2018 dentro del proceso No. 17741-2014-0529, se consideró para el cálculo del valor del quantum indemnizatorio la remuneración básica unificada, es decir, trescientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD$386,00), al no contar con el dato relativo al valor mensual que percibía la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, quien falleció a la edad de 45 años, sin embargo, quedó en estado vegetativo cuando tenía 41 años, producto de la atención médica que por la práctica de la cesárea se le dio en el Hospital Carlos Andrade Marín, por lo que para calcular el quantum indemnizatorio, se debe considerar los 41 años, ya que desde ese entonces la persona no podría desarrollar ninguna actividad productiva, por tanto para efectos del cálculo se considerará 38 años, que es el resultado de restar los 41 años de los 79 años, debiéndose multiplicar en consecuencia este número por 12 meses y por trecientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD$386,00), dando como resultado el valor de ciento setenta y seis mil diez y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD $176.016,00). Respecto de los daños inmateriales como se indicó, las medidas son de carácter compensatorio, por lo que queda a prudencia del juzgador determinarlos. Tomando en cuenta que la persona fallecida era madre de tres niños, el último de los cuales ni siquiera pudo disfrutar de su madre, y de los perjuicios morales producidos a sus herederos, esta Sala Especializada considera que como compensación al daño inmaterial causado, se pague el valor equivalente al 50% de la remuneración mensual básica unificada de trescientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América ($386,00) por los treinta y ocho (38) años, resultantes asimismo de la

resta de los 79 años de expectativa de vida y los 41 años a los que la señora falleció, debiéndose en consecuencia multiplicar 38 por 12 meses y por ciento noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América (USD$193), lo cual da como resultado el valor de ochenta y ocho mil ocho dólares de los Estados Unidos de América (USD$88.008,00);además, se disponen las siguientes medidas: **1)** La presente sentencia constituye "per se" una medida de reparación de naturaleza inmaterial por lo que se dispone su publicación en el Registro Oficial; **2)** que se de atención psicológica gratuita al señor Segundo Iván Morales Parra y a sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, también hijos de la fallecida señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, durante toda la vida de estas personas; **3)** que por el daño antijurídico causado, se ofrezcan disculpas públicas por parte del Hospital Carlos Andrade Marín a estas personas y a los familiares de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, por medio de su representante legal, las que deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional, así como en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el plazo de 4 meses; **4)** que el Servicio de Gineco-Obstetricia del Hospital Carlos Andrade Marín tendrá el nombre: "Inés Olivia Atahualpa Mejía".

2.3.3.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.- Esta norma dispone: *"DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan".* Es importante analizar esta disposición normativa, ya que en la sentencia impugnada se observa que el ahora recurrente pretende, por silencio administrativo positivo, obtener el pago de indemnización por daños y perjuicios. El recurrente señala: *"El efecto positivo del silencio administrativo, genera, como lo sostiene la doctrina y la reiterada jurisprudencia, un accionar procesal autónomo cuyo propósito es que los órganos judiciales viabilicen el cumplimiento de los derechos nacidos como consecuencia de la falta de respuesta administrativa a las peticiones o reclamos promovidos por los administrados; no se trata en este caso, del reconocimiento de derechos, sino de la ejecución de aquellos que por el ministerio de la ley han sido establecidos y determinados. Mi reclamo administrativo de indemnización por mala práctica médica acogida en el Art. 20 de la Constitución de la República vigente desde el 11 de agosto de 1998, fue presentado al Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en calidad de representante legal de la entidad IESS, el 28 de enero del 2004, la contestación administrativa notificada el 5 de marzo del 2004, suscrito por el Ingeniero Jorge Enrique Madera Castillo, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es decir más del tiempo que establece el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, dejando en evidencia que mi reclamación fue aceptada por el Ministerio de la Ley, en virtud de lo cual, el pronunciamiento del Director General no solo que fue extemporáneo sino que carece en absoluto valor jurídico al haber causado efecto lo dispuesto por la Ley de Modernización del Estado".* Esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, señaló: *"La jurisprudencia ha considerado al silencio administrativo positivo como un derecho autónomo; y para que opere, conforme también lo ha señalado en forma reiterada la Sala, es menester que se cumplan al menos los siguientes requisitos: a) que la solicitud se haya dirigido a autoridad competente para aceptar o negar lo pedido; b) que exista la certificación que indique el tiempo transcurrido desde que se peticionó sin recibir respuestas; y, c) que lo solicitado, de ser aceptado, no esté afectado de nulidad absoluta o sea contrario a derecho",* y además*: "el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser regular. De conformidad con el criterio de los actos administrativos regulares,*

afianzado en la doctrina y la legislación comparada, se entiende por acto administrativo regular aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, por no contener vicios inconvalidables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido y a manera de ejemplo no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquéllos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley, es así que, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no es posible sostener razonablemente que la omisión de la administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Un acto Administrativo es irregular; cuando el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente). En cuanto al término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado que el ahora recurrente alega como incumplido, por lo que cabría, a su criterio, el efecto positivo del silencio administrativo, esta Sala Especializada, en la citada sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, señaló: *"El artículo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva dispone que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1998, actualmente consagrado en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República vigente, los particulares exigirán* directamente a las instituciones *del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que proviniere el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. De su parte el artículo 212 ibídem establece que si las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. Al respecto, se advierte que los actores cursaron un requerimiento administrativo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial generada por el accidente aéreo que nos ocupa, la cual aducen, no fue resuelta en el término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización ;para el caso, el término alegado no resulta aplicable en virtud de que existe disposición expresa que contempla un plazo diferente para que la autoridad administrativa se pronuncie sobre este tipo de petitorios, y que, de no hacerlo, el efecto no es el silencio administrativo positivo como indebidamente aducen los actores, sino más bien la denegación tácita, la cual posibilita a los reclamantes acudir a la jurisdicción contencioso administrativa parta judicializar el reconocimiento de su derecho. Este Tribunal precisa que el Silencio Administrativo puede prosperar en aquellos casos en los cuales el Estado ejerce la potestad de imperio frente al administrado interesado, a quien además le corresponde probar ante la administración fundamentalmente la existencia del daño y la relación causal que vincula al Estado como el responsable objetivo de aquél. Por manera que, en materia de reclamos indemnizatorios, los cuales operan en materia de gestión y no de imperio, como es el caso de responsabilidades contractuales o extracontractuales, no puede, por la materia misma, prosperar el efecto positivo del silencio administrativo, ya que ello significaría que, la falta de respuesta administrativa, permitiría que el particular imponga a la administración, un reconocimiento, automático de hechos y de los valores, sin que las instituciones públicas tengan posibilidad alguna de investigar, formar una verdad sobre el caso y decidir sobre la petición. Lo dicho precisamente permite comprender el alcance de las disposiciones citadas en el párrafo precedente, que contiene un procedimiento previo, con intervención de la Procuraduría General del Estado y un efecto distinto al del silencio administrativo positivo; el cual permite a los peticionarios acceder a la vía jurisdiccional, para que en acción directa puedan demandar el pago de indemnizaciones".* Elementos que considera esta Sala Especializada, siguiendo esta línea jurisprudencial, ya que en el caso objeto de análisis, el ahora recurrente, cursó un requerimiento administrativo al Director General del IESS (autoridad competente) para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial que consideraba generada por el estado vegetativo en el que quedó su cónyuge, señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, posterior a la práctica de la cesárea en el Hospital Carlos Andrade Marín y su posterior fallecimiento, la cual señala no fue resuelta en el término de 15 días previsto en el artículo 28

de la Ley de Modernización del Estado; norma legal que como se observa no resulta aplicable, en virtud de que existe disposición expresa que contempla un plazo diferente para que la autoridad administrativa se pronuncie sobre este tipo de petitorios, y que, de no hacerlo, el efecto no es el silencio administrativo positivo como indebidamente aduce el ahora recurrente, sino más bien la denegación tacita, la cual posibilita a los reclamantes acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo expuesto, al no demostrarse la existencia de este yerro en el fallo impugnado, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.3.4.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 17, 18, numeral décimo tercero del artículo 24, 47, 120, 196, 272 y 273 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, así como del numeral 23 del artículo 66 y de los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.- Estas normas se refieren a las garantías de los derechos humanos, su aplicabilidad, atención prioritaria a los niños y adolescentes, impugnabilidad de los actos administrativos, responsabilidad de los servidores públicos, prevalencia de la Constitución, debido proceso y seguridad jurídica. El recurrente en su fundamentación se refiere en cuanto a todas las normas enunciadas al derecho a la vida, y en el caso del artículo 120 también a la responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, indicando que el más alto deber del Estado es respetarla, lo cual se violentaría al dejar en estado vegetativo a su esposa y su posterior fallecimiento, sin que en la sentencia que impugna se haya considerado la protección y garantía de este derecho, ni la seguridad jurídica. Respecto del artículo 196 indica: *"La sentencia atacada de aplicar el Art. 196 de la Constitución de 1998 se hubiera referido a los oficios enviados por el Ab. Iván Morales Parra, dirigidos al Director General del IESS, con el fin de determinar si los actos administrativos del Instituto son legales o ilegales, la sentencia atacada no dice nada al respecto, para justificar este silencio, señores Magistrados qué acto se podía impugnar si el Instituto no hizo absolutamente nada, nunca me comunicaron del examen especial",* asunto al que también se refiere al argumentar en cuanto al numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008. El yerro de falta de aplicación se produce cuando la sentencia o auto que se impugne no hacen constar la normativa pertinente o no tratan el asunto jurídico objeto de análisis, debiendo demostrarse además su trascendencia. Se observa del fallo impugnado que en sus considerandos quinto y sexto se trata del asunto jurídico referente al derecho a la vida de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía, lamentablemente fallecida, y a la responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, por lo que no existe la falta de aplicación alegada por el recurrente, adicional a esto el recurrente al referirse a la presunta falta de aplicación del artículo 196 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, indica que no existe un acto administrativo impugnable, por lo que no era necesario se tomase en cuenta estas normas en el fallo. Se aprecia del recurso interpuesto, en cuanto al artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 que el recurrente transcribe parcialmente la norma constitucional y no fundamenta en derecho cómo se vulnera este principio constitucional, sin que sea suficiente para casar una sentencia que el recurrente solo indique que no se aplicó la norma. Estos yerros en la formulación del recurso no pueden ser subsanados por esta Sala Especializada, ya que su correcta fundamentación es carga procesal del recurrente. Al no demostrarse la existencia de estos yerros, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, 3.1.-**Se acepta el recurso de casación respecto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se casa la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No.1 de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso No. 11484-2004; y, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación se dicta la sentencia de mérito en los términos establecidos en el numeral 2.3.2 de la presente resolución. **3.2.-** Se acepta la demanda declarándose la responsabilidad objetiva del Estado por prestación deficiente de servicios públicos, y se condena al Estado ecuatoriano, por intermedio del

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, legitimado pasivo de la presente acción, al pago de la siguiente reparación integral: daño material: ciento setenta y seis mil diez y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD$176.016,00) y daño inmaterial: ochenta y ocho mil ocho dólares de los Estados Unidos de América (USD$88.008,00), resultando una indemnización total de doscientos setenta y cuatro mil veinte y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD$264.024) **3.3.-** El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pagará a la parte actora el monto indicado en el plazo de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia. **3.4.-** Conforme lo expuesto en el numeral 2.3.2 de este fallo, se dispone: **1)** que se de atención psicológica gratuita al señor Segundo Iván Morales Parra y a sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, también hijos de la fallecida señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, durante toda la vida de estas personas; **2)** que por el daño antijurídico causado, se ofrezcan disculpas públicas por parte del Hospital Carlos Andrade Marín a estas personas y a los familiares de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, por medio de su representante legal, las mismas que deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional, así como, en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el plazo de 4 meses; **3)** que el Servicio de Gineco-Obstetricia del Hospital Carlos Andrade Marín tendrá el nombre: "Inés Olivia Atahualpa Mejía". **4)** Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en aplicación a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, ejerza el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Juan Gonzalo Montero Chávez, CONJUEZ NACIONAL; Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VI

Recurso de Casación Nro. *11804-2017-00273*
Resolución Nro. *1013-2018*
Fecha**:** *12 de diciembre de 2018*

TEMA: Las riberas de los ríos son bienes de dominio público y es potestad de los gobiernos municipales controlar su uso, así como preservar y garantizar el acceso efectivo a las mismas.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Inés María Enma Rosario Bermeo Castillo, cónyuge supérstite de José María Vivar Castro, y Raquel María del Cisne Vivar Bermeo, procuradora común de: María Inés, Anastacia Catalina, Rodrigo Eduardo, Lourdes María del Rocío y José Pablo Vivar Bermeo, comparecen ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja y demandan que se establezca si el hecho administrativo ejecutado por el GAD Municipal de Loja, con la apertura de un camino público -sendero ecológico del tramo Vilcabamba-Yambura- que afecta el predio de su propiedad en la parte que constituye ribera del río, es ilegal y corresponde a una vía de hecho; que se establezca si procede reconocer el derecho de los demandantes a mantener el dominio de su propiedad en los linderos y dimensiones determinados por el GAD Municipal de Loja mediante Resoluciones 1200-2015 y 1201-2015; que se defina si procede la suspensión o abstención de realizar trabajos u obra pública en su predio; y, que se determine si procede el pago de daños y perjuicios ocasionados a los demandantes a consecuencia de los trabajos de apertura de camino público en su propiedad.- El GAD Municipal de Loja se opone a las pretensiones de los actores de la causa y aduce: falta de legitimación en la causa de la parte actora, error en la forma de proponer la demanda e indebida acumulación de pretensiones.- El Juez de instancia considera, en lo principal, que la actuación municipal constituye una vía de hecho, por falta de conocimiento de quienes no fueron notificados con el acto administrativo en el que se decidió ampliar el sendero ecológico que afecta a sus propiedades; que las resoluciones invocadas constituyen actos administrativos que gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y, al no haberse probado que se las haya extinguido de forma legal, son válidas; que el GAD Municipal de Loja para la ejecución de sus fines puede intervenir en la propiedad privada de los accionantes observando las disposiciones constitucionales y legales, es decir, mediante la declaratoria de utilidad pública y la expropiación; y, luego de referirse al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado y la obligación de probar el daño, invoca el inciso final del artículo 38 del Código Orgánico General de Procesos que prescribe que, " Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente", para concluir que no ha lugar al pago de daños perjuicios. Con tales antecedentes, acepta parcialmente la demanda, declara que el hecho administrativo ejecutado por el GAD Municipal de Loja para la apertura del camino público en los predios de los accionantes es ilegal y corresponde a una vía de hecho. Declara la validez de las Resoluciones invocadas por los demandantes y, en consecuencia, el Municipio de Loja deberá efectuar previamente el trámite de declaratoria de utilidad pública y expropiación para intervenir en los terrenos de los accionantes; y, estima que no ha lugar el pago de daños y perjuicios por falta de prueba.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los demandados Alcalde y Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, al considerar que el fallo de instancia está indebidamente motivado y es contradictorio, con fundamento en el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, deducen recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, dentro del juicio propuesto en contra de los recurrentes por Inés María Enma Rosario Bermeo Castillo, cónyuge supérstite de José María Vivar Castro, y Raquel María del Cisne Vivar Bermeo, procuradora común de: María Inés, Anastacia Catalina, Rodrigo Eduardo, Lourdes María del Rocío y José Pablo Vivar Bermeo.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en su sentencia se refiere a la motivación como garantía básica del debido proceso y a los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad que debe cumplir, estima, en lo principal, que el Tribunal de instancia no tomó en cuenta lo previsto en el literal g) del artículo 10 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua que establece que las riberas de los ríos son de dominio público y que en aplicación del principio iura novit curia tenía obligación de considerar, por lo que incumple el requisito de razonabilidad que impone la motivación; sostiene que las municipalidades, por disposición constitucional, tienen entre sus potestades controlar el uso de las riberas de los ríos, así como preservar y garantiza el efectivo ingreso a dichas riberas, en cuya virtud, el GAD Municipal de Loja no debía solicitar autorización o notificar a los particulares para ingresar y realizar obras y que, por lo mismo, no se trata de un acto ilícito, ni vías de hecho. La Sala de casación considera, además, que al constituir las riveras de los ríos bienes de dominio público, no es aplicable el trámite de declaratoria de utilidad pública y expropiación, ni es procedente reconocer el derecho de los actores de la causa al dominio de su propiedad en las riberas de los ríos; y, en consecuencia, no es ilegal la actuación municipal. Por tales consideraciones, acepta el recurso de casación y en aplicación del número 3 del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, casa la sentencia y rechaza la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11804-2017-00273

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, miércoles 12 de diciembre del 11h12.-

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 enero de 2012; y la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y doctor Pablo Tinajero fueron designado como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de del Pleno del Consejo de la Judicatura; **b)** con Resolución No.01-2018 de 26 de enero de 2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se integraron las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, se integraron las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; **c)** el 24 de septiembre de 2018 se sorteó el Tribunal de jueces para la presente causa, correspondiendo su conocimiento a la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y a los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Pablo Tinajero Delgado, este último en calidad de Juez ponente; **d)** somos competentes para resolver esta causa en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Proceso (COGEP), así como del acta de sorteo efectuado el 24 de septiembre de 2018, por lo que se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Con sentencia de julio de 2018, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, dentro del juicio No. 11804-2017-00273, deducido por la señora Inés María Enma Rosario Bermeo Castillo, cónyuge supérstite de quien en vida fue José María Vivar Castro; María Inés Vivar Bermeo, Anastasia Catalina Vivar Bermeo, Rodrigo Eduardo Vivar Bermeo, Lourdes María del Rocío Vivar Bermeo, José Pablo Vivar Bermeo, y Raquel María del Cisne Vivar Bermeo (esta última fue designada procuradora común), en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, resolvió: *"acepta parcialmente la demanda propuesta, se declara que el hecho administrativo ejecutado por el Municipio de Loja, para la apertura de un sendero o camino público en los predios de los accionantes, es ilegal y corresponde a una vía de hecho. Se declara la validez de las Resoluciones Nros. 1200-2015 y 1201-2015.- Consecuentemente, el Municipio de Loja para intervenir en los terrenos de los accionantes deberá efectuar previamente el trámite de declaratoria de utilidad pública y expropiación. No a lugar el pago de daños y perjuicio por falta de prueba".*

1.2.- El Alcalde y el Procurador Síndico del GAD, Municipal de Loja, con escrito presentado el 10 de julio de 2018, solicitaron la aclaración y ampliación de la referida sentencia.

1.3.- Con auto dictado el 16 de julio de 2018, los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, negaron parcialmente la indicada solicitud de aclaración y ampliación, e indicaron: *"En cuanto a la aclaración que piden sobre las razones que le motivaron al Tribunal para desconocer o simplemente no pronunciarse sobre la jurisprudencia alegada por la parte accionada, aclaramos que el Art. 95 del Código Orgánico General de Procesos, taxativamente establece que la sentencia contendrá entre otros, el siguiente requisito: "La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución". Para adoptar la decisión constante en la sentencia, no consideramos relevante aquella prueba a la que se refieren los representantes judiciales del GAD Municipal de Loja, porque como lo establece el Art. 158 del COGEP, la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas, pues las sentencias por ellos aludidas no aportan para ese propósito".*

1.4.- El Alcalde y el Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, con escrito presentado el 27 de julio de 2018, interpusieron recurso de casación en contra de la referida sentencia, con fundamento en los casos dos y tres del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.5.- Con auto de 12 de septiembre de 2018, el Conjuez Nacional admitió a trámite el recurso de casación interpuesto, únicamente respecto del cao dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.6.- Con auto de sustanciación de 05 de octubre de 2018, a las 09h47, el Juez ponente convocó para el día 13 de noviembre de 2018, a las 11h00, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia expedida el 05 de julio de 2018 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, dentro del juicio No. 11804-2017-00273, deducido por la señora Inés María Enma Rosario Bermeo Castillo, cónyuge supérstite de quien en vida fue José María Vivar Castro; María Inés Vivar Bermeo, Anastacia Catalina Vivar Bermeo, Rodrigo Eduardo Vivar Bermeo, Lourdes María del Rocío Vivar Bermeo, José Pablo Vivar Bermeo, y Raquel María del Cisne Vivar Bermeo, en contra del Alcalde y de Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, adolece del vicio acusado por los recurrentes en cuanto a que la sentencia está indebidamente motivada y es contradictoria, encuadrado el recurso interpuesto en el caso 2 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

2.2.- Audiencia de casación.- En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que comparecieron los procuradores judiciales del recurrente y de la parte actora, debidamente facultados. El procurador judicial de los recurrentes identificó la sentencia impugnada, y expuso la argumentación del recurso, requiriendo se la case. El procurador judicial de la parte actora del proceso expuso sus argumentos, relacionados al adecuado pronunciamiento de los jueces del Tribunal de instancia en la sentencia impugnada, solicitando se la ratifique. Luego de escuchar a las partes, esta Sala pronunció su resolución, aceptó el recurso interpuesto por indebida motivación de la sentencia, y

rechazó la demanda, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita motivada, conforme los términos expuestos a continuación:

2.3. Respecto a los argumentos del recurrente en cuanto al caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por indebida motivación del fallo impugnado.- Los recurrentes señalaron que los jueces del Tribunal de instancia no motivaron debidamente la sentencia de una manera lógica, razonable y comprensible, ya que no aplicaron adecuadamente el artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD", conforme el cual las riberas de los ríos son bienes de dominio público y no de dominio privado, como incorrectamente se señala en el fallo que impugnan. El procurador judicial de la parte actora indicó que lo resuelto por los jueces del Tribunal de instancia no adolece de errores, ya que de acuerdo al citado artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD", y al artículo 612 del Código Civil, las riberas de los ríos sí pueden ser propiedad de un particular. La sentencia impugnada señala en el numeral 7.3 de su considerando séptimo: "*los bienes de uso público tienen como rasgo común, se accesibles de forma directa y gratuita a los particulares para su uso; los bienes enumerados en el Art. 417 del COOTAD, lo confirma y es que al hablar de las calles, avenidas, puentes, vías de circulación, plazas, parques, aceras, canchas, mercados, escenarios deportivos, indiscutiblemente son sitios en esencia de libe acceso, característica que se opone al concepto de propiedad privada. Es por ello que hemos puesto énfasis en el literal d) del Art. 417 citado, que si bien considera como bien de uso público a las quebradas con sus taludes y franjas de protección; los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, hace la salvedad "SIEMPRE QUE NO SEAN DE PROPIEDAD PRIVADA"; digresión que claramente implica un tratamiento diferenciado para aquellas propiedades privadas que por su naturaleza no pueden considerarse en el mismo plano que un bien de uso público, que tiene como una característica el libre acceso de los particulares. En el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, se define la propiedad privada como: "La que individualmente corresponde a una persona o pro indiviso a varias, con la exclusión de los demás y aprovechamiento y disposición privativos. Se contrapone al propiedad colectiva…" (Tomo III-Pág. 409). El Art. 430 del COOTAD, al que lo consideramos de relevante importancia para este análisis, imperativamente dispone que la delimitación, regulación, autorización y control del uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, quebradas, cursos de agua, acequias y sus márgenes de protección, la efectuarán los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales, a través de ordenanzas, agregando al final "de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley", lo que significa que los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales, para la creación de sus ordenanzas a fin de cumplir ese mandado, necesariamente debe circunscribir su normativa a los preceptos legales y constitucionales que rigen en nuestro ordenamiento jurídico. Se anotó en líneas anteriores, que el GAD Municipal de Loja, ejecutó la apertura del Sendero Ecológico con sustento en una Ordenanza Municipal de Urbanismo, Construcciones y Ornato del cantón Loja, que no regula los aspectos puntualizados en el Art. 430 recién aludido, por lo que deviene en o aplicable. El GAD Municipal de Loja, en la contestación a la demanda cita como uno de sus fundamentos de derecho el Art. 432 del COOTAD y en las pruebas introducidas en el proceso expresa que el Sendero Ecológico corresponde al Plan General de Desarrollo Territorial, que cuenta con la respectiva licencia ambiental; sobre ello, razonamos que ese apartado que fue transcrito en líneas que anteceden, no exonera a la entidad demandada de cumplir con la implementación de la normativa jurídica necesaria vía ordenanza, para la regulación de los márgenes de protección como manda el Art. 430; contrariamente, previo a la ejecución de las obras permitidas en el Art. 432 que tienen el carácter de excepcional y siempre que sean para uso público, los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberían delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas lechos de ríos, lagos, lagunas, quebradas, cursos de aguas, acequias y sus márgenes de protección, que en cumplimiento de la misma norma, debe circunscribirse a la prescripciones legales y constitucionales, precisión en la que insistimos en atención a la salvedad que la ley contempla en el varias veces mencionado Art. 417 literal d), respecto a la propiedad privada"; y agrega: "la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 323 faculta a las instituciones del Estado emprender en procedimientos expropiatorios a efectos de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, lo que obviamente involucra una justa valoración, indemnización, y pago de conformidad con la ley del bien declarado de utilidad pública y expropiado, y prohíbe de forma expresa toda forma de*

*confiscación. El COOTAD por su parte, en el Art. 446 también faculta a los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social la declaratoria de expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley; igualmente prohíbe taxativamente todo tipo de confiscación. En mérito a la normativa que tomado para el análisis efectuado y con sustento en las consideraciones realizadas en líneas precedentes, este Tribunal arriba a la conclusión de que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Loja, para la ejecución de sus fines, puede intervenir en la propiedad privada de los accionantes observando los procedimientos legales que la Constitución y la ley le facultan, esto es a través de la declaratoria de utilidad pública y la expropiación". El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos dispone: "**Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 2. Cuando la sentencia o auto (…) no cumplan el requisito de motivación".* Esta Sala Especializada señala lo siguiente: **1)** Como una garantía básica del debido proceso, el literal 1) del numeral 7 de artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. **2)** La motivación de la sentencia es la explicación debidamente argumentada con la que los juzgadores exponen claramente las razones para la aplicación de las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, cumpliendo con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. **3)** La Corte Constitucional ha establecido las características de estos elementos que deben cumplir las sentencias dictadas por los jueces; así, mediante sentencia No. 264-15-SEP-CC, dictada el 12 de agosto de 2015, señaló: *"la **razonabilidad** implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y en normas legales que sean pertinentes al caso concreto, y que en tal virtud los argumentos del órgano judicial no contradigan estas. Por su parte la **lógica** exige que las decisiones judiciales se encuentran estructuradas en un orden lógico, es decir, que exista una debida coherencia entre las premisas que conforman una decisión, las cuales deberán guardar relación con la decisión final del caso. Finalmente, la **comprensibilidad** establece que las decisiones judiciales tienen que ser elaboradas en un leguaje claro y legible, que pueda ser asimilado efectivamente, no solo por las partes procesales, sino también por toda la sociedad en general. Por tal motivo, debemos tomar en cuenta que toda sentencia o auto se considerará debidamente motivado mientras cumpla con los tres criterios que deben verificar en relación a la garantía de motivación, teniendo presente que la falta de uno de ellos acarreará la vulneración de la misma y, consecuentemente, del derecho al debido proceso"* (es transcripción textual). **4)** Con el objeto de pronunciarse respecto del yerro alegado por el recurrente, y de los argumentos de la contraparte procesal, es conveniente considerar la domenialidad de los bienes, los principios del Derecho Ambiental, coligados al caso objeto de análisis, el régimen jurídico de las aguas y riberas de los ríos, el ejercicio de las potestades públicas, el principio iura novit curia, y, las vía de hecho. **4.1)** En cuanto a los bienes de dominio público, Eduardo Carrión Eguiguren señala: *"Los bienes nacionales de uso público, debido a su afectación al uso público, son inalienables e imprescriptibles. Nadie puede adquirir sobre ellos un derecho patrimonial exclusivo"* (Curso de Derecho Civil. De los Bienes, Quinta Edición, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito-Ecuador, 1987, página 140). Aníbal Montenegro Yépez indica: *"la formación de la domenialidad de los bienes depende de la Ley; sólo puede crear el dominio público la voluntad del Estado en forma de Ley, lo que importa sustraer ciertos bienes al comercio humano; y si la ley es la que determina la domenialidad, ésta comenzará desde el momento en que entra en vigor tal ley, de acuerdo con lo que al respecto establece el Código Civil"* (Régimen Legal de las Aguas en el Ecuador, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 1960, página 26), criterio compartido por Efraín Pérez, quien señala: "(…) *la existencia del dominio público se determina solamente en virtud de una declaratoria constitucional, legal o normativa municipal"* (Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2014, página 20) elemento muy importante, ya que los artículos 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD" y 612 del Código Civil acuden a la ley al referirse al dominio de las riberas de los ríos. **4.2)** La materia ambiental, como se indicó se halla ligada al régimen jurídico que regulas las aguas en el país. **1)** Así, en la Ley de Aguas de 1936, y en la de 1972, se prohíbe verter

desecho o aguas infecciosas en las acequias, y, la contaminación al agua que afecte el desarrollo de la flora y fauna, respectivamente; y en los artículos 1 y 3 de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de 1976, se establece que la norma rige la prevención y control de la contaminación ambiental y la protección del agua, y que por contaminación se entiende la presencia en el ambiente de uno o más contaminantes que perjudiquen la flora y la fauna, o degraden la calidad del agua. El artículo 14 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir (sumak kawsay), y declara de interés público la preservación del ambiente, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. **2)** Entre los principios del derecho ambiental previstos en nuestra normativa se hallan el de prevención y el de conservación integral. **2.1)** El principio de prevención incluido en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, y en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, conforme lo indican María Amparo Albán y René Bedón Garzón, tiene su primera inclusión en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, para luego ser considerado en la Convención del Mar (COONVEMAR) (1982), y en la Convención Sobre Diversidad Biológica de 1992. Este principio es definido por estos autores de la siguiente manera: *"tendencia natural en materia ambiental, toda vez que ella significa impedir que sobrevenga daño al ambiente a través de la adopción de medidas desde el inicio de las actividades capaces de causar daños al entorno, e incluso antes, desde la elaboración de los planes respectivos. Es así, que el Principio de Prevención se basa en dos ideas principales: "i el daño ambiental puede conocerse anticipadamente y ii) puede, en consecuencia, adoptarse medidas para neutralizarlo. Es decir, que el fin último del principio preventivo sería evitar que el daño ambiental ocurra"* (Responsabilidad Ambiental en Ecuador: Conceptos e Implementación en Materia Hidrocarburífera. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador, abril 2018, página 9 y 10), y agregan: *"Cabe destacar que este principio tiende a la prevención antes que a la reparación del daño por lo tanto, como presupuesto básico este principio se basa en hacer todo lo posible para prevenir el daño basándose en una certeza científica. Sin embargo, incluye medidas de reparación cuando es necesario"* (Op. cit., página 10). **2.2**) En cuanto al derecho de conservación integral. María Amparo Albán y René Bedón Garzón indican: *"Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 71 de la Constitución que determina que la naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos"* (Op. cit., página 59), y señalan: *"(…) este derecho busca la protección integral de los ecosistemas, es decir que estos permanezcan* íntegros, no obstante, no implica que no se puede utilizar componentes determinados de la naturaleza para satisfacer necesidades de las personas, solamente hay que cuidar que la utilización o consumo de ciertos recursos no afecte a la conservación integral de la naturaleza como un todo. Asimismo, se debe entender que estos derechos en esencia tienen un fundamento ecológico" (Op. cit., página 60). **2.3)** Estos autores indican respecto del derecho ambiental: *"El proceso de protección del ambiente en el Ecuador ha ido desarrollándose a la par de la evolución del derecho ambiental internacional, en efecto, la normativa ambiental internacional influenció en la normativa nacional y contribuyó a la elaboración de diferentes disposiciones ambientales en el Ecuador. De este modo, la Constitución ecuatoriana de 1998 plasma avances que se han hecho en materia ambiental a nivel internacional. Esta Constitución declaró de interés público la 'preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genérico del país; la prevención de la contaminación ambiental, la explotación sostenible de los recursos naturales y se establece el sistema de áreas naturales protegidas y el control del turismo receptivo y ecológico"* (Op. cit., página 45 y 46), y agregan: *"en el Ecuador los derechos difusos ambientales son introducidos en la Constitución por primera vez a través de la reforma constitucional de 1984, pues en ella se incorporó el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Posteriormente, en la reforma ala texto constitucional de 1996, la cual fue influenciado por la Cumbre de Río de Janeiro de 1992 se estableció el derecho colectivo a un ambiente sano, la protección a los ecosistemas y a la biodiversidad, un sistema de áreas, así como el principio de prevención de la contaminación ambiental y el de la explotación sostenible de los recursos naturales para actividades públicas y privadas. Más adelante, el derecho ambiental constitucional siguió perfeccionándose, pues en la Constitución Política de 1998 como se menciona en el capítulo anterior se adoptaron varios principios ambientales de gran trascendencia*

como el de prevención rehabilitación, participación social y precaución. Ahora, en la actualidad, el derecho al ambiente sano ha seguido evolucionando en el derecho constitucional ecuatoriano ya que en la Constitución dictada en el año 2008 se sigue adoptando como un derecho fundamental" (Op. cit., páginas 47 y 48). **4.3)** Respecto a la historia del régimen jurídico de las aguas y de las riberas de los ríos, Aníbal Montenegro Yépez, en la citada obra "Régimen Legal de Aguas en el Ecuador", señala: *"Desde los tiempos más remotos, los pueblos han comprendido la importancia del agua, a lo que les ha guidado no sólo su entendimiento sino sobre todo, la necesidad de utilizarla. Para apreciar el enorme valor que en algunos lugares tiene el elemento líquido, basta recordar a Herodoto definiendo a Egipto como un 'don del Nilo'. Los pueblos antiguos no tuvieron otro conocimiento del agua que el de los servicios que ésta pudiera prestarles ora para la bebida, ora para el riego, ora para abrevar a sus bestias, ora como elemento productor de fuerza motriz para sus rudimentarias industrias; sólo para estos fines y en función de su utilidad legislaron los romanos* (Op. cit., página 39), además señala: "*En el Derecho Musulmán el agua según la tradición, no podía ser objeto de propiedad privada: sin embargo la jurisprudencia fue abriendo poco a poco una posibilidad de ocupación del agua, haciéndola entrar en la esfera de los objetos de dominio; y casi se llegó, por fin, a considerar propias del dueño del fundo las aguas que él había retenido en cisternas o aljibes"* (Op. cit., página 41). En cuanto a la normativa, Ecuador publicó su primera Ley de Aguas el 15 de octubre de 1832, apenas dos años después de su nacimiento como República en 1830, la que permitía, entre otras posibilidades, el sacar agua por fundos ajenos, previa indemnización. El artículo 581 del Código Civil ecuatoriano de 1860 disponía: *"Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público. Exceptuándose las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estas a los herederos y demás sucesores de los dueños".* El 17 de julio de 1936 se publicó una nueva Ley de Aguas, la que señalaba que las vertientes de agua que nacen y mueren en una misma heredad pueden ser de dominio privado. Aníbal Montenegro Yépez en la citada obra "Régimen Legal de Aguas en el Ecuador", señala dos sentencias dictadas en el Ecuador el 11 de marzo de 1837 y el 26 de febrero de 1887, que indican que la propiedad de manantiales que nacen y mueren en los predios de sus propietarios les corresponde a éstos. El artículo 631 de la Codificación del Código Civil de 1970. modifica el régimen anterior, disponiendo: *"Los ríos, y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales, son bienes nacionales de uso público. En cuanto a la extensión del dominio de las riberas de dichos ríos, aguas y lagos, se estará a lo que dispongan las leyes especiales. También son bienes nacionales de uso público las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. El propietario de dicha heredad tendrá derecho al uso y goce de las aguas, en proporción necesaria al requerimiento del respectivo predio".* Los artículo 2 y 3 de la Ley de Aguas, publicada el 30 de mayo de 1972, cuyos textos se reiteran en la Codificación de la Ley de Aguas, publicada en el Registro Oficial No. 339 del 20 de mayo de 2004, también modifica el régimen anterior establecido en el Código Civil de 1860 y en la Ley de Aguas de 1936, ordenando que las aguas de ríos que nacen y mueren en una misma heredad, y las que se consideraban de propiedad particular son bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible, e indican que no se reconoce derechos de dominio adquiridos sobre ellas. El artículo 612 de la actual Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio de 2005, reitera este régimen y dispone: *"En cuanto a la extensión del dominio de las riberas de dichos ríos, aguas y lagos, se estará a lo que dispongan las leyes especiales".* El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD", publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 del 19 de octubre de 2010, dispone en el literal d) de su artículo 417 que constituyen bienes de uso público: *"d) Las quebradas con sus taludes y franjas de protección; los esteros y los ríos con su lechos y sus zonas de remanso y protección, siempre que no sean de propiedad privada, de conformidad con la ley y las ordenanzas".* El 06 de agosto de 2014 entró en vigencia de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua derogatoria de la Ley de Aguas, ley especial respecto del citado Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD", y del Código Civil, en cuanto a aguas y riberas de los ríos. El literal g) del artículo 10 de la citada Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua dispone: ***"Dominio hídrico público.-****El dominio hídrico público esta constituido por los siguientes elementos naturales:* (…) *g) Las ri-*

beras que son las fajas naturales de los cauces situados por encima del nivel de aguas bajas", lo que denota que tanto el régimen de propiedad de las aguas y de sus riberas sufrió modificaciones. **4.4)** La declaratoria como sendero ecológico del tramo Vilcabamba-Yambura responde a la necesidad de proteger el ambiente, y evitar la erosión y catástrofes naturales, en aplicación de los citados principios de prevención y conservación integral del ambiente. **4.5)** En lo referente al principio jura novit curia. Gladis E. De Midon, lo define de la siguiente manera: *"'el juez, la Corte, el tribunal, el magistrado o, en general, la autoridad judicial conoce los derechos' –representa el poder-deber de los jueces de calificar la relación jurídica en litis y determinar las normas que la rigen, con prescindencia o aun en contra de la opinión jurídica de las partes. A partir de la presunción de que el juez conoce el ordenamiento jurídico vigente, él, en efecto, debe calificar y resolver la relación jurídica controvertida mediante la aplicación del Derecho vigente, aunque éste no hubiese sido alegado o haya sido erróneamente alegado o deficientemente alegado por los litigantes"* (La Casación Control de "Juicio de Hecho", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2001, páginas 495 y 496). **4.6)** El fallo impugnado considera la aplicabilidad del artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD" al caso objeto de análisis, para señalar que la ribera del rio es de propiedad de la parte actora del proceso, sin embargo, no tomó en cuenta que el citado literal g) del artículo 10 de la citada Ley Orgánica de Recursos Hídricos. Usos y Aprovechamiento del Agua, norma pertinente y de obligatoria aplicación por parte de los jueces, expresamente indica que las riberas de los ríos son de dominio público, la cual no fue considerada en el fallo impugnado por el Tribunal de instancia, y que en aplicación del principio iura novit curia debió tomar en cuenta, por lo que la sentencia no cumple con el requisito de razonabilidad, adoleciendo en consecuencia de indebida motivación. **4.7)** En cuanto a que el Tribunal de instancia consideró que la actuación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja fueron vías de hecho, y que para intervenir en los terrenos de los accionantes se debe efectuar previamente el trámite de declaratoria de utilidad pública y expropiación, es importante señalar lo siguiente: **1)** Respecto a las vías de hecho, Alberto Pérez Dayán señala: *"no todo comportamiento material de la administración pública puede ser considerado como un hecho orientado hacia un fin lícito pues, indudablemente el ejercicio del poder público puede dar lugar a que los órganos que lo materializan decidan valerse de él para obtener resultados distintos de las finalidades públicas que caracterizan a los entes jurídicos que encarnan, de ahí que la doctrina busque explicar tal acontecer a través de lo que se ha dado en denominar la vía de hecho administrativa"* (Teoría General del Acto Administrativo. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México D.F.-México, 2014, página 3). **2)** Hugo Augusto Olguín Juárez define a la potestad de la siguiente manera: *"La potestad jurídica es el poder jurídico que tiene un sujeto para actuar, no sólo con el fin de satisfacer sus intereses propios, sino también los de los demás sujetos. En este sentido se traduce en un deber para el que la posee y más específicamente en la realización de una función"* (Extinción de los Actos Administrativos Revocación, Invalidación y Decaimiento, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile-Chile, 1961, página 99). **3)** En cuanto al ejercicio de las competencias, la Constitución de la República del Ecuador dispone: **"Art. 313.-** *El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia (…) Se consideran sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia (…) Se consideran sectores estratégicos (…) el agua".* El número 2 del artículo 397, asimismo de la Norma Suprema, señala que el Estado se compromete a: *"Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales".* En cuanto a las competencias de las municipalidades, la Constitución de la República del Ecuador en los números 10 y 11 de su artículo 264 señala: ***"Art.264.-*** *Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: (…) 10. Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de (…) las riberas (…) sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley. 11. Preservar y garantizar el acceso efectivo de las personas al uso de (…) riberas de ríos".* **4)** Como se observa de la norma constitucional, las municipalidades tienen entre sus potestades delimitar regular, autorizar y controlar el uso de las riberas de los ríos, así como preservar y garantizar el acceso efectivo a las riberas de los ríos, y el Estado vela por la conservación integral de la naturaleza. El citado literal g) del artículo 10 de la

citada Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento de Agua, dispone que las riberas de los ríos son de dominio público, por lo que no existía la necesidad del Gobierno Autónomo descentralizado Municipal de Loja de solicitar autorización a los particulares para su ingreso, ni para realizar obras en las riberas de los ríos, o notificar a los particulares, sin que por tanto se trate de un actor ilícito, ni en consecuencia vías de hecho, como erróneamente señala el fallo impugnado. Al tratarse las riberas de los ríos de bienes de dominio público, no es aplicable el trámite de declaratoria de utilidad pública y expropiación, dejándose por tanto sin lugar las pretensiones de la parte actora en el proceso, por cuanto no es ilegal la actuación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, ni es procedente reconocer el derecho de la parte actora al dominio de su propiedad en las riberas de los ríos, ya que son bienes de dominio público, ni por tanto declararlos de utilidad pública, expropiarlos o pagar justo precio por estos, así como tampoco disponer la suspensión de trabajos u obra pública, ya que fueron realizadas en ejercicio de las potestades previstas en la Constitución de la República del Ecuador del 2008. En consecuencia, al demostrarse la existencia de estos yerros, se acepta el recurso de casación por este extremo.

2.4.- En cuanto al caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, ya que, como se alega, la sentencia objeto de impugnación es contradictoria.- El recurrente señala que en el punto 7.2 del considerando sétimo del fallo, los jueces del Tribunal de instancia indican que no es procedente profundizar en el análisis de las resoluciones No. ML-JACM-2018-011 Y No. ML-JACM-2018-012, ambas de 13 de marzo de 2018, sin embargo en el mismo fallo se pronuncian sobre éstas y señalan que no se cumplen con lo establecido en el Capítulo VII del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización "COOTAD". El procurador judicial de la parte actora indicó que este yerro no existe, ya que el fallo señala que las citadas resoluciones No. ML-JACM-2018-011 y No. ML-JACM-2018-012, fueron introducidas extemporáneamente como prueba por la parte demandada. La sentencia impugnada señala en el citado punto 7.2 de su considerando séptimo: *"Es relevante en torno a esta pretensión, señalar que el GAD Municipal de Loja, dio contestación a la demanda el 16 de marzo de 2018 y el 18 de abril de 2018 presenta un escrito que obra a fs. 19, a él adjuntan dos resoluciones, la No. ML-JACM-2018-012 y la No. ML-JACM-2018-011 (fs.167-168). Tituladas "CANCELACIÓN DE INFORME NUEVA LINDERACIÓN" las dos de fecha 13 de marzo de 2018, no obstante de haber sido expedidas en esa fecha, anterior a la fecha en la que contestaron la demanda, no fueron anunciadas como prueba en dicho acto de proposición, por lo que no es procedente profundizar en su análisis, en observancia a lo que ordena el inciso segundo del Art. 159 del COGEP, sin embargo precisamos que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el capítulo VII "ACTIVIDAD JURÍDICA DE LAS ADMINISTRACIONES DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS Y DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS". Sección 1ª. "ACTIVIDAD JURÍDICA", establece las formas de extinguir o reformar los actos administrativos, por razones de oportunidad, de legitimidad y el procedimiento de lesividad, lo que no se evidencia se haya cumplido en el presente caso. Por lo expuesto, de acuerdo a lo que ordena el Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, que a la letra dice: "La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes. (…)" el Tribunal establece que las Resoluciones 1200-2015 y 1201-2015, al constituir actos administrativos que gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, al no haberse probado que se las haya extinguido de forma legal son válidas."* El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos dispone: *"**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 contradictoria o incompatibles".* Esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 17 de julio de 2018dentro del proceso No. 17741-2016-0046, señaló: *"la presente causal tiene por objeto solamente una parte de ella, la parte dispositiva; por lo tanto, su objeto es particular y muy específico. La sentencia es la pieza fundamental que pone fin al proceso, en ella se decide los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen la parte vertebral de todo juicio y su razón de ser; por lo tanto, debe ser redactada en forma clara, precisa, sin hacer uso de frases oscuras o indeterminadas; las decisiones que en ella se adopten no pueden ser incompatibles entre sí, ni contradictorias, de serlo, se*

tornaría difícil, imposible quizá, ejecutarla ". Del fallo se observa que el Tribunal de instancia no indica que no sea procedente pronunciarse respecto de las resoluciones No. ML-JACM-2008-011 y No. ML-JACM-20018-012, ambas de 13 de marzo de 2018, sino que se refiere a que no cabe profundizar en su análisis, más aun cuando entre las pruebas de la parte actora se hallaban las resoluciones 1200-2015 y 1201-2015, que el demandado alegaba fueron dejadas sin efecto mediante las citadas resoluciones No.ML-JACM-2018-011 y No. ML-JACM-2018-012, expedidas después de la presentación de la demanda, por lo que el recurrente no demuestra la existencia ni la trascendencia de este supuesto yerro, rechazándose en consecuencia el recurso de casación por este extremo.

III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** acepta el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada el 05de julio de 2018 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, dentro del juicio No. 11804-2017-00273, deducido por la señora Inés María Enma Rosario Bermeo Castillo, cónyuge supérstite de quien en vida fue José María Vivar Castro; María Inés Vivar Bermeo, Anastasia Catalina Vivar Bermeo, Rodrigo Eduardo Vivar Bermeo, Lourdes María del Rocío Vivar Bermeo, José Pablo Vivar Bermeo y Raquel María del Cisne Vivar Bermeo, designando procuradora común a la señora Raquel María del Cisne Vivar Bermeo, en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, y en aplicación del número 3 del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos "COGEP", casa la sentencia y rechaza la demanda por los fundamentos expuestos en el punto 2.3 de este fallo. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas, como Secretaria Relatora de conformidad con la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

AUTO

Juicio No. 11804-2017-00273

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, 24 de enero de 2019, las 16h21.-

Agréguese a los autos los escritos presentados por el doctor Eduardo Bermeo Castillo, procurador judicial de la parte actora. A fin de atender las solicitudes presentadas por la parte actora del juicio, esta Sala considera: **1)** procédase a desglosar los poderes de procuración judicial, los cuales obran desde la foja 31 hasta la 52, dejando las respectivas compulsas en autos; **2)** de la razón sentada el 14 de enero de 2019 por la doctora Nadia Armijos Cárdenas, Secretaria de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se verifica que la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2018, no se ha notificado en la casilla judicial 1015 ni en los correos electrónicos señalados en el escrito presentado el 02 de octubre de 2018 por la señora Raquel Vivar Bermeo, procuradora común; mas se ha notificado en los demás correos electrónicos señalado por los actores, cumpliendo con el objeto de la notificación que de acuerdo al artículo 65 del Código Orgánico General de Procesos, es el acto por el cual se pone en conocimiento de la decisión judicial a las partes procesales para que dentro del término establecido por la Ley puedan ejercer su derecho a la defensa. Tal es así, que los procuradores judiciales de la actora comparecieron a la audiencia de 13 de noviembre de 2018 y posteriormente, dentro del término establecido para el efecto, presentaron la acción extraordinaria de protección, siendo evidente que los autos y la sentencia dictados en la presente causa fueron de su conocimiento, por lo que al haber omitido la notificación en dicha casilla judicial y correos electrónicos, no se le ha privado o limitado el derecho a la defensa o se ha producido indefensión; en tal

sentido, se desecha la solicitud de volver a notificar la sentencia en la casilla judicial referida, puesto que la omisión señalada ha resultado intrascendente en el proceso: **3)** el doctor Eduardo Bermeo Castillo, procurador judicial de la parte actora, interpone acción extraordinaria de protección contra la sentencia de 12 de diciembre de 2018; y en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC de la Corte Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, se ordena: **a)** notificar con el contenido de la acción extraordinaria de protección a la parte contraria: **b)** al encontrarse el expediente de instancia sustanciado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, en esta Sala remítase a la Corte Constitucional, sin dejar copias, por cuanto la sentencia de 12 de diciembre de 2018, en su parte resolutiva señala:"… casa la sentencia y rechaza la demanda" y por tanto no existe nada que ejecutar; remítase también el expediente de Casación, dejándose copias certificadas del mismo.- **Notifíquese.-**

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

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2018

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Causa Nro. *17751-2018-0001*
Resolución Nro. *227-2018*
Fecha: *04 de junio de 2018*

TEMA: Acción Objetiva de Anulación, respecto al principio de reserva de ley para la creación de tasas.

SÍNTESIS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Los señores Patricio Jorge Alarcón Proaño, representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, Juan Carlos Díaz Granados Martínez, en calidad de procurador y representante de la Cámara del Comercio de Guayaquil, entidades de derecho privadas, con personería jurídica y sin fines de lucro deducen, mediante juicio ordinario, de conformidad con el numeral 2 del artículo 320 del COGEP, demanda de acción objetiva de anulación en contra de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-001-RE, que establece la Tasa por el Servicio de Control Aduanero porque según afirman, esta transgrede las normas para su creación y su contenido es ilegal, pues la Constitución en su artículo 301, así como los artículos 4 y 5 del Código Tributario establecen los principios de legalidad y de reserva de ley, para estas acciones. También aducen que es contraria al principio de igualdad por lo tanto es discriminatoria al establecer distintas tarifas sin demostrar el servicio efectivamente recibido por los importadores lo que además la vuelve antitécnica y se contrapone a los compromisos adquiridos por el Ecuador ante la Organización Mundial del Comercio, contraviniendo el ordenamiento jurídico comunitario.- Por su parte, la Administración Aduanera, en referencia a la supuesta transgresión del principio de legalidad se remite al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que en su Disposición General Cuarta indica que las entidades y organismos del sector público que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peajes, control, con el fin de recuperar los costos en los que se incurra por el servicio prestado. El SENAE manifiesta que la tasa es utilizada para prestar servicios concretos como el de control aduanero, que consiste en transmisión, almacenamiento y procesamiento de datos, análisis e inspección, infraestructura e investigación al fraude aduanero y control fronterizo; y, el costo de la tasa tiene relación con los costos del servicio prestado.- La Audiencia Preliminar se realizó el 20 de abril del 2018 a partir de las 10h00, en la que al no existir excepciones previas propuestas por la administración aduanera demandada, se procedió a declarar la validez procesal, determinar el objeto controvertido, alegatos iniciales; anuncio y calificación de la admisibilidad de las pruebas anunciadas, de conformidad con los artículos 294, 295 y 297 del COGEP.- Se estableció que el debate procesal se circunscribe a que al Tribunal le compete conocer la presente acción objetiva de anulación de carácter general, cuya finalidad exclusiva es el control de legalidad de la resolución recurrida así como de sus antecedentes y fundamentos de conformidad con el art. 313 del COGEP.-Entre los principales argumentos de los demandantes tenemos: La Tasa de Control Aduanero es ilegal porque no cumple con el principio de Reserva de Ley (Art. 4 Código Tributario) que implica que la norma que establece el tributo contenga los elementos esenciales del mismo: sujeto activo, sujetos

pasivo, base imponible, y fundamentalmente el hecho generador que es precisamente en este elemento que no se encuentra la compatibilidad con el concepto de Tasa, que exige que los servicios objetos de una Tasa deben ser cuantificables e inmediatos y que la cuantía debe permitir recuperar solamente estos servicios y no más; circunstancia que no sucede con la Tasa impugnada, pues en esta no existe un servicio inmediato, tampoco un servicio efectivamente prestado a los importadores, no existe un servicio divisible que permita identificar qué parte de las actividades que realizan los importadores, tengan que pagar al momento de la importación, por lo que consideran que no es una tasa, sino un impuesto disfrazado de tasa.- Por su parte la Administración Aduanera, se ratifica en que la Tasa impugnada fue expedida cumpliendo con los requisitos previstos en la ley, por lo que pide se declare la legalidad y legitimidad de la misma y por lo tanto, se deseche la demanda por ser ésta sí mal interpuesta y en definitiva porque no existe ilegalidad alguna en su expedición.- El órgano jurisdiccional establece que el objeto de la Litis a tratar se dirige a dilucidar si la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE(M), publicada en el Registro Oficial No. 115, de fecha 08 de noviembre del 2017, reformada mediante Resoluciones Reformatorias Nros. SENAE-SENAE-2017-0002-RE(M), publicada en el Registro Oficial No. 121 Suplemento de 16 de noviembre de 2017; y, Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0004-RE(M), publicada en el Registro Oficial No. 159 Suplemento de fecha 12 de enero de 2018, es o no ilegal; es decir un caso de puro derecho, que envuelve dos pretensiones a saber: la primera, la anulación del acto normativo que procederá cuando haya sido expedida por funcionarios u organismos incompetentes o en forma irregular o con desviación de competencias; y, la segunda cuando el acto normativo riñe con los preceptos legales de jerarquía superior.- Dentro de su análisis, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, considera de importancia establecer que para fines tributarios, la reserva de ley cubre la regulación de varios elementos esenciales de tributos como el deber de pagar, el hecho imponible, el sujeto pasivo y el activo, la forma de pagar, por qué se paga, que el principio de legalidad no está restringido solo a la creación de normativa tributaria que establece límites a las potestades del Estado, sino que tiene ver con este principio de reserva de ley que se refiere al tipo de norma que se requiere para la creación y modificación de los tributos con la precisión de qué elementos y definiciones deben estar contenidas en ella.- También considera de suma importancia destacar que el Art. 2 de la Resolución impugnada, establece como objeto de la tasa al servicio de control aduanero efectuado en todo el territorio nacional por parte del SENAE, en las fases del control anterior, concurrente y posterior, en virtud de lo cual, se colige que el Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador tiene potestad para fijar tasas por servicios aduaneros para recuperar los costos que tenga el servicio.- Bajo este contexto, en materia tributaria el principio de legalidad no es una limitación por parte del Estado, al contrario es un modo de ejercer la potestad tributaria que tiene y que le exige que los tributos deben ser impuestos por el Estado a través de una Ley conforme los procedimientos establecidos en la Constitución.- Asimismo se advierte, que la Tasa de Servicio del Control Aduanero, cumple con los elementos constitutivos para la creación del tributo de conformidad con el artículo 4 del Código Tributario.- También se hace constar que la SENAE remitió el informe correspondiente a la Tasa del Servicio Aduanero al Ministerio de Finanzas y obtuvo por parte de este último el dictamen favorable para continuar con el trámite.- Concluyendo luego del extenso análisis realizado el Tribunal determina que no se configurado lo alegado por los representantes de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador y la Cámara de Comercio de

Guayaquil, por lo que esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo resuelve declarar sin lugar la demanda de impugnación de acción objetiva de anulación y ratificar la legalidad y legitimidad de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001- RE(M) y otras reformatorias. Se pidió ampliación y aclaración de la sentencia, las mismas que fueron negadas por improcedentes.-

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17751-2018-0001

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
Quito, Lunes 04 junio 2018, 16:56.-
ASUNTO
En virtud de lo previsto en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, de los recaudos procesales existentes se tiene **a)** Comparecen los señores Patricio Jorge Alarcón Proaño, representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, Juan Carlos Díaz Granados, en calidad de procurador y representante de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y presentan la presente acción objetiva de anulación en contra de la Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M) 1 de noviembre del 2017, publicada en el Registro Oficial N°115, de fecha 08 de noviembre del 2017, así como también las Resoluciones Reformatorias Nros. SENAE-SENAE-2017-0002-RE (M), publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 121, de 16 de noviembre de 2017; y, Resolución N° SENAE-2017-0004-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 159 suplemento, de fecha 12 de enero de 2018; Resolución que se refiere a la creación de la Tasa por el Servicio de Control Aduanero, en todo el territorio nacional por parte del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en las fases de control anterior, concurrente y posterior. Su pretensión se circunscribe en que se declare la ilegalidad de la Resolución impugnada, y se la deje sin efecto. Acción propuesta en contra del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENAE.
I.- ANTECEDENTES
1.1 Los señores Patricio Jorge Alarcón Proaño, representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, Juan Carlos Díaz Granados Martínez, en calidad de procurador y representante de la Cámara de Comercio de Guayaquil, entidades de derecho privadas, con personería jurídica y sin fines de lucro deducen demanda en acción objetiva de anulación en contra de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-001-RE que regula la Tasa por el Servicio de Control Aduanero para lo cual expone:
1.2 QUE LA TASA DE CONTROL TRANSGREDE LAS NORMAS PARA SU CREACIÓN Y SU CONTENIDO ES ILEGAL.-Que tanto la Constitución en su artículo 301 así como los artículos 4 y 5 del Código Tributario establecen los principio legalidad y de reserva de ley.
Que en este sentido el principio de legalidad se refiere a la competencia del organismo delegado y al procedimiento que deberá observar para la creación de la tasa.
Que en lo que respecta a la transgresión del principio de Reserva de Ley en los artículos 108 y 216 numeral 1 del COPCI se faculta al Director General del SENAE a crear "tasas por servicios aduaneros", y por parte los artículos 80 y 210 del COPCI definen cuales son los servicios por los cuales se ha de crear tasas aduaneras.
Que en virtud de lo expuesto se entiende que los otros servicios han de corresponder a servicios determinados, inmediatos y divisibles, similares a los ya autorizados y por tanto solo podrán crear tasas sobre los servicios que reúnan dichas características y que ninguna de las normas citadas habilitan al SENAE para establecer tasas por sus funciones generales de control, funciones que le son propias e inherentes a su potestad e imperio para el cumplimiento de su obligación tributaria y de comercio exterior y que no representan un servicio.
Que en consecuencia, la Tasa de Control fue creada fuera del marco que la ley autoriza se delegue al SENAE para la creación de tasas derivando en una transgresión del principio de reserva de ley previsto en los artículos 4 del Código Tributario y 301 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.3. TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Al respecto mencionan que el SENAE no observó los procedimientos legales para la creación de la Tasa de Control y que vulneró el procedimiento legalmente previsto para la implementación de la tasa, al no haber solicitado al Ministerio de Finanzas la autorización correspondiente, así como por no haber adjuntado el respectivo estudio pormenorizado, ni haberlo hecho constar en la motivación del acto.

También señalan que los artículos 80 y 210 del COPCI, establecen cuales son los servicios por los que la Administración Aduanera ha de crear tasas aduaneras; así como la capacidad para crearlas. Con lo cual indica que como parte de la potestad que tiene el SENAE, no se encuentra facultada para establecer tasas por sus funciones generales de control.

1.4 LA TASA DE CONTROL ES CONTRARIA A LOS PRINCIPIOS DE GENERALIDAD E IGUALDAD.- En el mismo sentido los accionantes dicen que la tasa de control aduanero es contraria a los principios de igualdad por tanto es discriminatoria, principios que se encentran establecidos en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 5 del Código Tributario. Manifiesta que la tasa es discriminatoria, al establecer distintas tarifas, partiendo de la base de la subpartida arancelaria a la que cada mercancía pertenece, tanto más que han establecido diferentes tarifas sin demostrar el servicio efectivamente recibido por los importadores de unas u otras subpartidas y mucho menos la relación de esto con su peso.

Como argumento los actores señalan que la tasa de control aduanero, tiene el fin de financiar actividades de operación y control del SENAE, por lo cual no se debería establecer como tasa sino como un impuesto, en ese caso el Director General del SENAE no tendría las facultades para crear dicho impuesto.

1.5 QUE LA TASA DE CONTROL CONSTITUYE UN GRAVAMEN CONTRARIO A LA NORMATIVA INTERNACIONAL.- Es decir que a tasa debe ser proporcional al costo de los servicios prestados y que de la información del SENAE hasta el momento no se ha podido establecer que la tasa es proporciona al servicio que presta al importador y que de esta manera es fácil determinar que la tasa es ilegal y antitécnica y se contrapone con los compromisos adquiridos por el Ecuador ante la Organización Mundial de Comercio y se constituye en un gravamen que contraviene el ordenamiento jurídico comunitario.

1.6 Mediante providencia de jueves 8 de febrero de 2018, las 13h41 esta Sala especializada calificó la demanda de impugnación de clara, precisa y completa (fs. 613), de conformidad con los requisitos previstos en los Arts. 142 y 143 del COGEP, y se dispuso citar a la Autoridad Aduanera demandada, quien en ejercicio de su derecho a la defensa, ha contestado la misma el 29 de marzo del 2018 (*ibíd.,* 633-840) solicitando se rechace la demanda presentada y se ratifique en todas sus partes la Resolución SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), contestación a la demanda que fue admitida a trámite con auto de fecha 04 de abril del 2018, a las 15h16 (*ibíd.* 844-845) al calificarse como clara y completa por reunir los requisitos legales.

1.7 De la contestación a la demanda.- La Administración Aduanera con respecto a la supuesta transgresión del principio de legalidad, hace referencia al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en su Disposición General Cuarta, la cual indica que las entidades y organismos del sector público que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peajes, control; con el fin, de recuperar los costos en los que se incurrió por el servicio prestado; particular recogido en el Reglamento del General Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el artículo 73, que dice que previo al establecer la tasa se necesita presentar un informe técnico que contenga los costos, márgenes de prestación del servicio, estándares nacionales e internacionales, política pública.

En este sentido, la Administración Aduanera remitió el informe técnico, previamente explicado en la normativa precedente, con fecha el 01 de noviembre del 2017 al Ministerio de Finanzas, el cual emitió su dictamen favorable, de ahí que, se evidencia que existe un cumplimiento al proceso establecido.

En cuanto a la presunta violación de los principios de generalidad e igualdad, el accionante, ha indicado con relación al primer principio que todas las leyes deben ser de aplicación general, mientras que del principio de igualdad se debe tener en cuenta que el tratamiento es igual para los iguales y desigual para los desiguales. Pero debe considerar el principio de beneficio, que cada individuo debe contribuir a cubrir los gastos del Estado, debido a los bienes y servicios que este les proporciona.

Al respecto, cabe manifestar, que la tasa de control no es un arancel o impuesto disfrazado, en cuanto a la naturaleza de esta es la prestación efectiva o potencial como hecho generador de la tasa.
En este sentido, el Acuerdo de Cartagena, en el artículo 73 señala que los gravámenes, o cualquier otro recargo de carácter fiscal, monetario, que incidan sobre las importaciones a excepción de las tasas y recargos análogos cuando corresponda por costos de servicios prestados.
El SENAE manifiesta que la tasa es utilizada para prestar servicios concretos, como el servicio de control aduanero, que consiste: transmisión, almacenamiento y procesamiento de datos, análisis e inspección, infraestructura e investigación al fraude aduanero y control fronterizo; y, el costo de la tasa tiene relación con los costos del servicio prestado.
1.8 Es importante establecer que la presente acción se ha sustanciado en trámite ordinario, por haber fundamentado la demanda en el presupuesto previsto en el numeral 2 del artículo 320 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).
1.9 Audiencia Preliminar.- Mediante providencia de fecha 4 de abril del 2018 se convocó a la Audiencia Preliminar, de conformidad con lo establecido en el art. 292 del COGEP la que se llevó a cabo a partir de las 10h00 del día 20 de abril del 2018 (fs. 922-924), en la cual al no existir excepciones previas propuestas por la administración aduanera demanda, se procedió a declarar la validez procesal, determinar el objeto controvertido, se escucharon los alegatos iniciales, anuncio y calificación de la admisibilidad de las pruebas anunciadas, de conformidad con los artículos 294,295 y 297 del COGEP.
1.10 Objeto de la controversia.- En lo que respecta a determinar el objeto de la controversia y los puntos a ser debatidos, se estableció que el debate procesal se circunscribe a que a este Tribunal le compete conocer la presente acción objetiva de anulación de carácter general, y que tiene como finalidad exclusiva el control de legalidad de la resolución recurrida así como de sus antecedentes y fundamentos, conformidad con lo establecido en el art. 313 del COGEP.
1.11 DEL ANUNCIO DE LAS PRUEBAS.- En la audiencia preliminar (*ibíd., 922-924*) se procedió a resolver sobre el anuncio de las pruebas de las partes, estableciéndose por parte de este Tribunal que los medios de prueba presentados no tienen relación con el objeto de la Litis, por cuanto los hechos que se pretenden probar corresponden a otras acciones y no precisamente a la acción objetiva de anulación de un acto normativo que lo que persigue la anulación total o parcial del acto por reñir con los preceptos legales y desconocer el ordenamiento jurídico superior, es decir la acción objetiva lo que persigue es el imperio de la juridicidad, en virtud de lo expuesto el Tribunal resolvió no admitir las pruebas anunciadas por las partes y como consecuencia considera que el asunto en decisión es el acto normativo impugnado con todos sus antecedentes y fundamentos que constan del expediente por obligación legal de conformidad con el artículo 313 del COGEP.
1.12 Con fecha 18 de mayo de 2018 a las 10h00 se desarrolló la audiencia de juicio en el cual se procedió a escuchar los alegatos de las partes, todo esto de conformidad con el art. 297 del COGEP.
1.13 ALEGACIONES DE LAS PARTES:
ACTORES: Por la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador y la Cámara de Comercio de Guayaquil los señores abogados María Gabriela Uquillas Iturralde y Jorge Olmedo Tamayo Tapia como procuradores, quienes manifestaron lo siguiente: ***"ABOGADO JORGE OLMEDO TAMAYO TAPIA*** *Señora Jueza buenos días señores Jueces buenos días señora Secretaria distinguidos colegas de la Administración Tributaria Aduanera señoras señores para fines de identificación señora Presidenta me permito presentar al señor Patricio Alarcón Presidente de la Federación Nacional de Cámaras del Ecuador y al señor Juan Carlos Díaz Granados representante legal de la Cámara de Comercio de Guayaquil me acompaña también María Gabriela Uquillas quien expondrá también estos alegatos con su venia oportunamente el tiempo de 20 minutos es suficiente para nosotros señora Jueza con su venia puedo iniciar.* ***Dra. ANA MARÍA CRESPO SANTOS*** *siga por favor* ***ABOGADO JORGE OLMEDO TAMAYO TAPIA:*** *A continuación voy a presentar las razones por las cuales nosotros creemos que la tasa de control aduanero es ilegal y por tanto debe quedar sin efecto la principal razón es que no cumple con el principio de Reserva de Ley el artículo 4 del Código Tributario establece que el principio de Reserva de Ley implica que la norma que establece el tributo contenga los elementos esenciales del mismo sujeto activo sujeto pasivo base imponible y fundamentalmente el hecho generador y es este particular elemento que la tasa de control aduanero no tiene la tasa de control aduanero no tiene un hecho generador*

compatible con él con el concepto tasa Cuál es el concepto tasa en su versión más pacífica y aceptada la tasa es un tributo que se genera por la prestación de un servicio público puede haber controversia si la tasa es obligatoria a partir de la petición del administrado si puede haber si es coactiva sino es coactiva puede ver un poco de discusión alrededor de eso pero no hay discusión es que la tasa diferencia a un impuesto que la tasa nacer por la prestación de un servicio público y la pregunta que me hago que nos hacemos es cualquier servicio público cualquier servicio público puede dar origen a una tasa si bien es cierto el ordenamiento jurídico local no tiene la definición expresa de tasa ciertas normas si nos dicen cuáles son los elementos que deben tener el servicio público para que pueda ser objeto de recuperación a través de un tributo tasa en primer lugar está el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que en su disposición general cuarta establece que los servicios objetos de una tasa deben ser cuantificables e inmediatos y además nos dice que la cuantía de la tasa debe permitir recuperar solamente estos servicios no más la cuantía de la tasa sólo debe permitir recuperar servicios cuantificables e inmediatos la ley de la materia el COPCI en su artículo 80 define qué es la tasa a fines aduaneros me permito destacar sus puntos esenciales el artículo 80 nos dice que las tasas incluyen algunos ejemplos de los servicios que SENAE podría prestar específicamente y deja abierto una posibilidad a otros trámites aplicables a la importación y exportación no es cualquier servicio son trámites aplicables a la importación o exportación y además nos dice que su cuantía se fijará en proporción a servicios efectivamente prestados en el campo aduanero no caben tasas por servicios hipotéticos por servicios de mera expectativa solamente por servicios efectivamente prestados adicionalmente está Corte Nacional de Justicia en el fallo 330 2015 luego de un sesudo análisis de la mejor doctrina ha establecido los elementos esenciales que debe contener un tributo y además de lo dicho la Corte Nacional ha dicho que los servicios efectivamente deben ser prestados o potenciales siendo potenciales que el servicio una vez prestado puede o no puede ser utilizado por el contribuyente potenciales no quiere decir hipotéticos potenciales quiere decir que una vez prestado el servicio el contribuyente puede o no puede utilizarlos pero eso no es causa eximente de su pago por la coactividad del tributo siendo estás las notas características que nuestro ordenamiento exige para una tasa el hecho generador de una tasa aduanera debe ser un servicio cuantificable inmediato al momento de la importación o exportación consistente en un trámite que se realiza al momento de la importación o exportación y su cuantía deberá estar en directa relación a ese servicio específico a ese servicio inmediato a ese servicio divisible porque deberá permitir identificar claramente al beneficiario de ese servicio analicemos cuál es el objeto de la tasa de control aduanero el objeto imponible el artículo 2 nos dice que la tasa es por el servicio de control aduanero efectuado en todo el territorio nacional por parte de SENAE en las fases de control anterior concurrente y posterior y la primera duda que surge es cuando un importador realiza una importación específica por un determinado puerto aeropuerto o punto fronterizo que servicio recibe en todo el territorio nacional qué servicio directo inmediato cuantificable recibe en todo el territorio nacional todas las importaciones reciben control anterior todas las importaciones reciben control posterior o es un hecho meramente hipotético todas las importaciones al momento de la importación inmediatamente reciben control anterior posterior de forma inmediata por si alguna duda nos quedaría respecto a la indeterminación del hecho generador de la tasa la propia resolución define qué es el control aduanero y nos dice el conjunto de medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de normas supranacionales y normativa aduanera nacional en el ejercicio de todas las facultades asignadas a esta administración aduanera el conjunto de actividades adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de normas supranacionales y normativa aduanera nacional vigente en el ejercicio de todas las facultades asignadas a la administración aduanera ese es un servicio cuantificable este es un servicio inmediato al momento de la importación y luego nos dice el control aduanero de las mercancías los medios de transporte que cruzan de frontera y quiénes efectúa en actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías comprende el análisis supervisión fiscalización verificación investigación y evaluación del cumplimiento y aplicación de las normas supranacionales normativa aduanera nacional vigente y demás normas conexas no voy repetirlo porque es un poco extenso este es un servicio inmediato cuantificable este es un trámite aduanero por el cual SENAE tiene derecho a cobrar una tasa al momento de la importación este es el conjunto de facultades que dispone SENAE para ejercer su trabajo en su totalidad el hecho generador de SENAE es su, presupuesto en su conjunto el hecho de generador de SENAE para esta tasa es lo que necesita en la totalidad para la prestación de su servicio público de control de ingreso y egreso de

mercaderías y también para la determinación de tributos para ambas finalidades porque SENAE no solamente en un ente de recaudación tributaria también es un ente de control de ingreso de mercancías y egreso de mercancías permitidas entonces para todo eso paga la tasa es ese un servicio cuantificable inmediato al importador la generalidad de este hecho generador incompatible con el concepto tasa se manifiesta también cuando definen su artículo 4 de la Resolución cuáles son los sujetos pasivos y los sujetos pasivos son todos por el mero hecho de importar y es que todos los importadores están sujetos a control anterior todos los importadores están reciben el servicio de control anterior todos los importadores reciben el control posterior todos los importadores importan por todo el territorio nacional todos los importadores están sujetos a la lucha contra la evasión contra el contrabando todos los importadores están inmersos en la comunicación interinstitucional que SENAE debe hacer con otras instituciones para mejorar sus actividad y su desempeño ese es un servicio que los importadores reciben al momento de la importación es un servicio identificable inmediato directo divisible a favor de los importadores y luego la tarifa una muestra más de que la tasa de control carece de hecho generador compatible con el concepto tasa todos pagan todos los importadores pagan en base al peso de las mercancías y en base a un elemento oscuro que en ningún apartado de la resolución permite entender ni tampoco en el anexo como SENAE llegó a determinar que unas partidas paguen más que otras a todas luces la tarifa lo único que permite descubrir es que en base al presupuesto de recaudación fijado por SENAE se pueda dividir a las distintas importaciones en base al promedio de peso que ha tenido durante el año y le han asignado distinto valor a subpartidas pero esta fórmula no tiene relación alguna con ningún servicio concreto que SENAE brinda los importadores esta fórmula lo único que pretende es recuperar el total del valor presupuestado y eso es propio de un impuesto no es de una tasa en conclusión señores Jueces el hecho imponible en esta tasa es incompatible con el concepto tasa en su versión más pacífica en su versión menos discutida aquí no existe un servicio inmediato no existe un servicio efectivamente prestado a los importadores por el hecho de importación no existe un servicio divisible que permita identificar qué parte de esta gran cantidad de actividades de esta extensa lista de actividades que SENAE realizan los importadores reciben al momento de la importación y por lo cual tenga que pagar valor alguno a SENAE es claro que la fórmula lo único que permite es recaudar un monto presupuestado que no tiene relación con un servicio y que por tanto es propio de un impuesto por todo eso nos lleva a concluir que la resolución estableciendo una tasa que en realidad es un impuesto disfrazado con piel de tasa por ello respetuosamente solicitamos que en base a las normas legalmente citadas se declara la ilegalidad de esta tasa y en consecuencia de ello se la deje sin efecto hasta aquí mi intervención señores Jueces con su venia MARÍA GABRIELA UQUILLAS tomara la palabra – ***ABOGADA MARÍA GABRIELA UQUILLAS.-*** *Buenos días señores Jueces señor abogado de la contraparte señora Secretaria público presente y demás asistentes yo quiero comenzar diciendo que ya la Secretaría General de la Comunidad Andina se pronunció y señaló expresamente la tasa de servicio de control aduanero establecida y aplicada por el gobierno del Ecuador mediante resolución número SENAE SENAE 2017 0001-RE (M) y sus modificaciones constituyen un gravamen lo dijo la Secretaría General de la Comunidad Andina mediante la Resolución 1999 nos dirán que la Resolución está suspendida pero los efectos están suspendidos por un recurso de reconsideración pero el criterio no ha cambiado 46 páginas se tomó la Comunidad Andina en hacer una análisis prolijo paso a paso de esta tasa de control aduanero para llegar a la conclusión que no es más que un gravamen en el que se busca perjudicar las importaciones perjudicar el comercio perjudicar a los ciudadanos pero hay algo más interesante ayer las declaraciones de ecuavisa del actual Ministro de Finanzas señaló en este contexto la tasa no le hace bien al país y esos es lo que nosotros venimos a mostrarles y a pedirle hoy que nos ayuden hacerle un bien al país a eliminar una tasa que le hace un mal al país una tasa que nos deja mal parados a nivel internacional una tasa que es ilegal desde cualquier óptica en la que la veamos Jorge lo ha mencionado con bastante profundidad y sin ánimo de abundar yo me voy a permitirme hacer un par de profundizaciones nos dicen que la tasa es legal y estamos aquí defendiendo eso y yo me pregunto qué es la legalidad en un tributo la legalidad no es sólo que el Director General de Aduana tenga la facultad de emitir tasas que haga una Resolución y que parcialmente la publique en el Registro Oficial porque si vamos por ese lado entonces mañana cualquier cosa puede salir de un acto administrativo de esa naturaleza el principio de legalidad nos habla de la necesidad de que una norma tributaria establezca en su ordenamiento jurídico en su norma de creación elementos básicos esenciales para su existencia el primero de ellos el hecho generador pero recordemos recordemos que la administración pública debe cumplir con*

los procedimientos administrativos para que una norma se considere motivada y es que el artículo 76 de la Constitución es clarísimo y nos dicen las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados 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 de resoluciones o fallos que no encuentren debidamente motivado se consideran nulos y es que esta tasa es nula porque aunque quiera llamarse tasa aunque la haya llamado aunque la haya firmado en una Resolución el Director General de Aduanas no es un tributo equivalente a una tasa porque no tiene una contraprestación de servicios la aduana nos va a decir el control es un servicio y yo les aseguro que EL control EN su concepto amplio no es un servicio individualizado por el que se puede cobrar el control es la razón de ser de las aduanas es la misión de la administración tributaria aduanera para eso existe para eso forma parte del ordenamiento jurídico y para eso tiene un Presupuesto General del Estado bastante interesante el objeto de la tasa conforme el artículo 2 señala por el servicio de control aduanero efectuado en todo el territorio nacional sólo Dios sabe que significa el servicio de control aduanero efectuado en todo el territorio nacional ahí no hay un hecho claro un hecho contundente un hecho específico y yo me pregunto si es por el control por el que cobran es acaso que no controlan a las exportadores porque aquí el único perjudicado DE LA TASA SI es el importador más no el exportador pero el control se aplica a todo el que entre o salga del territorio ecuatoriano porque esa es la labor de ser de las aduanas porque eso además si mañana quisiera tercerizarse en su totalidad sería ampliamente cuestionado porqué porque el control es la esencia del Estado el control es la esencia en el sentido de recaudar lo que corresponde de precautelar que se cumplan los requisitos que corresponden de precautelar que nadie ingrese nada que no esté sometido a la potestad aduanera la definición de control aduanero la copia la tasa de control en su artículo 1 aunque consta en la Decisión 778 de la CAN de manera idéntica y se establece como el conjunto de medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas supranacionales y la normativa aduanera nacional vigente en el ejercicio de todas las facultades asignadas a esta administración aduanera todo todo lo que hace la aduana es control cada gestión que realiza cada documento que se firma está destinado al ejercicio de control control en su sentido amplio no puede considerarse un servicio y en ese caso no se destaca que se especifica cuál es el servicio a la contraprestación que nos van a dar no se determinan los costos de las inversiones que van a realizar no se destaca la razón por la que solamente se le cobra las importadores no se destaca la base por la que el riesgo lo miden en virtud del peso porque entonces debemos entender que un bien más pesado es más riesgoso y demanda más actividades de control que un bien más liviano en lo formal señores Jueces para que la administración pública emita tasas el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas determina que debe existir un informe del Ministerio de Finanzas ese informe no se menciona a lo largo de la resolución creeríamos que es inexistente aunque se ha dicho que existe por qué no se lo puso en la motivación por qué no se destacó que se le solicitó al Ministerio de Finanzas un dictamen y que el Ministerio de Finanzas así lo aprobó aunque haya sido un informe que se emitió en 8 horas la ley establece que los tributos parten del principio de la proporcionalidad señores Jueces la tasa de control aduanero no tiene nada de proporcional no tiene relación alguna con los servicios que se brindan si supiéramos qué servicios son los que van intrínsecos en la tasa podríamos entender por qué un bien paga más tasa que otro que paga menos si no hay principio de proporcionada no hay realmente un tributo sino hay tributo estamos hablando de una norma nula sin motivación el costo anual de 121 millones de dólares que se pretende recaudar no tiene una justificación técnica tampoco nos dice por cuánto tiempo nos van a cobrar tampoco nos dicen porque son 121 millones todos los años tampoco han explicado porque en principio comenzaron diciendo hasta 800 millones y fueron bajando hasta 120 dentro de los requisitos de un tributo como su análisis de legalidad nos demanda dentro de este proceso debemos adentrarnos en la base imponible y bueno la primera pregunta que nos hacemos cuando vemos las resolución que creó la tasa es de dónde sale la fórmula es 0.10 centavos de dólar por el peso neto de la mercancía en gramos dividido para la unidad de control tengo una duda por cada uno de los elementos que conforman la base imponible porque 10 centavos no se explica porque por el peso en gramos no se explican de dónde sale la unidad de control que también es en gramos no se explica no hay vinculación entre el peso y el control yo puedo tener un bien muy pesado bobinas de papel no es un real elemento de control aduanero porque las bobinas de control son de fácil identificación vienen incluso contenedores abiertos muchas veces pero puedo tener mercancía muy pequeña de fácil o de posibilidades de defraudación si la meto en la cartera y la traigo por el aeropuerto y nadie

se da cuenta unos chips un diamante pero como pesan poco entonces pagan poco cual es la explicación tampoco la entendemos y la unidad de control es el mayor de los misterios del mundo aduanero como establecieron la unidad de control de qué cabeza salió la unidad de control que es una cabeza inestable también creemos porque con facilidad fue cambiando la unidad de control en el tiempo las lentejas empezaron con una unidad de control variaron variaron llegaron a una unidad de control que aumentaba como seis ceros las bragas parecido las bicicletas parecido la unidad de control fue mutando en el tiempo pero porqué multaba porque no tenía una explicación porque simplemente un día decidieron establecer un anexo en el que se establecía una unidad de control por cada subpartida arancelaria y yo lo que les quiero decir señores Jueces es que esto lo que nos muestra es que se le cobra a un producto y eso no tiene relación con el riesgo aduanero eso es desconocer la gestión aduanero porque hay una diferencia muy grande si es que yo que nunca importado traigo este celular que si lo trae CONECEL que importa todos los meses todos los días celulares porque son su actividad y es que es totalmente diferente si un importador tradicional de licor trae licores independientemente del peso que sea que si un nuevo importador desconocido se presente con una importación de licores porque el riesgo es por las declaraciones esos es conocer de aduana el riesgo está asociado con el proceso de importación y no con la mercancía mucho menos con su peso pero la unidad de control tiene un problema adicional lo mínimo que nos pide la normativa la Constitución es que las normas legales sean públicas conocidas el principio de publicidad pero aquí quisieron ahorrarle páginas al Registro Oficial y simplemente de la tasa de control aduanero se incluyó un artículo el artículo 8 en el que se establecen forma parte integrante de la presente resolución el anexo que será publicado en la página web del Servicio Nacional de Aduanas aplaudimos los medios electrónicos pero ese no es el diario oficial esa no es la forma de darle publicidad a una norma mucho menos a una parte esencial de la tarifa del tributo que han creado y que dicen que se llama una tasa y que dicen que financiara el control que van a realizar la unidad de control consta en un anexo que jamás se publicó en el Registro Oficial y que hasta el 30 de noviembre ni siquiera existió en la página web de la Aduana que fue mutando con el tiempo y que ha subido una serie de cambios si el anexo que establecía cada una de las unidades de control por su partida era parte integrante de la resolución por principio de publicidad debía estar publicado junto con la Resolución como lo es el Arancel Nacional de importaciones como cuando nos quieren poner las salvaguardias nos ponen en el Registro Oficial etcétera etcétera este ahorro de papel genera también ilegalidad con la ausencia de publicidad yo les puedo asegurar que si ustedes toman la Resolución yo les pido que me digan cuál es la tasa de control aduanero que pagué este celular ustedes no pueden determinar primero porque no saben cuánto pesa el celular y segundo porque en la Resolución no tienen cuál es la unidad de control tendrían que irse a la página web de la Aduana ver si ahora si está publicado verificar cuál es la subpartida del teléfono y ahora sí encontrarle el monto de unidad de control aplicable eso no es correcto eso no es propio de una norma tributaria eso nos hace entender que se ha violado la legalidad del tributo porque no hay claridad en tu tarifa la Constitución de la República en su artículo 82 señala 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 esta norma es pública parcialmente la tarifa no es pública lo dijo la Secretaría General de la Comunidad Andina señores Jueces la tasa es un gravamen el afán es recaudatorio lo dijo el Ministro de Finanzas la tasa le hace mal al país hoy estamos ante ustedes para pedirles que nos ayuden en este propósito que los gremios hemos emprendido en defensa de la ciudadanía para proteger al comercio a la industria a los exportadores a los industriales al turismo y a cada uno de los ciudadanos de un cobro que finalmente encarece los bienes en el país y que no es correcto y cuando las cosas no son correctas pues los ciudadanos tenemos derecho a criticar las y la justicia ampararnos antes de concluir señores Jueces y pidiéndoles que se tenga en cuenta todo lo alegado y evidenciado de la simple lectura de la Resolución que no es distinto lo dicho por la Secretaría General de la Comunidad Andina se declara la ilegalidad de la tasa no sin antes de escuchar al ingeniero Patricio Alarcón que quiere un minuto para dar unas palabras ***SEÑOR PATRICIO ALARCÓN:*** *Señores Jueces señores y señoras yo no quiero que concluya los alegatos de nuestra parte sin antes recalcar la importancia de la independencia de la justicia para no afectar al consumidor final y para no afectar a un sector específicamente que lo único que hace es pagar tributos y promover la generación de fuentes de trabajo en el país el Estado está en todo su derecho de tratar de implementar nuevos impuestos está claro si necesita dinero está en su derecho de por medio de la Asamblea Nacional a tratar de pasar un proyecto de ley incrementando los impuestos pero no puede disfrazar un*

impuesto por medio de una tasa recaudatoria afectando con discriminación a un solo sector que es el sector importador muchas gracias señores Jueces"

ADMINISTRACIÓN ADUANERA: y por la parte demandada Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en calidad de procuradores el doctor Godoy Garzón Edwin Rodrigo y el abogado Rocha Suárez Luis Francisco, quienes mencionaron lo siguiente: ***"ABOGADO LUIS FRANCISCO ROCHA SUÁREZ:*** *Muchas gracias señora Jueza solamente con la finalidad de que conste en el audio mi nombre es abogado Luis Rocha Suárez representó al Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador ingeniero Mauro Andino y también ostentó el cargo de Director Nacional Jurídico Aduanero previo a referirme porque siento que es necesario realizar una delimitación del proceso como antecedente manejarlo porque acá hemos hecho una discusión que en realidad no es la que deberíamos tener en esta esfera y eso lo digo con muchísimo respeto pero en realidad en la audiencia preliminar de hecho se planteó el tema como un tema de puro derecho es decir aquí nos vamos a discutir otras cosas que no sea el derecho okey que el derecho no se prueba por ende las pruebas quedaron descartadas voy a referirme de manera inicial algunas aseveraciones que se han hecho y comparto con usted representante gremial que señala que no se permita que haya algún tipo de manipulación respecto de la Administración de la Justicia estoy totalmente de acuerdo quizás eso en tal caso debería en la intervención de mi compañera y mi amiga en realidad de Gabriela quizás debería apuntar hacia lo mismo porque yo decía que el Ministro de Finanzas ha hecho unas declaraciones que desde mi punto de vistas son sacadas de contexto podemos tener una diferencia en tal caso pero es un tema subjetivo pero el Ministro representa una cartera de estado que evidentemente en el Ecuador hasta donde yo recuerdo existe separación de poderes no puede afectar una porque un ministro dice que algo es correcto o es incorrecto la Administración de Justicia más aún cuando el tema a qué estamos discutiendo es un tema de puro derecho derecho eso es lo que venimos de hablar acá se han hecho algunas aseveraciones como por ejemplo que la CAN ya se ha pronunciado al respecto son temas totalmente diferentes basta con revisar cuál fue la demanda que se planteó en la CAN ahí no estamos discutiendo el tema de legalidad estamos discutiendo totalmente otra cosa estamos discutiendo naturaleza estamos discutiendo otras cosas que no es legalidad y qué es lo que nos invitaron a discutir aquí y ojo eso sobre lo que nosotros hemos respondido y esto es muy importante por eso es importante y relevante delimitar el proceso al hacer todas estas aseveraciones que no tienen nada que ver con la demanda que plantearon y por ende nosotros contestamos en base a la demanda que nos fue planteada si es obligatorio señalar que el artículo 148 de nuestro Código Orgánico General de Procesos nos habla de la reforma de la demanda que va a quedar demostrado en este alegato que es lo que se está pretendiendo hacer y qué no se puede hacer porque está vedado por este artículo 148 qué es lo que nos dice nos dice que yo efectivamente puedo reformar la demanda que es lo que se pretende hacer pero me da dos momentos el primer momento hasta antes de la contestación pero de existir hechos nuevos en la contestación incluso porque cuando yo recibo la contestación obviamente puede ser que tenga la necesidad de pronunciarme sobre algo adicional e incluso tengo la facultad de pedir prueba nueva en base a esos hechos que no ha sido respondido la ley también lo prevé me dice okey si hay hechos nuevos usted puede reformar la demanda hasta antes de la audiencia preliminar la audiencia preliminar como sabemos ya se dio este argumento viene siendo reiterativo de que se quiere modificar lo que ya se ha estipulado sólo para no saltarme en el orden de ideas para no cerrar el tema de la de la CAN que es una discusión totalmente diferente primero no está en firme aquí estamos en nuestro máximo Tribunal de legalidad en el Ecuador por ende creo que es una discusión de sobra pero no está en firme es falso eso de decir que no ha cambiado como que fuera algo definitivo en realidad no es algo definitivo como vuelvo y repito la discusión es totalmente sobre temas diferentes y más allá de eso está suspendido porque se ha acogido a la suspensión presentado por nosotros se presentó un recurso de reconsideración y aun así sin saber cuál va hacer la respuesta al recurso de reconsideración que puede ser positivo o negativo aun así queda una instancia adicional que es el Tribunal Andino de Justicia es decir lo* último que podemos decir es que eso ya es cosa juzgada o qué eso ya nos obliga a fallar de una u otra forma más aún cuando la discusión no fue la misma no me quedo *muy claro también se hacen hay una confusión y una mezcla de conceptos porque se menciona muchas veces que la resolución es nula y en otros casos se menciona que es ilegal sobre este tema oportunamente mi compañero Rodrigo Godoy lo explicará ya con mayor detalle pero no es lo mismo sólo lo dejó señalado que no es lo mismo el hecho de no estar de acuerdo no significa que no sea correcto porque yo puedo decir acá se ha hecho una consideración subjetiva se ha dicho que no es correcto no es correcto tampoco ni siquiera*

discutiendo eso pero la corrección o no de un acto es un tema subjetivo lo que es correcto para mi definitivamente para otra persona puede ser que no sea correcto para eso está la ley señores por eso es que discutimos un tema de legalidad para determinar si pasó todos los filtros y cumplió todo el proceso que tenía que cumplir pues entonces se debe presumir que es correcto si yo no estoy de acuerdo eso es una consideración subjetiva totalmente diferente y finalmente como sólo para hacer un inicio porque me tengo que referir definitivamente a la supuesta transgresión al principio de Reserva de Ley y a la supuesta transgresión del principio de Legalidad con esto cierro esta etapa inicial cuando menciona dos cosas la primera es que la razón de ser de la Aduana es el control Gaby fue ex funcionaria aduanera sabemos que la Aduana no sólo ejerce labores de control sino también de facilitación y segundo cuando nos hablan de las unidades de control como que fuera un hecho rígido las unidades de control evidentemente van a multar y de hecho es positivo porque los gremios tienen la posibilidad de justificar técnicamente cuando una unidad de control no sea acorde a la realidad y puede ser modificada eso al contrario de lo que se ha pretendido decir habla bien de la Administración que no le cierra las puertas a esos cambios pero es un tema de legalidad ese es un tema que creería yo no hay porqué ahondar más porque no es lo que debemos discutir bueno hecha esta breve precisión como lo que se discute en si la Resolución SENAE SENAE-2017-0001-RM publicada en el Registro Oficial 115 el 8 de noviembre del 2017 es o no es legal vamos a pronunciarnos sobre los dos aspectos sobre los que deberíamos pronunciarnos y sobre os que deberíamos discutir el día de hoy que es primero la supuesta transgresión al principio de Reserva de Ley y entonces qué entendemos por principio de Reserva de Ley el principio fundamental relativo a las competencias y legitimación para intervenir en los procesos de producción normativa que es lo que tenemos que ver aquí existe o no existe la facultad para el SENAE y para el Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador para crear esta tasa pregunta es existe esta facultad si o no de manera inicial y con bastante sorpresa nosotros pudimos ver que se ha mencionado de manera mutilada el artículo 80 porque se dice que este artículo 80 del COPCI limita esta facultad del Director General es decir dice que no puede generar y me voy a permitir en leer el texto y señala artículo 80 del COPCI las tasas que se exija para el otorgamiento de permisos registros autorizaciones licencias análisis inspecciones y otros trámites aplicables a la importación y exportación de mercancías o en conexión con ellas distintos a los procedimientos y servicios aduaneros regulares se fijarán en proporción al costo de servicio efectivamente prestado y continúa pero el segundo inciso se olvidan de mencionar un olvido que es bastante conveniente y se señala de esta manera sólo se exigirán las tasas mencionadas en el párrafo anterior así como las formalidades y requisitos aplicables a los procedimientos relacionados con la importación y exportación de mercancías a partir de su aprobación por el órgano rector de la materia de comercio exterior es decir en este caso el COMEX eso no se refiere a los servicios aduaneros el artículo 80 no se refiere a los servicios aduaneros el artículo que se refiere a los servicios aduaneros es el artículo 210 del COPCI ese sí y vamos a leer pues cuáles son los servicios aduaneros nos dice servicios aduaneros para el ejercicio de la potestad aduanera el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador tendrá bajo su control los servicios de almacenamiento aforo control y vigilancia de las mercancías ingresadas al amparo de ella así como los que determine la Directora o el Director General de la entidad es decir este es el artículo del COMEX no el 80 el que a nosotros nos atañe hecha esta precisión porque ese artículo como reiteró mutilado tanto en la presentación inicial como mutilado nuevamente el día de hoy cuando se habla del principio de Reserva de Ley es el que debería estarse discutiendo y entonces ahora me corresponde pues señalar cómo es que el Director si tiene la facultad de expedir esta Resolución una vez que queda demostrado que no es el artículo aplicada del 80 entonces empecemos de la Constitución el artículo 301 de la Constitución en su parte pertinente nos señala que sólo se puede que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer modificar exonerar o distinguir tasas y contribuciones las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley entonces la Constitución nos dice sólo por órgano competente vamos a ver pues si el SENAE es órgano competente y nos dice que para la creación o regulación vamos a irnos a lo que nos dice la Ley bajamos y vamos al artículo 108 del COPCI nos habla de los tributos del comercio exterior y en su literal c se nos habla de las tasas por servicios aduaneros y el mismo 108 nos dice y esto es una cita textual el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador mediante resolución creará o suprimirá las tasas por servicios aduaneros fijara sus tarifas irregular a su costo es decir la ley lo nombra al SENAE de como un organismo competente acorde a lo que nos dice la Constitución y finalmente el artículo 216 letra l del Código Orgánico de la Producción establece dentro del bagaje de atribuciones que le

habla nos atañe dice la Directora o director General tendrá las siguientes atribuciones y competencias expedir mediante resolución los reglamentos manuales de oficios de instructivos circulares necesarios para la aplicación de aspectos operativos administrativos procedimentales de valoración de aduana y para la creación suspensión y regulación de las tasas por servicios aduaneros así como las regulaciones necesarias para el buen funcionamiento de la administración aduanera y de aquellos aspectos relativos no contemplados en este Código y su Reglamento que quiere ir esto cuando nosotros nos referimos a la supuesta transgresión del principio de Reserva de Ley no existe no existe porque están utilizando un artículo que no es el que nos deben aplicar a nosotros y segundo la Constitución lo permite el COPCI permite y vamos a ver ahora que hagamos el análisis del principio de legalidad el COFLAPIC lo permite es decir normativamente se puede crear por supuesto que se puede crear pero puede quedar totalmente descartado y no por algo que sea arbitrario o que yo me esté inventando algo lo que yo acabo de leer son citas textuales de normas es decir son las reglas del juego que tenemos no importa si yo estoy de acuerdo o no estoy de acuerdo esas son las reglas del juego que tenemos para la creación y luego viene la supuesta transgresión del principio de legalidad cuando nos alegan esto lo primero que no salta la duda es contradictoria porque por un lado me están diciendo que el Director General de Aduanas del Ecuador no tiene la facultad para dictar esta Resolución que crea la tasa de servicio de control aduanero y por otro me dicen en el principio de Legalidad supuestamente transgredido me dice es que no cumplió el procedimiento es decir reconocen tácitamente que si tenía la capacidad legal pero que no se adecua al procedimiento entonces vamos a ver si se adecua o no se adecua al procedimiento que es lo que nos corresponde en este debate señalar y entonces en este caso en particular teneos pues como bien lo mencionó en su momento Gabriela tomó sus palabras ella dice para nosotros no existe el informe de hecho eso fue lo que dijo en la demanda la que no puede modificar la simple presentación del informe para nosotros es suficiente para demostrar que si existió y que sí se cumplió con el procedimiento pero sin embargo vamos a ir más allá ella dice no existe eso es lo que ella pone en demanda y es lo que no puede modificar el día de hoy sin embargo dice que para ella no existe pero hace aseveraciones como que fue expedido en 8 horas entonces si lo conoce lo que pasa es que la sombra la agilidad con la que fue expedido pero eso son discusiones que no vienen al caso y que no tienen que ser analizados aquí lo que nos corresponde es ver si se cumplió o no se cumplió el procedimiento que ellos mismo nos señalan que no hemos cumplido y es eso lo que nosotros hemos tenido que responder entonces nos vamos al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que señala en su disposición general cuarta las entidades y organismos del sector público que forman parte del Presupuesto General del Estado podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables inmediatos tales como control, peaje, control, nuevamente nos dice control inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias, u otros a fin de recuperar entre otros los costos en los que incurriere por el servicio prestado con base en la reglamentación de este Código claro nos van a decir el tema claro pero ahí dice que es el tema de los costos por supuesto pero por eso no se establecen un procedimiento y en ese procedimiento nos dicen señores a esto va ser sujeto de escrutinio del Ministerio de Finanzas entonces el Ministerio de Finanzas es del que va a revisar si efectivamente ustedes cumplen o no cumplen el Ministerio de Finanzas es decir cuando ellos emiten su dictamen ese dictamen puede ser positivo o negativo y saben cómo fue, fue positivo y por ende nosotros quedamos habilitados como Servicio Nacional de Aduanas para expedir esto pero seguimos el reglamento de la misma Ley nos dice en su artículo 73 las entidades y organismos del sector púbico que forman parte del Presupuesto General del Estado podrán establecer y modificar tasas por la prestación de servicios cuantificables inmediatos para lo cual deberán sustentarse en un informe técnico donde se demuestre que las mismas guardan relación con los costos márgenes de prestación de tales servicio de estándares nacionales e internacionales políticas públicas entre otros es decir todo ese reclamo que nos están haciendo al día de hoy que nos están diciendo es que no es cuantificable todo eso que nos dicen al día de hoy ya fue sujeto al escrutinio del Ministerio de Finanzas porque nos obligan porque el procedimiento nos obligan no es algo que nosotros lo hicimos porque quisimos para poder sacar esta tasa nos obligaron a presentar luego de esto el Acuerdo Ministerial 204 expedido por el Ministerio de Finanzas de sus artículos del 1 al 3 y perdone que yo soy enemigo de leer normas pero estamos viendo un tema de legalidad y tengo que leer la norma artículo 1 para el caso de las instituciones que conforman el Presupuesto General del Estado requieran la presentación o modificación de tasas por la venta de bienes y prestación de servicios que brinden conforme a la facultad prevista en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento General deberán remitir al Ministerio de Finanzas el

respectivo proyecto de acto administrativo acuerdo resolución (etcétera) así como el correspondiente informe técnico que deberá contener qué es lo que debe contener análisis de costos demanda de servicios política pública comparación con estándares internacionales e impactos presupuestarios entre otros del cual se desprenderá la necesidad de la creación o modificación de las tasas vuelvo y repito todo lo que nos están reclamando al día de hoy fue oportunamente revisado por el ente que nos obliga la ley no por el ente que hoy no*s pretende obligar las Cámaras o la Federación de Cámaras o la Cámara de Comercio de Guayaquil el artículo 2 del mismo acuerdo señala el Ministerio de Finanzas sobre la base de la citada información procederá al análisis técnico legal del proyecto de reforma legal que establece y o modifica las tasas expidiendo para el efecto el correspondiente dictamen lo que mencionaba este dictamen puede ser positivo como puede ser negativo sabe que no cumple con ninguno de los estándares que debería cumplir no va pero no ocurrió eso lo que ocurrió es que si cumplió y el artículo 3 nos dice con el pronunciamiento favorable del Ministerio de Finanzas la entidad procederá a emitir la disposición legal que autorice la aplicación del nuevo tarifario para el cobro por la venta de bienes y prestación de servicios si el dictamen fue favorable nosotros estábamos habilitados para crear esta tasa a través de esta tasa de esta Resolución esa es la discusión que tenemos al día de hoy y estoy complacido de que esta discusión la tengamos en nuestro máximo Tribunal de legalidad a nivel nacional porque lo que estamos discutiendo es un tema de legalidad por lo tanto no hay razón para que se declare lo que todavía no me queda claro la pretensión fue el objeto del punto de debate la ilegalidad no hay por donde la nulidad que a veces se menciona como que fueran términos sinónimos cuando en realidad no lo son con eso terminó mi exposición y le doy con su venia doctora le doy la palabra a mi compañero Rodrigo. **SR.EDWIN RODRIGO GODOY GARZÓN** *Señores Jueces señora Secretaria abogados de la contraparte estimado público yo creo que en esta parte señores Jueces es muy importante tener en cuenta lo siguiente el Código Orgánico de la Función Judicial perdón el COGEP en su artículo 320 respecto de la impugnación dice las y los contribuyentes o interesados directos podrán impugnar en el numeral 2 contra reglamentos ordenanzas resoluciones o circulares de carácter general dictadas en materia tributaria cuando se persiga la anulación total o parcial de dichos actos esta es una demanda que se ha incoado señores Jueces en contra de un acto normativo de carácter tributario por lo tanto la pretensión en este caso de la parte actora debía ir encasillada justamente en perseguir la anulación de ese acto normativo porqué por ende las acciones subjetivas o de plena jurisdicción que son claramente delimitadas igual en el COGEP sobre las cuales se persigue una ilegalidad de un acto administrativo expedido por un órgano de la administración pública en este caso se refiere a un acto normativo y como tal la vía el camino para que pueda ser impugnada vía judicial y especialmente ante esta Corte Nacional de Justicia era obviamente una acción de anulación objetiva solicitando la anulación de dicho acto normativo rescatando un poco las palabras del abogado Rocha y así mismo de los abogados que ejercen la defensa técnica de la contraparte en definitiva aducen que existe una nulidad pero sin identificar la norma que prácticamente estaría violentada al amparo de dicha nulidad una de las características principales de la nulidad es la tipicidad señores Jueces la tipicidad en relación a que dicha nulidad tiene que estar zanjada en la ley tiene que estar determinada expresamente en la norma para que dicha nulidad obviamente verificada por parte del Tribunal de Justicia pueda ser declarada en sentencia cuestión que en esta parte no ha quedado clara pero que en definitiva la pretensión de la actora ha sido se declara la ilegalidad de la Resolución 0001 del primero de noviembre del 2017 expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial respecto de la competencia de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario en su numeral 2 dice las acciones de impugnación que se proponga en contra de reglamentos ordenanzas resoluciones y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley de carácter tributario obviamente para la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos legales y se persiga textualmente dice la norma con efectos generales su anulación total o parcial no existe señores Jueces ni doctrinaria ni legalmente la posibilidad de que este Tribunal de Justicia pueda determinar una ilegalidad sobre un acto normativo eso es propio de esta acción de anulación objetiva en la demanda señores Jueces se establece que se persigue obviamente la ilegalidad de una Resolución de carácter normativo expedida por el Director General del Servicio de Aduana del Ecuador y su pretensión en el numeral 103 con su venia señores Jueces voy a proceder a dar lectura dice 103 en base a los fundamentos expresados solicito a ustedes señores Jueces se sirvan declarar la ilegalidad*

de la Resolución impugnada la ilegalidad de una actuación administrativa puede producirse señores Jueces por 2 efectos primero cuantos los autos o resoluciones están contrapuestos con mandamientos jurídicos de carácter objetivo la acción que se persigue la acción que se está siguiendo en este caso señores Jueces es una acción de anulación objetiva contra normas de carácter objetivo contra las cuales estaría riñendo la disposición dada a través de la Resolución de carácter normativo expedida en este caso por la SENAE y la segunda posibilidad cuando han sido expuestos con exceso de poder es decir con violación al procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico pero en este caso se ha seguido el procedimiento establecido en el COMPLADEIN se ha seguido todo el procedimiento por lo cual con el aval del Ministerio de Finanzas se procede a emitir la Resolución obviamente amparada en el tema presupuestario financiero y además recibiendo el aval de la técnica utilizada en la Resolución con la finalidad de poder recuperar ese costo a través de la tasa la Corte Constitucional señores Jueces mantiene este mismo criterio cuando dice un acto es ilegal cuando ha sido dictado obviando los procedimientos legales para el caso establecido contemplado en el ordenamiento jurídico la Corte verifica que los derechos vulnerados han sido subsanados por la jurisdicción ordinaria esto lo dice la Corte Constitucional en uno de sus fallos el 309 S EP CC además dice un acto es ilegal cuando ha sido dictado obviando los procedimientos legales contemplados en el ordenamiento jurídico en otro fallo igual emitido por la misma Corte Constitucional dice un acto es ilegal cuando ha sido dictado obviando los procedimientos legales cuando el caso específico contemplado en el ordenamiento jurídico nosotros tenemos en el COMPLADEIN la obligación de seguir un proceso ese proceso se lo siguió se acompañó respetando el imperativo normativo del COGEP nos obliga a entregar el expediente administrativo del acto normativo que señores Jueces se encuentra aparejado a la contestación de la demanda y obra de autos en el proceso la acción objetiva de anulación el doctor Clotario Salinas emite un estudio respecto de la nulidad del acto administrativo el doctor Salinas es Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y dice en tanto que mediante el recurso objetivo de anulación que se lo demanda también por el exceso de poder tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción solicitando al Tribunal la nulidad obviamente este criterio basado en norma basado en derecho solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer del vicio legal el vicio legal señores Jueces hasta este momento y en esta audiencia no se ha logrado identificar no se ha logrado identificar una norma de carácter objetivo que pueda ser reñida con la disposición dada a través de la Resolución y obviamente bajo el amparo de la tipicidad como un carácter primordial para este tipo de acciones no se ha logrado identificar el propósito del recurso objetivo o es lograr la nulidad de la Resolución emanada de un ente público y restablecer el imperio jurídico afectado la norma jurídica afectada la norma que riña con la Resolución de carácter normativo emitida en este caso por el Director del SENAE lo cual no se ha podido identificar porque obviamente no existe las causales dice el doctor Salinas que la autoridad o el funcionario no tiene competencia para dictarla y adicionalmente que se hubieran omitido o se incumplieron las formalidades legales es decir coincide el estudio con lo resuelto por la Corte Constitucional y por esta misma Corte Nacional de Justicia que en el recurso perdón en el juicio número 17751 2013 0121 dice los requisitos de admisibilidad que deben preverse para una acción objetiva en materia tributaria son objetivos subjetivos formales y materiales y dentro de estos requisitos materiales dice los defectos que se pueden efectos que se pueden buscar a través de la interposición de una acción objetiva son los siguientes literal b dice se pretende la anulación del acto normativo en este caso señores Jueces no se estaría cumpliendo con este requisito porque se está solicitando dentro de la pretensión macro de la pretensión precisa en este caso del actor es se declara la ilegalidad bajo una acción de anulación objetiva esto lo mantiene también en el fallo expedido dentro del juicio 17751 2013-0028 eminentemente señores Jueces estamos frente a una demanda mal planteada no se puede solicitar la ilegalidad de un acto normativo bajo una acción de anulación objetiva porque la nulidad obviamente persigue que se declara tal eventualidad dentro de un acto normativo pero al amparo de una norma que expresamente determine cuando debe ser declarada nula una resolución de carácter normativo eso es lo que les puedo anticipar en esta parte señores Jueces agradeciéndoles mucho su tiempo".

REPLICA PARTE ACTORA.- "*ABOGADO JORGE OLMEDO TAMAYO TAPIA* *Señores Jueces me refiero muy rápidamente a esta excepción que además de impertinente es desleal de acuerdo al COGEP la nueva forma de litigación exige que todas las excepciones y pretensiones de la parte actora y excepciones de la parte demandada consten debidamente*

especificadas en los actos de proposición en nuestros actos de proposición en nuestro demanda consta claramente nuestros argumentos de derecho que no son unos son varios entre esos la legalidad en el cual hoy no he insistido pero si en el de Reserva de Ley al cual dedique mi exposición en la contestación de la demanda la Administración Tributaria Aduanera nunca habló sobre la nulidad ilegalidad si es que es pertinente la demanda o no fue un elemento sorpresa que ya introdujo a su resumen anterior y que por ser sorpresa no nos permite contradecirlo oportunamente y por tanto debe ser rechazado actualmente el principio básico es que los actos de proposición enuncien los argumentos de hecho y de derecho y en el caso de la parte demandada sus excepciones y no lo ha hecho cualquier caso señora Jueza en la audiencia anterior usted pregunto si existía algún vicio que afecta al procedimiento y la parte demandada no alegó ninguno usted propuso el objeto de la controversia y la parte demandada tampoco hizo observación alguna y en su resumen ya hoy le ha dedicado la mitad de su exposición a un elemento que no estuvo anunciado en su contestación a la demanda la Administración Tributaria Aduanera actúa con sorpresa y eso es contrario al principio de buena fe procesal no nos ha permitido contradecirlo oportunamente y en cualquier caso yendo al fondo de esa alegación impertinente además de desleal impertinente para que un acto sea anulado debe ser declarado ilegal yo le puedo pedir que se anule un acto siendo legal y en este caso entre las varias ilegalidades y lo hemos dicho expresamente es que se ha contravenido el artículo 4 del Código Tributario porque el tributo planteado simplemente no contiene un hecho generador compatible con el concepto tasa y de esa gran verdad a la cual hemos explicado se deduce que su base imponible no guarda proporción alguna con un servicio efectivo y su recuperación menos aún su cuantía como bien lo explicaba María Gabriela el peso no tiene incidencia alguna en un servicio efectivamente prestado al importador me refiero a 2 temas adicionales que los colegas lo plantearon es la reforma a la demanda no entendí en qué punto nosotros hemos reformado la demanda no entendí en nuestro demanda claramente nosotros decimos que efectivamente la tasa vulneró el principio de legalidad porque no se respetó el procedimiento y aseveramos eso porque hasta la fecha de nuestra presentación de la demanda SENAE negligentemente nunca respondió nuestro requerimiento de que nos de los informes en base a los cuales aprobó la tasa cuando ya entregó en la etapa de prueba más allá de que en el fondo pueda ser criticable el documento no hemos vuelto a insistir hoy en que esa legación se haya vulnerado el principio de legalidad pero hemos insistido en el principio de Reserva de Ley porque seguimos convencidos en que efectivamente el hecho generador no corresponde a una tasa el hecho generador corresponde a un impuesto de tal manera que no sé cuál fue la reforma de la demanda alegada por la Administración Aduanera hemos citado a la CAN porque la jurisprudencia es fuente de derecho y fue posterior y fue posterior a la presentación de la demanda no así como los fallos de la Corte Constitucional que hace un momento citaron que fueron anteriores a la presentación de la contestación de la demanda y no las incluyeron la CAN y el fallo de la CAN es importante no por que guarde el mismo análisis que lo podría guardar la normativa nacional la CAN concluye dos cosas que me parecen relevantes exponer como jurisprudencia simplemente para que sea analizada por ustedes señores Jueces es un tema es que la CAN dice aquí no veo ningún servicio a favor de los importadores por el cual ustedes tengan derecho a cobrar una tasa la CAN en su análisis no encontró ningún servicio y el servicio directo a los importadores es un requisito esencial de acuerdo al ordenamiento jurídico Ecuatoriano para que la tasa sea procedente y 2 la CAN dice lo que tú estás cobrando no tiene relación alguna con un servicio determinado al importador al momento de la importación y ese requisito también es compatible con nuestro ordenamiento jurídico local por tanto la decisión de la CAN es una jurisprudencia es una fuente de derecho que puede ser observada por ustedes y por eso la hemos citado y para terminar señores Jueces me permito simplemente referirme a una afirmación que creo que debe ser rechazada y es de que el Ministerio de Finanzas ya revisó el estudio económico de la tasa ya hizo el control de legalidad nunca he sabido nunca he conocido teoría alguna que le dé al Ministerio de Finanzas la potestad de ser un Juez de control de legalidad aquí ustedes son los Jueces y ustedes tienen la obligación de controlar la legalidad no solo en la forma sino también en el fondo nosotros hemos demandado en forma y fondo y en este caso específico en el fondo la tasa es ilegal porque no tiene hecho generador muchas gracias señora Jueza ***ABOGADA MARÍA GABRIELA UQUILLAS*** *Solamente para complementar en un segundo lo que acaba de decir Jorge nada se dijo sobre la publicidad del anexo convenientemente en toda la intervención de la Administración aduanera no se toca ese punto que para nosotros es fundamental porque el anexo es parte de la base la base es parte del tributo el tributo tiene que estar bien constituido y en este caso no lo está yo le*

recuerdo el anexo que guarda relación con cada una de las unidades de control de la tarifa que se aplica por la tasa es desconocido está en una página web del Servicio Nacional de Aduanas pero no en el diario público que es el Registro Oficial y eso es incorrecto por otro lado se ha dicho que no tienen claros si nosotros criticamos la inexistencia del informe del Ministerio de Finanzas o que luego decimos que son 8 horas el detalle es que nunca se puso en conocimiento si era tan público si era tan provo si era tan correcto si les daba tanta validez a la tasa porque no está dentro de la motivación y de los considerandos de la Resolución que hoy se impugna era tan sencillo como destacar en uno de los múltiples considerandos de conformidad con el informe positivo establecido por el Ministerio de Finanzas mediante resolución mediante acuerdo como si hubiese pronunciado que estaban de acuerdo lo hubiese hecho bastante más sencillo del análisis la tasa no tiene de tasa nada no hay servicio no hay costo no hay contraprestación no hay nada no hay absolutamente nada es un impuesto velado que necesitamos que sea eliminado del ordenamiento jurídico porque le hace un daño al país hasta aquí mi intervención".

Parte Demandada: ***"ABOGADO LUIS FRANCISCO ROCHA SUÁREZ:*** *Trataré de ser lo más breve y lo más sucinto lo primero que se señala debo esgrimir un principio de derecho constitucional que es el iura novit curia cuanto se nos califica como si fuera un tema desleal cuando la realidad no lo es y voy a explicar porque no lo es el artículo 153 del COGEP que es el que establece las excepciones previas nos establece las excepciones previas de manera taxativa pero son excepciones previas de previo conocimiento por la naturaleza es que incluso en alguno de los casos puedan terminar el proceso en ese momento caso como por ejemplo la cosa juzgada o el tema de litispendencia puede terminar el proceso pero eso no significa que esas excepciones sean las únicas que van a existir porque ahí me señalan 10 y me hace una mezcla de lo que antes era el CPC me ponen las excepciones que antes eran perentorias dilatorias entonces efectivamente me las mezclas pero no son las únicas yo no puedo decir por ejemplo si sigo la línea de razonamiento de mi colega yo no podría por ejemplo presentar entonces una excepción distinta a está y no podría decir solución o pago porque si usted revisa las 10 no está arreglada pero por supuesto que la puedo presentar y por supuesto que la puedo demostrar y el COGEP me dice en este momento al ser esto una discusión de derecho yo no es que puedo segarme y decir yo no voy a discutir sobre eso porque como no lo puse como excepción previa una discusión de derecho y si la molestia es que la demanda está mal planteada desde nuestro punto de vista la demanda está mal planteada son posiciones ellos tienen una teoría del caso nosotros tenemos otra teoría del caso de hecho por eso estamos sujetos de su escrutinio para que finalmente ustedes determinen pero no puede catalogarse eso como un acto de mala fe ni como una omisión intencional porque ni siquiera la consideramos como una omisión es un tema de análisis de lo que se ha presentado por supuesto que analizamos si es lo que lo que respondemos en primer lugar y el iura novit curia lo leo porque evidentemente al hablar al estar hablando de un tema de mera legalidad y al haberse determinado este como tema de puro derecho que no es otra cosa que dame el hecho y yo te doy el derecho son los hechos lo que está poniendo a la vista mi colega no está haciendo otra cosa ni está ingresando prueba de manera extemporánea ni mucho menos son los hechos sé que no entienden en qué momento se reformó la demanda bueno de pronto para refrescar un poco este tema en la página 10 del libelo de demanda en el numeral 41 del libelo dice por lo tanto el SENAE vulneró el procedimiento legalmente previsto para la implementación de una tasa al no haber solicitado al Ministerio de Finanzas la autorización correspondiente así así como por no haber adjuntado el respectivo estudio pormenorizado ni haberlo hecho constar en la motivación del acto que hoy se impugna no estoy mintiendo ni me estoy inventando nada nosotros respondemos la demanda que nos llega y está demanda nos dice que no lo tenemos y si nos dice que no lo tenemos y nosotros si lo tenemos evidentemente tenemos que responder que sí to tenemos lo que no puede ocurrir hoy es que cambie esto porque ya no hay tiempo para reformar la demanda y decir al día de hoy a no es que si lo tuvo pero es que me o escondió es que fue público no se trata de eso siempre existió no es que fue forjado de manera posterior no no no el documento existió fue aparejado y en este momentos se encuentra aparejado pero yo no puedo hacer esa aseveración si querían eso como prueba podrían a través de su intermedio solicitar lo podían haber hecho algo antes nadie los obligó a implantar su demanda en esa fecha pero ellos lo hicieron y hoy le endilgan esa omisión por decir lo menos se la pretenden endilgar al Juzgador cuando es un error propio de quién patrocina o no sé quién haya dado el consejo en tal caso pero eso está ahí no nos queda más que responder si me dicen que no está nosotros tenemos que responder que sí está porque si está y así está acreditado y finalmente con eso terminó para darle paso a Rodrigo Gabriela terminó diciendo la tasa no tiene nada de tasa y yo pregunto según*

quién según quién porque aquí se ha cumplido el procedimiento no nos ha dicho acá tampoco independientemente contra qué norma rige nos han dicho rige contra la definición más pacífica de tasa cual es la norma señores la norma estamos discutiendo un tema de legalidad cuál es la norma eso es lo que nos tiene que decir y nos ha dicho que nunca ha visto que sea el Ministerio el que haga esta calificación más allá de que haga o no haga en una calificación está establecido un procedimiento en el procedimiento ellos son los que dan el aval ellos son los que revisan ellos son los que emiten un dictamen favorable o no favorable y la ley se presume conocida por todos salvo que algo haya cambiado en el Código Civil desde que yo empecé a estudiar pero la ley se presume conocida por todos entonces del procedimiento obvio que lo conocen los abogados que litigan este tema entonces ese procedimiento no es que no existe y tanto que lo conocen que alegan que no existió porque lo esgrimen en lo que he citado pero dicen que no existió es el dictamen hoy que les demostramos que sí existe el dictamen entonces cambian y esa es la reforma que nos pretenden introducir y que la ley ha vedado esa posibilidad por lo expuesto sin perjuicio de la intervención que va a realizar Rodrigo así igual de breve solicitó que se declara sin lugar de le mandó en esta discusión de legalidad que tenemos no hay otra vía. ***DOCTOR GODOY GARZÓN EDWIN RODRIGO*** *Muchas gracias señores Jueces con su venia solamente voy a considerar dos puntos respecto de la exposición de la defensa técnica de la contraparte en primer lugar me referiré a la decisión o a la Resolución 1999 expedida por la CAN respecto de que ninguna parte de la resolución de carácter administrativo señores Jueces no es jurisprudencia es una resolución de carácter administrativo es una Secretaría de la Comunidad Andina de Naciones en la que no se declara ni ilegal ni nula la Resolución de la tasa de control aduanero entonces bajo ningún esquema bajo ninguna perspectiva se podría considerar primero que es jurisprudencia y segundo que debería o tendría que tener injerencia en la Resolución expedida por esta altísimo Tribunal de Justicia del país no se declara ilegal no se la declara nula y de una lectura adecuada de dicha resolución de carácter administrativo se podría llegar a concluir en aquello señores Jueces y como segundo punto se ha tratado con una deslealtad procesal yo creo que no hemos tratado o con nuestra exposición no hemos tratado de identificar aquellos sino más bien de rescatar uno de los principio básicos del derecho el iura novit curia es de aplicación propia y exclusiva de los Administradores de Justicia nosotros no hemos rescatado hechos nuevos estamos únicamente identificado temas de derecho al artículo 320 del COGEP le da la competencia al igual que el artículo 185 del* Código Orgánico de la Función Judicial para que este Tribunal pueda resolver demandas interpuesta*s sobre actos normativos pero obviamente sobre los cuales deba perseguir una anulación bajo un criterio de una determinación expresa en la norma bajo la cual identificada en este caso por el demandante cosa que no ha sucedido en este proceso puede hacer susceptible de verificación por este Tribunal en audiencia anterior señores Jueces se había delimitado el objeto de la litis sobre la posible ilegalidad de la Resolución de la tasa de control aduanero pero se habría llegado a la conclusión por parte de los señores Jueces que es una discusión de puro derecho y por lo tanto las alegaciones efectuadas por la contraparte en esta audiencia no deberían ser consideradas porque obviamente a esta altura el Tribunal y las partes están conscientes y no tiene duda alguna respecto de la aplicación de la norma entonces señores Jueces al igual que mi colega solicitó en esta parte y terminadas ya nuestras intervenciones se desecha la demanda por obviamente por ser mal interpuesta y en definitiva porque no existe tampoco ilegalidad alguna en su expedición muchas gracias señores Jueces."*

II.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver la presente acción objetiva de anulación con efectos generales, en virtud de las Resoluciones Nos. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 y 009-2018, de 23 de enero de 2018, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018 de 01 de febrero de 2018, 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 primero de la Codificación de la Ley de Casación.

III.- VALIDEZ PROCESAL

Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario no observa ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar, así mismo queda establecido que en la contestación a la demanda no se alegó ni como excepción general ni como excepción previa la falta de competencia de este Tribunal, por lo tanto se ratifica la validez del proceso, en el cual se analizará y resolverá un asunto de puro derecho.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA DE IMPUGNACIÓN.

4.1.- De la acción objetiva de anulación con efectos generales. Con relación a la acción objetiva, es importante describir al artículo 185, apartado segundo, del numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone: *"las acciones de impugnación propuestas en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley, de carácter tributario, cuando se alegue que tales disposiciones riñen con preceptos generales y se persiga, con efectos generales, su anulación total o parcial. Dichas acciones de impugnación podrán proponerse por quién tenga interés directo, o por entidades públicas y privadas*". Entonces resulta que, esta acción objetiva tiene como finalidad el imperio de la juridicidad con la anulación total o parcial del acto normativo impugnado, por considerarlos violatorios de la normativa legal no se trata de lesión a un derecho subjetivo, sino que lo que se persigue es su anulación con efectos generales, se ejerce en defensa e interés de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría; en consecuencia, lo resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es de efecto general; normativa que da la posibilidad de presentar la mencionada acción a más de las personas que tengan interés directo, a las entidades públicas o privadas.

4.1.1.- Con relación al interés directo la doctrina, ha referido que: "*(…) Debe ser un interés sustancial concreto por cuanto debe existir en cada caso especial, respecto de una determinada relación jurídica material, y es atinente a las peticiones formuladas en determinada demanda, por una o por varias personas individualizadas. Debe ser un interés sustancial serio y actual (…)" ([1]);* de modo similar, Enrique Tarigo Vásquez ha dicho que debe tener presente el interés directo "(…) el inmediatamente vulnerado por el acto, significando tanto como interés inmediato, no eventual o futuro (…)" ([2]); al mismo tiempo, se debe tener presente la legitimación causal, que para Giorgi la *legitimatio adcausam es la condición indispensable para obtener una sentencia favorable, que el presupuesto procesal lo constituye la legitimatio ad procesum,* la primera implica la calidad de sujeto del litigio, en sentido material, en tanto la segunda implica la calidad de sujeto de la acción, en sentido formal ([3]);en consecuencia, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario para la anulación de un acto normativo expedido de manera ilegal, su anulación será imperativa en los casos en que el acto estuviera viciado por irregularidades; de manera que el interés directo, debe ser actual o inmediato y no eventual o futuro.

4.1.2. Teniendo como norte lo dicho, lo primero que cabe recordar, es que: i) La presente acción objetiva, es interpuesta por Patricio Jorge Alarcón Proaño, en su calidad de Presidente y Representante Legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, Juan Carlos Díaz Granados Martínez, procurador y representante legal de la Cámara de Comercio de Guayaquil, conforme lo acreditan de los instrumentos que adjuntan y que constan a fojas 114-146 de los autos; **ii)** Que la Cámara de Comercio de Guayaquil, tiene la calidad de derecho privado con personería jurídica, sin fines de lucro; que de conformidad al artículo 2 (CAPITULO 1 DE LA DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN, SEDE, FINALIDADES, DEBERES Y PLAZO DE DURACIÓN, del Estatuto de la Cámara de Comercio de Guayaquil);tiene como objetivo *"Impulsar el desarrollo del comercio, de la fuentes de riqueza y de los negocios en general; procurar la prosperidad de sus socios (…) la consecución de sus objetivos socio-económicos y culturales; así como los de todo el país";* en tanto que el artículo 3, dice: *"a) Realizar las sugerencias que crea convenientes en los asuntos de economía, navegación y comercio; proponer las reformas que crea deban hacerse en materia aduanera y comercial y en todo lo referente a decretos, ordenanzas, tratados de navegación o comercio (…) l) Representar al comercio de su circunscripción ante toda clase de autoridades y organismos locales, legislativa, administrativas o judiciales"; y,* ***iii)*** *Que la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del*

[1] Hernando Devis Echandia, Compendio de Derecho Procesal, Tomo, Editorial Temis, 2012, p.256
[2] Enrique Tarigo Vásquez, Enfoque Procesal de Contencioso Administrativo de Anulación, Editorial FCU, primera edición, Montevideo-Uruguay, 1999, ps. 29-30
[3] Héctor Giorgi. El Contencioso Administrativo de Anulación, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República de Uruguay, p. 122

Ecuador, es una entidad privada, autónoma, con personería jurídica, sin fines de lucro; que de conformidad al artículo 3 (CAPITULO III, OBJETO DE LA DEFERACIÓN NACIONAL del Estatuto de la Federación Nacional Cámara de Comercio de Guayaquil); tiene como objetivo *"a) Representar los intereses generales del Comercio ante los organismos públicos y particulares (…) i) intervenir en defensa de los intereses de la institución y de las Entidades y de las Entidades que lo conforman cuando estas lo soliciten".* De lo manifestado se puede considerar el interés directo, por parte de los accionantes, en la presente causa.

4.2 Cabe recordar que esta Sala Especializada, al conocer la presente acción objetiva de anulación de carácter general, tiene como finalidad exclusiva el control de legalidad del acto normativo impugnado, teniendo en cuenta la demanda, la contestación a la misma, asi como el control de legalidad del acto impugnado con sus fundamentos y antecedentes; en este sentido, el artículo 273 del Código Tributario, inciso segundo, indica: *"(…) La sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos (…)",* normativa recogida en los artículos 89, 92, 95 y 313 del COGEP; de ahí que no le compete a esta Sala Especializada conocer asuntos de carácter constitucional.

4.3 Trasciende señalar que Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que respeta los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, que respeta además el derecho de las partes procesales dentro de un proceso legal. Un Estado que respeta el principio de legalidad, el mismo que debe estar en armonía con la Constitución de la República; así pues, los administradores de justicia, debemos afirmar la legalidad y coadyuvar a la justicia por el derecho (Fernando de la Rúa, Teoría General del proceso, 1991, p.28) y la Constitución de la República y preservar la independencia que es garantía de su imparcialidad; en este sentido; las partes procesales tienen derecho a que sus demandas sean resueltas por los administradores de justicia sin dilaciones, por tal los juzgadores debemos observar el trámite propio de cada procedimiento, de conformidad con el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República.

V.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

5.1 La Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador y la Cámara de Comercio de Guayaquil deducen acción objetiva de anulación con efectos generales en contra de la resolución No. SENAE- SENAE- 2017-0001-RE suscrita por su Director General Sr. Mauro Andino Alarcón, norma que establece la creación de una tasa por el servicio de control aduanero. En este contexto se traba la Litis al respecto del siguiente punto: por una parte los actores solicitan que se declare la ilegalidad de la resolución impugnada y consecuentemente se la deje sin efecto; por otro lado la pretensión de la parte demandada dice relación a que se rechace la demanda propuesta por las cámaras y se declare la legalidad y legitimidad de la Resolución SENAE- SENAE-2017-0001-RE (M). Al respecto esta Sala especializada delimitó el punto a tratarse como un asunto de puro derecho sin que existan hechos que deban justificarse.

5.2 Análisis del caso.- Este órgano jurisdiccional, conforme las pretensiones tanto del actor como del demandado estableció que el objeto de la *litis* a tratar se ha enmarcado en dilucidar si la RESOLUCIÓN N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 115, de fecha 08 de noviembre del 2017, reformada mediante Resoluciones Reformatorias Nros. SENAE-SENAE-20017-002-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 121 Suplemento, de 16 de noviembre de 2017; y, Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0004-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 159 Suplemento, de fecha 12 de enero de2018, es o no ilegal.

De conformidad con lo antes señalado, al tratarse de la ilegalidad de la Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), es decir de un caso de puro derecho, este Tribunal Especializado, realiza las siguientes consideraciones:

5.3 Dentro de la presente causa constan las siguientes piezas procesales que se refieren al Acto normativo impugnado así como sus antecedentes y fundamentos que constituyen el objeto de la Litis de esta acción, mismos que fueron presentados por la Administración Aduanera conforme lo estipulado en el art 309 del COGEP, que establece que la Autoridad Tributaria demanda estará obligada a adjuntar copias certificadas de la resolución o acto impugnado de que se trate y el expediente original que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de su dependencia, estos son: A) en

44 fojas copias debidamente certificadas de expediente relativo al informe de la Tasa de Servicio de Control Aduanero, documentación en la que consta: Acta de Reunión de fecha 25-09-2017: Oficio No. SENAE-SGN.2017-0001 de 1 de noviembre de 2017 en el que se solicita el pronunciamiento del Ministro de Finanzas en relación a lo dispuesto en el numeral 15 del art. 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; Informe de la Tasa de Control Aduanero conforme a lo dispuesto en la Disposición General Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y el art. 73 de su reglamento; Proyecto de Resolución de conformidad al Acuerdo Ministerial 204 expedido por el Ministerio de Finanzas; Anexo de la Unidad de Control; Oficio MEF-DM-2017-0371 de 4 de noviembre de 2017 en el cual el Ministro de Finanzas emite dictamen favorable para continuar con el trámite de la Tasa de Control de Servicio Aduanero.

B) La Resolución SENAE-SENAE- 2017-001-RE (M) de 1 de noviembre de 2017 con sus modificatorias y que constituye el acto normativo impugnado.

5.4 Que la finalidad de la acción objetiva de anulación del acto normativo es la tutela del orden jurídico, a fin de que aquel quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho. Dentro de las características más sobresalientes tenemos que se ejerce en defensa e interés de la legalidad, que la sentencia produce efectos retroactivos, y procede contra actos normativos de carácter general y abstracto.

5.5 Es decir que la presente acción envuelve dos pretensiones a saber. La primera, la de anulación del acto normativo que procederá cuando haya sido expedida por funcionarios u organismos incompetentes o en forma irregular o con desviación de competencias y la segunda cuando el acto normativo riñe con los preceptos legales de jerarquía superior.

Al respecto la demanda objetiva de anulación propuesta por la Federación Nacional de Cámara de Comercio del Ecuador, así como por la Cámara de Comercio de Guayaquil está dirigida en contra de la Resolución N° SENAE-SENAE-2017-001-RE (M), de fecha 1 de noviembre de 2017, publicada en el Registro Oficial N° 115, de fecha 08 de noviembre del 2017, que fija la Tasa de Control Aduanero, efectuada en todo el territorio nacional por parte del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador en las fases de control anterior, concurrente y posterior.

Este Tribunal considera que se ha probado el interés directo de acuerdo a la naturaleza de la presente acción por parte de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador y por la Cámara de Comercio de Guayaquil toda vez que entre sus atribuciones está la de velar y proteger los derechos de sus agremiados, de conformidad con sus estatutos, y por lo tanto un interés legítimo en pretender que impere el restablecimiento de la legalidad vulnerada, según manifiestan, por la Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M) que establece la Tasa de Control Aduanero.

5.6 A continuación este Tribunal estima que los problemas jurídicos formulados por Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador y por la Cámara de Comercio de Guayaquil tienen su sustento jurídico en las siguientes razones:

1.- Que el acto normativo haya sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse; 2.- Cuando el acto administrativo se expida por organismo o funcionario incompetente; 3.- Cuando el acto administrativo se expidió de manera irregular o vulnerando el debido proceso; 4.- Cuando el acto administrativo se expidió sin debida motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (desviación de poder).

Que de conformidad con lo expresado en el artículo 320 Numeral 2) del COGEP; *"Artículo 320.- Impugnación. Las o los contribuyentes o interesados directos pueden impugnar. 2. Contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se persiga la anulación total o parcial de dichos actos*". Es decir que el objeto de impugnación se corresponde a una acción objetiva de anulación que persigue la anulación total o parcial del acto por reñir con los preceptos legales, al vulnerar o desconocer el ordenamiento jurídico superior, es decir tiene como finalidad el restablecimiento de la legalidad, y por medio de esta acción quien tenga interés directo o cualquier entidad pública o privada podrá proponerla solicitando se declare dicha anulación del acto administrativo de carácter general.

5.7 Que la competencia se encuentra determinada por tres elementos estos son: material, temporal y territorial. La incompetencia en razón de la materia se concreta sobre las potestades de las que se carece y que están en cabeza de otro, por el ejercicio de competencias inexistentes o por exceso en el

ejercicio de las potestades asignadas. La incompetencia en razón de la atemporalidad refiere a casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario de la Administración deban ser ejercidas bajo condiciones de tiempo y que las funciones se ejerzan antes o después del momento que podía actúar. Y la incompetencia en razón del territorio cuando las competencias se ejercen por fuera del ámbito territorial asignado.

De lo expuesto se colige que cuando la administración opera fuera de sus competencias asignadas legalmente viola el principio de juricidad y el acto con el cual ejecuta dicha violación se constituye en antijurídico y viciado de nulidad.

5.8 Para el caso que nos ocupa iniciando con el análisis del principio de Reserva de Ley debemos mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la Constitución de la República de Ecuador que textualmente expresa *"Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley".* Es decir que solo por acto normativo de órgano competente se podrá establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas, las que se crearán y regularán conforme con la ley, punto en el cual es importante mencionar que para el caso de tasas se requiere el cumplimiento obligatorio del principio de reserva de ley en materia tributaria siendo que no puede existir tributo sin ley.

5.9 Por otra parte el artículo 108 del COPCI expone: "Art. 108. Tributos al Comercio Exterior.- Los tributos al comercio exterior son: a. Los derechos arancelarios; b. Los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías; y, **c. Las tasas por servicios aduaneros. El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador mediante resolución creará o suprimirá las tasas por servicios aduaneros, fijará sus tarifas y regulará su cobro.** Es decir que las tasas por servicios aduaneros de conformidad con la ley forman parte de los tributos al Comercio Exterior los cuales serán creados mediante Resolución por el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador.

5.10 En el mismo sentido el artículo 216 del COPCI literal l) expone: *"Art. 216.-Competencias.- La Directora o el Director General tendrá las siguientes atribuciones y competencias: l. Expedir, mediante resolución los reglamentos, manuales, instructivos, oficios circulares necesarios para la aplicación de aspectos operativos, administrativos, procedimentales, de valoración en aduana y para la creación, supresión y regulación de las tasas por servicios aduaneros, así como las regulaciones necesarias para el buen funcionamiento de la administración aduanera y aquellos aspectos operativos no contemplados en este Código y su reglamento; y".* De lo expuesto se infiere que el Director o Directora General del SENAE tiene la atribución legal mediante resolución de crear Tasas por Servicios Aduaneros, fijar sus tarifas y regular su cobro.

5.11 En el mismo sentido el art 210 del COPCI prevé: *"Art. 210.- Servicios aduaneros.- Para el ejercicio de la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador tendrá bajo su control los servicios de almacenamiento, aforo, control y vigilancia de la mercancías ingresadas al amparo de ella, así como las que determine la Directora o el Director General de la entidad; para tal efecto, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador podrá celebrar contratos con instituciones públicas o privadas para la prestación de dichos servicios. Estos contratos contendrán las causales y sanciones en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, las cuales no podrán ser limitadas por el contrato",* Lo expuesto establece que el SENAE tendrá bajo su control los servicios para el ejercicio de la potestad aduanera dentro de los cuales se encuentra el control como uno de los servicios aduaneros derivados del ejercicio de la potestad aduanera; en este punto es importante establecer la diferencia que existe entre las tasas establecidas en el art. 30 del COPCI, las que se refieren a tasas para el otorgamiento de permisos, registros, autorizaciones, licencias, análisis, inspecciones y otros trámites aplicables a la importación y exportación de mercancías que son distintos a los servicios aduaneros regulares los que se encuentran contemplados en el art. 210 del COPCI y dentro de esos servicios aduaneros se establece al control como uno de ellos debiendo destacar que en el Art. 1 de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017.0001-RE (M) se define al control aduanero como el conjunto de medidas adoptadas por la Administración Aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de normas supranacionales y normativa nacional vigente, en el ejercicio de todas las facultades asignadas a esta Administración Aduanera. El control aduanero de

la mercancías, los medios de transporte que crucen la frontera y de quienes se efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías comprende el análisis, supervisión, fiscalización, verificación, investigación y evaluación del cumplimiento y aplicación de las normas supranacionales, normativa aduanera nacional vigente y demás normas conexas.

5.12 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de legalidad tiene jerarquía constitucional, así los arts. 11.3, 120.7, 132.3, 135, 264.5, 287 y 301, se refieren a este principio, el cual en el ámbito tributario, consiste esencialmente, en que la obligación de pagar tributos tiene como única fuente la Ley, pues la ley es el medio generador de certeza que da forma a la seguridad jurídica y con ello la eliminación de todo tipo de arbitrariedad. Andrea Fedele, dice que, la legalidad en materia tributaria tiene una estrecha conexión con la facultad competencia de creación de los tributos, regulada por los textos constitucionales de cada país. Finalmente según Ramón Valdez Costa, el principio de legalidad en materia tributaria tiene que ver con la delimitación de las capacidades que tiene cada ente público con relación al tributo, dejando en claro que la distribución de estas capacidades debe estar inequívocamente establecida en la norma superior. Para fines tributarios es importante establecer que la reserva de ley cubre la regulación de los elementos esenciales de tributos: mismos que se originan en el deber de pagar un tributo, en su hecho imponible; en quién está obligado a pagarlo, que es el sujeto pasivo; a quien se está obligado a pagar, esto es el sujeto activo; cuánto y cómo hay que pagar: base tipo, cuota, plazos, etc.; cuando no se paga relacionado con las exenciones; y, cuando y por qué se paga menos relacionado con las deducciones, es decir, el principio de legalidad no está restringido, únicamente, al tema de la creación normativa de los tributos para establecer límites a las potestades del Estado y sus gobernantes, sino que tiene que ver con el principio de reserva de ley, esto es con el tipo de norma que se requiere para la creación y, en general para la modificación de los tributos, y con la precisión acerca de qué elementos y definiciones deben estar contenidas en ella.

5.13 Bajo el concepto antes expuesto este Tribunal advierte que de conformidad con los artículos 108, 216 letra l) y 210 del COPCI y 301 de la Constitución de la República del Ecuador, se otorga al Servicio Nacional de Aduana la facultad normativa para la creación o extinción de tasas, mediante Resolución debidamente suscrita por el Director o Directora General del SENAE por ser la autoridad designada por Ley para tal efecto, destacando adicionalmente que de conformidad con lo expuesto en el artículo 210 del COPCI se establece al control como un Servicio Aduanero para el ejercicio de la potestad aduanera.

Es importante destacar que el Art. 2 de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), establece como objeto de la tasa al servicio de control aduanero efectuado en todo el territorio nacional por parte del SENAE en las fases de control anterior, concurrente y posterior.

En virtud de todo lo antes expuesto se colige que la Autoridad Aduanera, esto es el Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en atribución de sus competencias, tiene la potestad para fijar tasas por servicios aduaneros mediante Resolución con la finalidad de recuperar los costos que asuma al prestar sus servicios.

5.14 Bajo este contexto, en materia tributaria el principio de legalidad no es una limitación por parte del Estado, al contrario es un modo de cómo ejercer la potestad tributaria, que exige que los tributos deben ser impuestos por el Estado, a través de una Ley *(nullum tributum sine lege);* al respecto. Horacio García Belsunce, manifiesta que: *"constituye una garantía esencial en el derecho constitucional tributario, en cuya virtud se requiere que todo tributo sea sancionado por una ley, entendiendo ésta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa conforme los procedimientos establecidos por la Constitución para la sanción de las leyes, y que contiene una norma jurídica ([4]).* Es decir de lo expuesto se desprende, que tanto los derechos y obligaciones del contribuyente como de la administración tributaria, estarán sometidos bajo normas legales. Ahora bien, en materia tributaria el principio de legalidad tiene inmerso la actividad administrativa, por lo que se ha basado

[4] Horacio A. García Belsunce. Estudios Financieros. (Abeledo-Perrot.1999), 78

en la doctrina el derecho administrativo, este principio es considerado como la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebírselo como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia ([5]) por tal motivo, la Administración Tributaria debe regirse por el principio de legalidad, al no hacerlo sus actos serían inválidos lo que conlleva su anulación.

En tanto la reserva de ley, puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Norma Suprema y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenanamiento jurídico([6]); ahora bien en materia tributaria, entendemos que se configura el principio de reserva de ley cuando la exigencia de la ley formal material para disciplinar los aspectos sustantivos del Derecho tributario (creación, modificación, exención, derogación de tributos, y configuración de sus elementos estructurales) encuentra sustento explícito en la Constitución, y tal ordenamiento, por una clara diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos reviste carácter rígido e inderogable por ley ordinaria([7]). Exige, entonces, que las prestaciones de carácter tributario sean establecidas mediante una Ley y que las normas de rango inferior no puedan ser contradictorias con ésta.

Este principio se encuentra consagrado en la normativa legal ecuatoriana, artículo 3 del Código Tributario; y en la normativa constitucional, artículo 301; al decir que: "*Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley";* además, el Código Tributario en su artículo 4, contempla los elementos constitutivos del tributo, a saber: a**)** el objeto imponible, esto es la manifestación de capacidad económica sobre la cual recae el tributo, **b)** los sujetos activo, Estado como ente acreedor con derecho a exigir el pago del tributo, y pasivo, quien se encuentra en la obligación del cumplimiento de las prestaciones tributarias sea como contribuyente o responsable**, c)** la cuantía del tributo o tipo impositivo o tarifa del impuesto, entendida como la cantidad o tanto por ciento aplicable a la base imponible para determinar la cuantía del impuesto, **d)** las exenciones, cuando se libera o se reduce la obligación de pago de un impuesto, previamente establecida**, e)** deducciones, son las reducciones de los ingresos sujetos a tributos; regula, además, los reclamos, recursos y demás materias deberán estar determinados por la ley, en consecuencia, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los tributos, sean estos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, su incumplimiento podría causar la nulidad del acto.

Ahora bien, en caso *in examine,* la tasa contemplada en la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE, emitida por la Autoridad Aduanera, cumple con lo descrito en líneas anteriores, lo cual se evidencia de su contenido, así pues, el artículo 2 establece el objeto de la Tasa, mismo que es por el servicio de control aduanero, efectuado en todo el territorio ecuatoriano por parte del SENAE, en las fases de control: **i)** anterior, **ii)** concurrente; uy, iii) posterior. De igual manera, la indicada Resolución, determina los sujetos activo y pasivo de la tasa de servicio de control aduanero. El SENAE, como representante (en el presente caso) del Estado actúa como sujeto activo; y, aquellos que ingresen mercancías extranjeras al territorio ecuatoriano acogidos a los regímenes aduaneros a) importación, b) excepción; y, c) otros ingresos aduaneros, actúa como sujetos pasivos, particular recogido en el artículo 3, de la Resolución en estudio. Por su parte el artículo 5 *ibíd,* es claro en indicar la tarifa, la base imponible y liquidación:

[5] Roberto Dromi. Derecho Administrativo (Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura), 895

[6] Miguel Carbonell. Sobre la reserva de ley y su problemática actual. Vínculo Jurídico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas. (México. No. 42. Abril-Junio 2000). 33.

[7] www.revistafiscal.gvamundial.com.mx/htmbda1h...reserva -ley_

"Para efectos de aplicación de la tasa del servicio de control aduanero, se establece una tarifa de diez (10) centavos de dólar de los Estados Unidos de América, que se aplica sobre la base imponible constituida por el coeficiente resultante de dividir el peso neto declarado por ítem (gramos) para la unidad de control (gramos), conforme a la siguiente formula: USD 0.10x Peso neto declarado por ítem (gr) Unidad de Control (gr) según anexo"

5.15 En este orden de ideas, cabe reiterar que la tasa es un tributo que se encuentra enmarcado por una prestación por parte del Estado que puede ser efectiva o potencial, de manera individualizada para el contribuyente.

5.16 Se advierte que, la Tasa de Servicio de Control Aduanero, cumple con los elementos constitutivos ara la creación de un tributo de conformidad con el artículo 4 del Código Tributario, tal como queda explicado en el numeral anterior.

5.17 Continuando con el análisis sobre el principio de legalidad, a continuación se analizarán los lineamientos que observó el SENAE para la creación de la Tasa y si se cumplió con el respectivo procedimiento ordenado en los instrumentos legales.

Que para la creación de la tasa en cuestión es importante precisar ciertas normas relativas a la creación de la Tasa de Control Aduanero:

5.18 Inciso Segundo del Artículo 301 de la Constitución

Art. 301.- *Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.*

Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

5.19 DISPOCISION CUARTA DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE PLANIFICACIÓN Y FINANZAS PÚBLICAS: *"Cuarta.- Establecimiento de tasas.-Las entidades y organismos del sector público, que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas para la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peaje, control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias u otros, a fin de recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado, con base en la reglamentación de este Código".* Es decir de conformidad con esta norma el SENAE al constituirse en parte del sector público y formar parte del presupuesto general del Estado puede establecer tasas por la prestación de servicios de control que deben ser cuantificables e inmediatos.

5.20 ARTÍCULO 73 DEL REGLAMENTO GENERAL DEL COPLAFIP

"Art.73.- Tasas de entidades que integran el Presupuesto General del Estado.- Las entidades y organismos del sector público que forman parte del Presupuesto General del Estado podrán establecer y modificar tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, para lo cual deberán sustentarse en un informe técnico donde se demuestre que las mismas guardan relación con los costos márgenes de prestación de tales servicios, estándares nacionales e internacionales, política pública, entre otros. Las instituciones del Presupuesto General del Estado deberán obligatoriamente actualizar cada año los costos de los servicios para ajustar las tasas, de ser necesario. El monto de las tasas se fijará por la máxima autoridad de la respectiva entidad u organismo y se destinará a recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado". Al respecto y como parte de los antecedentes y fundamentos de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-001-RE (M), consta el informe técnico sobre la Tasa de Servicio de Control Aduanero elaborado por el SENAE (fjs 635 a 641).

5.21 Informe en el cual se detalla el alcance de la Tasa de Servicio de Control Aduanero estableciéndose como servicios propuestos: a) transmisión, almacenamiento y procesamiento b) análisis e inspección c) infraestructura d) investigación al fraude aduanero y control fronterizo. Dentro del mismo informe se realiza un análisis de costos e impactos presupuestarios, se detalla el sujeto activo, sujeto pasivo, tarifa, base imponible y liquidación de la tasa, se realiza una comparación con estándares internacionales.

5.22 ACUERDO MINISTERIAL 204 EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DE FINANZAS EN SUS ARTÍCULOS 1 AL 3

"Art. 1.- Para el caso en que las instituciones que conforman el Presupuesto General del Estado requieran la creación o modificación de tasas, por la venta de bienes y prestación de servicios que brinden, conforme la facultad prevista en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento General, deberán remitir al Ministerio de Finanzas el respectivo proyecto de acto administrativo (Acuerdo, Resolución, etc.) así como, el correspondiente informe técnico que deberá contener: análisis de costos, demanda de servicios políticas públicas, comparación con estándares internacionales, e impactos presupuestarios, entre otros, del cual se desprenda la necesidad de la creación o modificación de la tasa.

Art. 2 El Ministerio de Finanzas, sobre la base de la citada información, procederá al análisis técnico-legal del proyecto de reforma legal que establece y/o modifica las tasas, expidiendo para el efecto el correspondiente dictamen.
Art. 3.- Con el pronunciamiento favorable del Ministerio de Finanzas, la entidad procederá a emitir la disposición legal que autoriza la aplicación del nuevo tarifario para el cobro por la venta de bienes y prestación de servicios". De lo antes expuesto se determina que el SENAE remitió el informe sobre la Tasa del Servicio Aduanero con fecha 01 de noviembre de 2017 al Ministerio de Finanzas destacándose que con la misma fecha 01 de noviembre de 2017 se obtuvo por parte del Ministro de Finanzas dictamen favorable para continuar con el trámite de la Tasa de Servicio de Control Aduanero mediante oficio No. MEF-DM-2017-0871 (a fojas 633 a 799 sobre los antecedentes y fundamentos de la tasa).

VI. CONCLUSIONES

6.1 Así pues, el nacimiento de la tasa debe ser emitida por autoridad competente y cumplir con el marco normativo respectivo, para lo cual, debemos indicar que la creación de una tasa, debe ser por una institución pública competente, en el caso en estudio la Autoridad Aduanera; entidad que goza de la potestad tributaria para la creación de la tasa; competencia recogida en la normativa constitucional y legal; así, en el artículo 301 de la Constitución de la República, en su última parte establece que solo mediante acto normativo por un órgano competente, se podrá establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Esto en concordancia con el artículo 108 del COPCI, que refiere los tributos al comercio exterior, en su literal c) determina la tasa por servicios aduaneros; y que el SENAE mediante Resolución puede crear y suprimir las tasas por servicios aduaneros, fijará sus tarifas y regulará su cobro. En el mismo ámbito el artículo 216, literal i) del cuerpo legal antes indicado, establece que: El Director General del SENAE como parte de sus atribuciones tiene la de expedir mediante Resolución los reglamentos, manuales instructivos, así como los oficios circulares necesarios para la administración, operatividad, procedimientos, de la valoración en la aduana y también para la creación, supresión y regulación de tasas por los servicios aduaneros.

6.2 De conformidad con la normativa antes indicada la Autoridad Aduanera, por intermedio del Director de General, tiene la facultad para crear la tasa por control aduanero, mediante Resolución normativa; como efectivamente ha sucedido con la expedición de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-de de fecha 08 de noviembre de 2017.

6.3. Debe tomarse en cuenta que, la Disposición General Cuarta, del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que las entidades y organismos del sector púbico, que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peaje, control, inspección, autorizaciones, permisos, licencia u otros, a fin de recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado, con base en la reglamentación de este Código. En concordancia con el artículo 73 del Reglamento General al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dice: las entidades que sean parte del Presupuesto General del Estado, tendrán la facultad de establecer y modificar tasas por la prestación de servicios, para lo cual se debe sustentar con un informe técnico, que debe contener márgenes de prestación del servicio, estándares nacionales e internacionales, políticas públicas, entre otros.

6.4 Con sujeción a lo citado, el Acuerdo Ministerial 204, que fue emitido por el Ministerio de Finanzas, en su primer artículo menciona que para la creación de tasas, la Institución Pública deberá enviar el proyecto de acto administrativo, así también el informe técnico, con los parámetros de análisis de costos, demanda de servicios, políticas públicas, comparación con estándares internacionales e impactos presupuestarios; y estos definirán la necesidad de la creación de la tasa.

6.5 En tal virtud, y conforme se desprenda de los antecedentes, fundamentos y resolución del acto normativo impugnado se ha determinado que la Autoridad Aduanera remitió al Ministerio de Finanzas el informe de la tasa de servicio aduanero, con fecha el 01 de noviembre de 2017, en el cual se evidencia que se presentó todas las correspondientes consideraciones técnicas. En cuanto a dicho informe a foja 832 (reverso), se indica que con fecha 01 de noviembre de 2017, el Ministro de Finanzas, emite dictamen favorable para que se continúen con el trámite correspondiente para el nacimiento de la tasa de control aduanero.

6.6. Adicionalmente se ha establecido que para la creación de esta Tasa de Control aduanero se ha observado lo dispuesto en el artículo 4 del Código Tributario esto es, se han incorporado los elementos constitutivos del tributo determinados en los artículos 2,3, 4 y 5 de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-001-RE (M).

6.7 De esta manera, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, evidencia que el SENAE cumplió con el correspondiente procedimiento que la normativa legal exige para la creación de la tasa de control aduanero, tanto así que, obtuvo un informe favorable por el Ministerio de Finanzas.
6.8 Se colige, entonces, que la tasa de control aduanero, cumple con todas las formalidades legales para ser considerada como una tasa, por las consideraciones previamente señaladas; además, la Resolución impugnada, cumple con el ordenamiento jurídico legal, que en el marco normativo de las potestades tributarias otorgadas a las instituciones públicas, en este caso, el Director General del SENAE, emitió la Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-re (M), publicada en el Registro Oficial N.° 115, de fecha 08 de noviembre del 2017, destacando que como antecedente se obtuvo el informe favorable del Ministerio de Finanzas.
6.9 Finalmente es importante para este Tribunal señalar que por no ser der su competencia no se pronuncia respecto de los siguientes puntos:
a) Respecto de que la Tasa de Control Aduanero es discriminatoria por violar los principios de generalidad, igualdad y proporcionalidad, principios que son objeto de un Control de Constitucionalidad que no abarca el objeto de la Acción Objetiva de anulación con carácter general que es lo que compete a este Tribunal.
B) Sobre temas de carácter subjetivo de aplicación del acto normativo impugnado porque para ello existen las acciones de impugnación pertinentes como lo son las acciones subjetivas, que son de competencia de los Tribunales Distritales de los Contencioso Tributario.
c) Finalmente se debe destacar que en la audiencia de juicio no se han alegado violaciones a normas Supranacionales por lo que este Tribunal no se pronunciará al respecto.
6.10 Bajo ese esquema no procede la impugnación realizada por los señores Patricio Jorge Alarcón Proaño, representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, Juan Carlos Díaz Granados Martínez, en calidad de procurador y representante de la Cámara de Comercio de Guayaquil a la Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M) de 1 de noviembre de 2017, publicada en el Registro Oficial N° 115, de fecha 08 de noviembre del 2017, así como también las Resoluciones Reformatorias Nros. SENAE-SENAE-2017-0002-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 121 Suplemento, de 16 de noviembre de 2017; y, Resolución N° SENAE-SENAE-2017-0004-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 159 suplemento, de fecha 12 de enero de 2018.

VII. DECISIÓN

7.1.- Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, considera que no se ha configurado lo alegado por los señores Patricio Jorge Alarcón Proaño, representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, Juan Carlos Díaz Granados Martínez, en calidad de procurador y representante de la Cámara de Comercio de Guayaquil.
7.2.- 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:

VIII. SENTENCIA

8.1 DECLARAR, sin lugar la demanda de impugnación de acción objetiva de anulación total o parcial de carácter general presentada por el señor Patricio Jorge Alarcón Proaño, representante legal de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, señor Juan Carlos Díaz Granados Martínez, en calidad de procurador y representante de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en los términos señalados.
8.2. RATIFICAR la legalidad y legitimidad de la resolución N° SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M) de 1 de noviembre de 2017, publicada en el Registro Oficial N° 115, de fecha 08 de noviembre del 2017, así como también las resoluciones reformatorias Nros. SENAE-SENAE-2017-0002-RE (M), publicada en el Registro Oficial N° 121 suplemento, de 16 de noviembre de 2017; y, resolución N° SENAE-SENAE-2017-0004-RE (M) publicada en el Registro Oficial N° 159 suplemento, de fecha 12 de enero de 2018.
8.3 Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora encargada, la doctora Ivonne Guamaní León.
8.4 Sin costas.
8.5 Comuníquese, publíquese.
f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL. Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 17751-2018-0001

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, miércoles 20 de junio del 2018, las 11h33.-

VISTOS:

Con relación al pedido de aclaración y ampliación solicitado por el peticionario, en contra de la sentencia dictada el 4 de junio de 2018, las 16h56, por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, para disponer lo pertinente, se considera:

Primero. Del pedido del peticionario.

Mediante escrito que obra a fojas 965-967, del expediente de acción objetiva de anulación, el señor Jorge Tamayo Tapia, en su calidad de abogado patrocinador de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, solicita que la sentencia dictada el 4 de junio de 2018, las 16h56, por esta Sala dentro de la acción No. 17751-201-.0001, se aclare y amplié en los siguientes puntos que versan en: **1** Ampliación de los siguientes puntos: **1.1** *"De qué manera el servicio de "control aduanero" tal como está definido en la RESOLUCIÓN impugnada corresponde a un servicio cuantificable e inmediato".* **1.2** *"En qué apartado de la RESOLUCIÓN SENAE 2017-001-RE (M) menciona el informe Técnico sobre la Tasa de Control, o a la carta al Ministerio de Finanzas o su respuesta aprobatoria".* **1.3** *"De qué manera el servicio de "control aduanero" definido en la RESOLUCIÓN impugnada, corresponde a "servicios efectivamente prestados"; y,* **1.4** *"De qué manera la tasa por control aduanero corresponde al costo del servicio efectivamente prestado".* **2** Aclaración.- Solicita que esta Sala Especializada aclare: **2.1 "***Si el ámbito o capacidad de la acción objetiva alcanza a revisar exclusivamente el principio de "reserva de ley" y de "legalidad" previsto en el artículo 301 de la Constitución de la República, como si consta en la sentencia, y no alcanza a otros principios previstos en la Constitución. En suma, sírvanse aclarar qué principios previstos en la Constitución están al alcance de ser analizados por ustedes señores jueces en esta acción;* ***2.2*** *"Si la revisión de que la Tasa de Control contenga con todos los elementos del principio de reserva de ley, comprende en esta acción objetiva exclusivamente la revisión visual y no jurídica de que tales elementos constan en la resolución".*

SEGUNDO. De la contestación de la Administración tributaria.

Luego de habérsele corrido traslado, con la antes referida petición de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, la abogada Fernanda Inga Carabajo, en su calidad de Procuradora Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduna de Ecuador, mediante escrito que obra de fs. 972, con relación a la aclaración y ampliación de la sentencia, señala **I**. *"la sentencia de fecha 04 de junio de 2018 ha resuelto todos los puntos controvertidos, ya que recoge en todas sus partes, la integridad de las consideraciones y actuaciones previas, además ha decidido con claridad el objeto de la controversia delimitado a dilucidar si la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), publicada en el Registro Oficial No. 115, de fecha 08 de noviembre del 2017 y sus posteriores reformas es o no ilegal, estableciendo que la mencionada Resolución sus antecedentes y fundamentos se encuentran debidamente motivados en observancia de los preceptos legales y el ordenamiento jurídico superior. Por lo tanto al no existir algún precepto controvertido que no haya sido resuelto, no cabe atender la solicitud de ampliación".* **II.** *"No existe texto alguno en la sentencia que sea oscuro, ya que esta Sala Especializada con claridad indica que no es de su competencia pronunciarse acerca de los principios de generalidad, igualdad y proporcionalidad principios que son objeto de un Control Constitucional que no abarca el objeto de la Acción Objetiva de anulación con carácter general que es lo que compete a este Tribunal".* **III** *"de conformidad a lo dispuesto en el Art. 253 del Código Orgánico General de Procesos (…) se enfatiza que* ***no cabe la aclaración y ampliación solicitada por la parte contraria".***

TERCERO. Del análisis y decisión.

En trazos generales el peticionario, pretende, y en efecto así lo ha solicitado, se aclare y amplíe, cuál fue el análisis esgrimido por esta Sala Especializada para emitir el fallo impugnado, por los puntos previamente señalados en el presente auto.

3.1 A fin de esclarecer jurídica y legalmente el remedio procesal (recurso horizontal) de la aclaración y ampliación solicitada; cabe remitirnos al artículo 253 del Código Orgánico General de

Procesos-COGEP, que establece: *"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, interese o costas",* en este marco, hay que indicar, que la aclaración, cabe cuando el fallo es ininteligible; y, la ampliación, cuando la sentencia resulta diminuta; de ahí que, se le recuerda al peticionario que estos recursos horizontales no proceden contra hechos ocurridos en la audiencia oral; tampoco es un medio para que se tome examen a los jueces o juezas sentenciadores sobre conceptos jurídicos vinculados con el litigio, o trasladarse a los sentenciadores el debate judicial sobre los asuntos controvertidos.

3.2 Es importante manifestar, que la sentencia impugnada, y que fuera expedida por este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario, respetó los lineamientos de la acción objetiva, misma que tiene como finalidad el imperio de la juricidad con la anulación total o parcial del acto normativo impugnado, por considerarlos violatorios de la normativa legal no se trata de lesión a un derecho subjetivo, sino que lo que se persigue es su anulación con efectos generales, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría; en consecuencia, lo resuelto por este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario es de efecto general; de ahí que, la sentencia, dictada el lunes 4 de junio de 2018, las 16h56 consta de cincuenta y siete (57) fojas –anverso y reverso-, en las cuales a lo largo de ocho (8) acápites o puntos, se desarrolla todo el fallo; dichos acápites versan sobre:

- **Asunto,** se determina la acción objetiva de anulación con carácter general que este Tribunal analizó y resolvió.
- **(I) Antecedentes** de la acción objetiva, que en los sub puntos (**1.1., 1.2, 1.3, 1.4, 1.5);** con claridad y transcripción exacta, se señalan "todos" los argumentos de los accionantes; en el sub punto **(1.6)** se precisa el auto de calificación de la acción objetiva; en los sub puntos **(1.7 Y 1.8)** consta, los alegatos del accionado; en los sub puntos **(1.9, 1.10, 1.11, 1.12 y 1.13)** se detalla la audiencia.
- **(II) Jurisdicción y Competencia** de esta Sala (sustento legal y constitucional).
- **(III) Valides Procesal,** en el acápite se determinó que no existe nulidad alguna que declarar;
- **(IV) Consideraciones y fundamentos de esta Sala,** acápite que en su primer punto (**4.1).**se desarrolla acerca de la acción objetiva de anulación con efectos generales, en los sub puntos **(4.1.1, 4.1.2)** se realiza algunas consideraciones del interés directo por parte del accionante; en los sub puntos **(4.2 y 4.3)** se determina que la finalidad de la acción objetiva es el control de legalidad, que no conoce asuntos constitucionales; de ahí que, los administradores debemos observar el trámite propio de cada procedimiento
- **(V) Planteamiento de los problemas jurídicos a resolver,** se hace el respectivo análisis, para volver más didáctivo, compresible y abordar adecuadamente el análisis subdivide también en: **(5.1**) donde se establece que esta Sala delimitó el punto a tratarse como un asunto de puro derecho; en el **(5.2)** se delimita el análisis de la acción a la **ILEGALIDAD O NO** de la Resolución impugnada; en el sub punto **(5.3)** se detalla las piezas procesales que refieren al acto normativo impugnado; en el sub punto **(5.4)** se recalca nuevamente la finalidad de la acción objetiva; esto es la tutela del orden jurídico, en defensa e interés de la legalidad; en los sub puntos **(5.5 y 5.6)** también se recalca el interés directo de los accionantes; en el sub punto **(5.7)** y de manera concreta se despeja la competencia de la administración aduanera, en los numerales **(5.8, 5.9, 5.10, 5.11, 5.12, 5.13, 5.14, 5.15, 5.16, 5.17, 5.18, 5.19, 5.20, 5.21, 5.22)** se realiza el respectivo análisis; en donde este Tribunal, realiza el análisis respectivo, teniendo en cuenta lo manifestado por las partes procesales, para de esta manera, establecer que: "*5.8 Para el caso que nos ocupa iniciando con el análisis del principio de Reserva de Ley debemos mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la Constitución de la República de Ecuador que textualmente expresa: "Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley". Es decir que solo por acto normativo de órgano competente se podrá establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas, las*

que se crearán y regularán conforme con la ley, punto en el cual es importante mencionar que para el caso de tasas se requiere el cumplimiento obligatorio del principio de reserva de ley en materia tributaria siendo que no puede existir tributo sin ley. 5.9 Por otra parte el artículo 108 COPCI expone: "Art. 108.- Tributos al Comercio Exterior.-Los tributos al comercio exterior son: a. Los derechos arancelarios; b. Los impuestos establecidos en leyes orgánicas y ordinarias, cuyos hechos generadores guarden relación con el ingreso o salida de mercancías; y, c. Las tasas por servicios aduaneros. El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador mediante resolución creará o suprimirá las tasas por servicios aduaneros fiará sus tarifas y regulará su cobro." Es decir que las tasas por servicios aduaneros de conformidad con la ley forman parte de los tributos al Comercio Exterior los cuales serán creados mediante Resolución por el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador. 5.10 En el mismo sentido el artículo 216 del COPCI literal I) expone: "Art. 216.- Competencias.- La Directora o el Director General tendrá las siguientes atribuciones y competencias: l. Expedir, mediante resolución los reglamentos, manuales, instructivos, oficios circulares necesarios para la aplicación de aspectos operativos, administrativos, procedimentales, de valoración en aduana y para la creación, supresión y regulación de las tasas por servicios aduaneros, así como las regulaciones necesarias para el buen funcionamiento de la administración aduanera y aquellos aspectos operativos no contemplados en este Código y su reglamento; y". De lo expuesto se infiere que el Director o Directora General del SENAE tiene la atribución legal mediante resolución de crear Tasas por Servicios Aduaneros, fijar sus tarifas y regular su cobro. 5.11 En el mismo sentido el art. 210 del COPCI prevé: "Art. 210.- Servicios aduaneros.- Para el ejercicio de la potestad aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador tendrá bajo su control los servicios de almacenamiento, aforo, control y vigilancia de las mercancías ingresadas al amparo de ella, así como las que determine la Directora o el Director General de la entidad; para tal efecto, el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador podrá celebrar contratos con instituciones públicas o privadas para la prestación de dichos servicios. Estos contratos contendrán las causales y sanciones en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, las cuales no podrán ser limitadas por el contrato". Lo expuesto establece que el SENAE tendrá bajo su control los servicios para el ejercicio de la potestad aduanera dentro de los cuales se encuentra el control como uno de los servicios aduaneros derivados del ejercicio de la potestad aduanera; en este punto es importante establecer la diferencia que existe entre las tasas establecidas en el art. 80 del COPCI, las que se refieren a tasas para el otorgamiento de permisos, registros, autorizaciones, licencias, análisis, inspecciones y otros trámites aplicables a la importación y exportación de mercancías que son distintos a los servicios aduaneros regulares los que se encuentran contemplados en el art. 210 del COPCI y dentro de esos servicios aduaneros se establece el control como uno de ellos debiendo destacar que en el Art.1 de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M) se define al control aduanero como el conjunto de medidas adoptadas para la Administración Aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de normas supranacionales y normativa nacional vigente, en el ejercicio de todas las facultades asignadas a esta Administración Aduanera. El control aduanero de la mercancías, los medios de transporte que crucen la frontera y de quienes se efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías comprende el análisis, supervisión, fiscalización, verificación, investigación y evaluación del cumplimiento y aplicación de las normas supranacionales, normativa aduanera nacional vigente y demás normas conexas. 5.12. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de legalidad tiene jerarquía constitucional, así los arts. 11.3, 120.7, 132.3, 135, 264.5, 287 y 301, se refieren a este principio, el cual en el ámbito tributario, consiste esencialmente, en que la obligación de pagar tributos tiene como única fuente la Ley, pues la ley es el medio generador de certeza que da forma a la seguridad jurídica y con ello la eliminación de todo tipo de arbitrariedad. Andrea Fedele, dice que, la legalidad en materia tributaria tiene una estrecha conexión con la facultad competencia de creación de tributos, regulada por los textos constitucionales de cada país. Finalmente según Ramón Valdez Costa, el principio de legalidad en materia tributaria tiene que ver con la delimitación de las capacidades que tiene cada ente público con relación al tributo, dejando en claro que la distribución de estas capacidades debe estar inequívocamente establecida en

la norma superior. Para fines tributarios es importante establecer que la reserva de Ley cubre la regulación de los elementos esenciales de tributos: mismos que se originan en el deber de pagar un tributo, en su hecho imponible; en quién está obligado a pagarlo, que es el sujeto pasivo; a quién se está obligado a pagar, esto es el sujeto activo; cuánto y cómo hay que pagar: base, tipo, cuota, plazos, etc.; cuándo no se paga relacionado con las exenciones; y, cuándo y por qué se paga menos relacionado con las deducciones, es decir, el principio de legalidad no está restringido, únicamente, al tema de la creación normativa de los tributos para establecer límites a las potestades del Estado y sus gobernantes, sino que tiene que ver con el principio de reserva de ley, esto es con el tipo de norma que se requiere para la creación y, en general para la modificación de los tributos, y con la precisión acerca de qué elementos y definiciones deben estar contenidas en ella. 5.13 Bajo el concepto antes expuesto este Tribunal advierte que de conformidad con los artículos 108, 216 letra I) y 210 del COPCI y 301 de la Constitución de la República del Ecuador, se otorga al Servicio Nacional de Aduana la facultad normativa para la creación o extinción de tasas, mediante Resolución debidamente suscrita por el Director o Directora General del SENAE por ser la autoridad designada por Ley para tal efecto, destacando adicionalmente que de conformidad con lo expuesto en el artículo 210 del COPCI se establece al control como un Servicio Aduanero para el ejercicio de la potestad aduanera. Es importante destacar que el Art. 2 de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), establece como objeto de la tasa al servicio de control aduanero efectuado en todo el territorio nacional por parte del SENAE en las fases de control anterior, concurrente y posterior. En virtud de todo lo antes expuesto se colige que la Autoridad Aduanera, esto es el Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en atribución de sus competencias, tiene la potestad para fijar tasas por servicios aduaneros mediante Resolución, con la finalidad de recuperar los costos que asuma al prestar sus servicios. 5.14 Bajo este contexto, en materia tributaria el principio de legalidad no es una limitación por parte del Estado, al contrario es un modo de cómo ejercer la potestad tributaria, que exige que los tributos deban ser impuestos por el Estado, a través de una Ley (nullum tributum sine lege); al respecto Horacio García Belsunce, manifiesta que: "constituye una garantía esencial en el derecho constitucional tributario, en cuya virtud se requiere que todo tributo sea sancionado por una ley, entendiendo ésta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa conforme los procedimientos establecidos por la Constitución para la sanción de las leyes, y que contiene una norma jurídica" 0. Es decir de lo expuesto se desprende, que tanto los derechos y obligaciones del contribuyente como de la administración tributaria, estarán sometidos bajo normas legales. Ahora bien, en materia tributaria el principio de legalidad tiene inmerso la actividad administrativa, por lo que se ha basado en la doctrina el derecho administrativo, este principio es considerado como la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebírselo como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia 0, por tal motivo, la Administración Tributaria debe regirse por el principio de legalidad, al no hacerlo sus actos serían inválidos lo que conlleva su anulación. En tanto la reserva de ley, puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Norma Suprema y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico 0; ahora bien en materia tributaria, entendemos que se configura el principio de reserva de ley cuando la exigencia de la ley formal material para disciplinar los aspectos sustantivos del Derecho tributario (creación, modificación, exención, derogación de tributos, y configuración de sus elementos estructurales) encuentra sustento explícito en la Constitución, y tal ordenamiento, por una clara diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos reviste carácter rígido e inderogable por ley ordinaria 0 *Exige, entonces, que las prestaciones de carácter tributario sean establecidas mediante una Ley, y que las normas de rango inferior no puedan ser contradictorias con ésta. Este principio se encuentra consagrado en la normativa legal ecuatoriana, artículo 3 del Código Tributario; y en la normativa constitucional, artículo 301; al decir que: "Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir*

impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley"; además, el Código Tributario en su artículo 4, contempla los elementos constitutivos del tributo, a saber: a) el objeto imponible, esto es la manifestación de capacidad económica sobre la cual recae el tributo, b) los sujetos activo, el Estado como entre acreedor con derecho a exigir el pago del tributo, y pasivo, quien se encuentra en la obligación del cumplimiento de las prestaciones tributarias sea como contribuyente o responsable, c) la cuantía del tributo o tipo impositivo o tarifa del impuesto, entendida como la cantidad o tanto por ciento aplicable a la base imponible para determinar la cuantía del impuesto, d) las exenciones, cuando se libera o se reduce la obligación de pago de un impuesto, previamente establecida, e) deducciones, son las reducciones de los ingresos sujetos a tributos; regula, además, los reclamos, recursos y demás materias deberán estar determinados por la ley, en consecuencia, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los tributos, sean estos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, su incumplimiento podría causar la nulidad del actor. Ahora bien, en el caso in examine, la tasa contemplada en la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE, emitida por la Autoridad Aduanera, cumple con lo descrito en líneas anteriores, lo cual se evidencia de su contenido, así pues, el artículo 2 establece el objeto de la Tasa, mismo que es por el servicio de control aduanero, efectuado en todo el territorio ecuatoriano por parte del SENAE, en las fases de control: i) anterior, ii) concurrente, y, iii) posterior. De igual manera, la indicada Resolución, determina los sujetos activo y pasivo de la tasa de servicio de control aduanero. EL SENAE, como representante (en el presente caso) del Estado actúa como sujeto activo; y, aquellos que ingresen mercancías extranjeras al territorio ecuatoriano acogidos a los regímenes aduaneros de a) importación, b) excepción; y, c) otros ingresos aduaneros, actúan como sujetos pasivos, particular recogido en el artículo 3, de la Resolución en estudio. Por su parte el artículo 5 ibíd, es claro en indicar la tarifa, la base imponible y liquidación: "Para efectos de aplicación de la tasa del servicio de control aduanero, se establece una tarifa de diez (10) centavos de dólar de los Estados Unidos de América, que se aplica sobre la base imponible constituida por el coeficiente resultante de dividir el peso neto declarado por ítem (gramos) para la unidad de control (gramos), conforme a la siguiente formula: USD 0.10x Peso neto declarado por ítem (gr) Unidad de Control (gr) según anexo" 5.15 En este orden de ideas, cabe reiterar que la tasa es un tributo que se encuentra enmarcado por una prestación por parte del Estado que puede ser efectiva o potencial, de manera individualizada para el contribuyente. 5.16 Se advierte que, la Tasa de Servicio de Control Aduanero, cumple con los elementos constitutivos para la creación de un tributo de conformidad con el artículo 4 del Código Tributario, tal como queda explicado en el numeral anterior. 5.17 Continuando con el análisis sobre el principio de legalidad, a continuación se analizarán los lineamientos que observó el SENAE para la creación de la Tasa y si se cumplió con el respectivo procedimiento ordenado en los instrumentos legales. Que para la creación de la tasa en cuestión es importante precisar ciertas normas relativas a la creación de la Tasa de Control Aduanero: 5.18 Inciso Segundo del Artículo 301 de la Constitución Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley. 5.19 DISPOSICION CUARTA DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE PLANIFICACIÓN Y FINAZAS PÚBLICA: "Cuarta.- Establecimiento de tasas.-Las entidades y organismo del sector público, que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peaje, control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias u otros, a fin de recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado, con base en la reglamentación de este Código". Es decir de conformidad con esta norma el SENAE al constituirse en parte del sector público y formar parte del presupuesto general del Estado puede establecer tasas por la prestación de servicios de control que deben ser cuantificables e inmediatos. 5.20 ARTÍCULO 73 DEL REGLAMENTO GENERAL DEL COPLAFIP "Art. 73.- Tasas de entidades que integran el Presupuesto General del Estado.- Las entidades y

organismos del sector público que forman parte del Presupuesto General del Estado podrán establecer y modificar tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, para lo cual deberán sustentarse en un informe técnico donde se demuestre que las mismas guardan relación con los costos, márgenes de prestación de tales servicios, estándares nacionales e internacionales, política pública, entro otros. Las instituciones del Presupuesto General del Estado deberán obligatoriamente actualizar cada año los costos de los servicios para ajustar las tasas, de ser necesario. El monto de las tasas se fijará por la máxima autoridad de la respectiva entidad u organismo y se destinará a recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado". Al respecto y como parte de los antecedentes y fundamentos de la Resolución No. SENAE-SENAE-2017-0001-RE (M), consta el informe técnico sobre la Tasa de Servicio de Control Aduanero elaborado por el SENAE (fjs 635 a 641). 5.21 Informe en el cual se detalla el alcance de la Tasa de Servicio de Control Aduanero estableciéndose como servicios propuestos: a) transmisión, almacenamiento y procesamiento b) análisis e inspección c) infraestructura d) investigación al fraude aduanero y control fronterizo. Dentro del mismo informe se realiza un análisis de costos e impactos presupuestarios, se detalla el sujeto activo, sujeto pasivo, tarifa, base imponible y liquidación de la tasa, se realiza una comparación con estándares internacionales. 5.22 ACUERDO MINISTERIAL 204 EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DE FINANZAS EN SUS ARTÍCULOS 1 AL 3 "Art. 1.- Para el caso en que las instituciones que conforman el Presupuesto General del Estado requieran la creación o modificación de tasas, por la venta de bienes y prestación de servicios que brinden, conforme la facultad prevista en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento General, deberán remitir al Ministerio de Finanzas el respectivo proyecto de acto administrativo (Acuerdo, Resolución, etc.) así como, el correspondiente informe técnico que deberá contener: análisis de costos, demanda de servicios, políticas públicas, comparación con estándares internacionales, e impactos presupuestarios, entre otros, del cual se desprenda la necesidad de la creación o modificación de la tasa. Art. 2.- El Ministerio de Finanzas, sobre la base de la citada información, procederá al análisis técnico –legal del proyecto de reforma legal que establece y/o modifica las tasas, expidiendo para el efecto el correspondiente dictamen. Art. 3- Con el pronunciamiento favorable del Ministerio de Finanzas, la entidad procederá a emitir *la disposición legal que autoriza la aplicación del nuevo tarifario para el cobro de la venta de bienes y prestación de servicios", De lo antes expuesto se determina que el SENAE remitió el informe sobre la Tasa del Servicio Aduanero con fecha 01 de noviembre de 2017 al Ministerio de Finanzas destacándose que con la misma fecha 01 de noviembre de 2017 se obtuvo por parte del Ministro de Finanzas dictamen favorable para continuar con el trámite de la Tasa de Servicio de Control Aduanero mediante oficio No. MEF-DM- 2017-0371 (a fojas 633 a 799 sobre los antecedentes y fundamentos de la tasa).*

VI. CONCLUSIONES, luego de despejar de manera motiva y fundamentada jurídicamente, precisando normas jurídicas y realizando el razonamiento pertinente, esta Sala concluyó lo siguiente: *"6.1 Así pues, el nacimiento de la tasa debe ser emitida por autoridad competente y cumplir con el marco normativo respectivo, para lo cual, debemos indicar que la creación de una tasa, debe ser por una institución pública competente, en el caso en estudio, la Autoridad Aduanera; entidad que goza de la potestad tributaria para la creación de la tasa; competencia recogida en la normativa constitucional y legal; así, en el artículo 301 de la Constitución de la República, en su última parte establece que solo mediante acto normativo por un órgano competente, se podrá establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Esto en concordancia con el artículo 108 del COPCI, que refiere los tributos al comercio exterior, en su literal c) determina la tasa por servicios aduaneros; y, que el SENAE mediante Resolución puede crear y suprimir las tasas por servicios aduaneros, fijará sus tarifas y regulará su cobro. En el mismo ámbito el artículo 216, literal i) del cuerpo legal antes indicado, establece que: El Director General del SENAE como parte de sus atribuciones tiene la de expedir, mediante Resolución los reglamentos, manuales instructivos, así como los oficios circulares necesarios para la administración, operatividad, procedimientos, de la valoración en la aduana y también para la creación, supresión y regulación de tasas por los servicios aduaneros. 6.2 De conformidad con la normativa antes indicada la Autoridad Aduanera, por intermedio del Director de General, tiene la facultad para crear la tasa por control aduanero, mediante Resolución normativa; como efectivamente ha sucedido con la expedición de la Resolución No. SENAE-SENAE- 2017-0001-RE*

de fecha 08 de noviembre de 2017. 6.3. Debe tomarse en cuenta que, la Disposición General Cuarta, del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que las entidades y organismos del sector público, que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peaje, control, inspección, autorizaciones, permisos, licencias u otros, a fin de recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado, con base en la reglamentación de este Código. En concordancia con el artículo 73 del Reglamento General al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dice: las entidades que sean parte del Presupuesto General del Estado, tendrán la facultad de establecer y modificar tasas por la prestación de servicios, para lo cual se debe sustentar con un informe técnico, que debe contener márgenes de prestación del servicio, estándares nacionales e internacionales, políticas públicas, entre otros. 6.4. Con sujeción a lo citado, el Acuerdo Ministerial 204, que fue emitido por el Ministerio de Finanzas en su primer artículo menciona que para la creación de tasas, la Institución Pública deberá enviar el proyecto de acto administrativo, así también el informe técnico, con los parámetros de análisis de costos, demanda de servicios, políticas públicas, comparación con estándares internacionales e impactos presupuestarios; y estos definirán la necesidad de la creación de la tasa. 6.5. En tal virtud, procurador y representante legal de la Cámara de Comercio de Guayaquil; además de ratificar la legalidad y legitimidad del acto normativo recurrido así como las Resoluciones reformatorias Nros. SENAE-SENAE-2017-0002-RE, SENAE-SENAE-2017-0004-RE.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, se niega los pedidos de aclaración y ampliación solicitados por la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador; y, la Cámara de Comercio de Guayaquil, en consecuencia, y acorde con lo dispuesto en el fallo, ejecútese la sentencia. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

II

***Causa*: *Nro*.** *17510-2016-00356*
***Resolución Nro*.** *272-2018*
***Fecha*:** *29 de junio de 2018*

TEMA: El Impuesto a la Renta, en materia de Hidrocarburos, se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial (es decir el precio promedio ponderado el último mes de ventas hecho por PETROECUADOR cuando el precio de venta sea mayor al referencial).

SINTESIS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD., dentro del término correspondiente solicita se declaren sin efecto ni valor jurídico las glosas denominadas: Ingreso proveniente de la partición no declarado; Ingresos no declarados por banco de calidad; Materia gravada o aportada al IESS; y, Costos y gastos de abandono y actividades no exitosas. La administración tributaria demandada no ha planteado excepción previa alguna. En la audiencia preliminar se procede a calificar el anuncio de las pruebas realizado por las partes procesales conforme a cada una de sus pretensiones. En la especie la parte actora manifiesta que la administración tributaria pretende que ANDES tribute sobre un ingreso que en la realidad no ha ocurrido y que además consta en su contabilidad como una cuenta por cobrar y que a pesar de ello declaró y pagó sobre la totalidad de sublevante dentro del ejercicio económico del año 2010, último año del contrato de Participación, mismo que hasta la fecha no ha sido liquidado. En referencia a la Glosa denominada Ingreso Proveniente de la Participación No Declarado, se determina que de las afirmaciones de las partes queda claramente establecido que ANDES en el año 2011 no realizó ventas por banco de calidad por lo tanto no pudo haber obtenido ingresos que incrementen su patrimonio por lo cual no se configuró el hecho generador del impuesto a la renta por lo que la hipótesis de la administración tributaria no tiene sustento lógico ni legal. En cuanto a la glosa denominada Ingresos No Declarados por Banco de Calidad, la parte actora ha manifestado que recibió la compensación por banco de calidad y realizó ventas de petróleo con posterioridad al 2011, por lo que si la Administración Tributaria pretendía sustentar su hipótesis, en la prueba debió justificar que la empresa obtuvo un ingreso real respecto del banco de calidad no entregado por OCP ni vendido durante el año 2011, que incrementó su patrimonio configurándose el hecho generador del impuesto para este ejercicio económico, circunstancia que no ocurrió por lo que el Tribunal acepta la impugnación a esta glosa y la deja sin efecto legal alguno. Asimismo, en referencia a la glosa denominada Materia gravada no aportada al IESS, la discrepancia radica en determinar si los pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos son o no materia gravada. De la revisión de prueba actuada por la parte actora se determina que los rubros por pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos se encuentran institucionalizados en la compañía pues cuentan con políticas emitidas para el efecto y que se la cumple año a año desde el 2007, lo cual hacen de estas gratificaciones pagos regulares, por lo que el Tribunal rechaza la impugnación de esta glosa y más bien la confirma. De igual manera en cuanto a la glosa denominada Costos y gastos de abandono de actividades

no exitosas, la empresa actora de manera infundada y extraña concluye que los costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas correspondientes a los Pozos Fanny 18B-122H y Shirley 10 no podían ser considerados deducibles en el ejercicio 2011, al haberse iniciado su perforación en los ejercicios fiscales 2008 y 2009, respectivamente. Luego de un extenso detallado análisis el Tribunal con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del artículo 311 del COGEP manifiesta que corresponde a la administración tributaria demandada la prueba de los hechos o actos del contribuyente, de los que se concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía. De la revisión del proceso, no aparece prueba alguna, mediante la cual ésta demuestre que durante el ejercicio 2011 la parte actora efectuó doble deducción por concepto de costos y gastos de exploración de los pozos Fanny 18B-122H y Shirley 10, motivo por el cual el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Quito, estima dejar sin efecto legal alguno el cargo por esta glosa y en consecuencia acepta parcialmente la impugnación presentada por ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD.

SÍNTESIS CASACIÓN

La Administración tributaria, interpone Recurso de Casación, mismo que es admitido por el señor Conjuez, por el caso 2 del artículo 268 del COGEP, por falta de motivación e inconsistencia en el fallo. El objeto de la controversia establecido por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, es que se deje sin efecto ni valor jurídico alguno las glosas: 1) Ingreso proveniente de la partición no declarado; Ingresos no declarados por banco de calidad; Materia gravada o aportada al IESS; y, Costos y gastos de abandono y actividades no exitosas. También consta que la parte demandada no planteó excepciones previas; destacando en su análisis que no consta la operación mental racional y la debida reflexión de las pretensiones efectuadas por las partes, que a criterio de esta Sala especializada son esenciales para comprender el fallo emitido, por otro lado, la prescindencia sobre el análisis de la valoración de la prueba; la mínima operación mental de los hechos argüidos por las partes procesales y que se encuentran someramente sustentadas en las normas jurídicas, subjetivamente expuestas y ubicadas en el fallo. El Tribunal de la Sala Especializada establece que la Corte Nacional de Justicia en varios fallos ha reflexionado sobre los artículo 12-A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, y se colige que el impuesto a la renta, se regulará por los precios efectivos de venta o de referencia, según las circunstancias imperantes, es decir, que se tomará el precio efectivo de venta cuando este sea mayor al precio de referencia y se tomará en cuenta el precio referencial, esto es, el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente, cuando el precio de venta efectivo sea menor al referencial. Tomando en cuenta que el último mes se refiere al anterior ya un período terminado. El Impuesto a la Renta, en materia de Hidrocarburos, se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial (es decir el precio promedio ponderado el último mes de ventas hecho por PETROECUADOR cuando el precio de venta sea menor al referencial).Lo anteriormente respecto a la glosa impuesta por Ingresos Provenientes de la Participación no declarada, la cual es declarada válida. El Tribunal de la Sala Especializada pasa a analizar sobre la Glosa por Ingresos no Declarados por Banco de Calidad en la que concluye que los ingresos por banco de calidad constituyen una compensación a los usuarios del oleoducto por degradación que sufre su petróleo al ser inyectado y que dicha compensación pasa a formar parte de la participación de la compañía, luego de analizar el Tribunal concluye que con la misma motivación de la anterior glosa sobre los precios referenciales, se

rechaza la pretensión de la parte actora. Sobre la glosa de materia gravada no aportada al IESS, concluye que los pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos se han establecido con políticas para el efecto y que se viene cumpliendo desde el año 2007, razón por la cual constituyen pagos regulares que se encuentran esquematizados dentro de la empresa y por tanto para ser deducibles debieron contar con el respectivo aporte al IESS, así que se rechaza la pretensión de la compañía actora. Respecto la Glosa por Costos y Gastos de Abandono y Actividades no Exitosas, el Tribunal concluye que la Glosa es válida debido a que los pozos secos a los que se refiere la empresa fueron perforados en años anteriores y no se puede concluir que sean deducibles en el año que la empresa indica. SENTENCIA DE MERITO.- En los fundamentos de hecho y derecho de la misma, el Tribunal de Casación realiza el análisis pertinente de cada una de las glosas impugnadas, luego analiza el acta resumen de la audiencia preliminar en la que se detallan las pruebas admitidas de las partes las mismas que son contrastadas una a una y, a través del análisis jurídico especializado, procede a dirimir las controversias surgidas, finalmente el Tribunal de Casación emite sus conclusiones y ratifica la glosa desechando las pretensiones del actor, pues DESECHA la demanda y confirma la legalidad y legitimidad de la Resolución Administrativa impugnada. ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA, solicita aclaración y ampliación de la misma, la que es negada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2016-00356

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
Quito, viernes 29 de junio del 2018, las 16h42.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por la abogada María José Arias Trujillo, en calidad de procuradora fiscal de la Autoridad Tributaria demandada interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en la ciudad de Quito, de fecha 13 de julio del 2017 a las 12h25 dentro del juicio de impugnación N° 17510-2016-00356, deducido por el señor Zhao Xinjun, como representante legal de la compañía **ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA** en contra de la Resolución No. 117012016RREC119383, de fecha 31 de agosto de 2016.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación, y en concordancia con los puntos admitidos por el señor Conjuez se expone lo que refiere al caso segundo del Art. 268 del COGEP, la recurrente argumentó que la sentencia atacada no contiene los *requisitos exigidos por la Ley*, toda vez que infringe las siguientes normas: letra l) del numeral 7) del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador y art. 89 del COGEP. Se indica que el señor Conjuez de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, únicamente por el **caso segundo:** *"(…) 3.4.5.2. Respecto a la Glosa "Costos y Gastos de abandono y actividades no exitosas", Glosa por "Ingresos provenientes de la participación no declarados" e "Ingresos no declarados por banco de calidad", en la especie existe argumentación que determina por qué se considera que la sentencia es inmotivada, da razones concretas, claras y precisas en las que se establece que el juzgador de instancia no justificó la decisión en elementos facticos y normativos en forma adecuada; ataca la carencia de lógica en la decisión, establece que en la sentencia no existe coherencia entre las premisas y la conclusión y de estas con la decisión, así como señala las normas que se han infringido a consecuencia de dicho vicio (…)".*

1.1.1.- Con relación al **caso segundo** la recurrente ha manifestado que la Administración tributaria planteó el recurso de casación al amparo del caso segundo del art. 268 del COGEP por falta de motivación e inconsistencia en el fallo al respecto de

las siguientes glosas por *"Costos y Gastos de abandono y actividades no exitosas", Glosa por "Ingresos provenientes de la participación no declarados" e "Ingresos no declarados por banco de calidad"*. En lo que respecta a la glosa Costos y Gastos de abandono y actividades no exitosas manifiesta que existe una inconsistencia en el fallo, manifiesta también que no es un hecho controvertido que los pozos Shirley 10 y Fanny 18b fueron perforados en los años 2008 y 2009, sin que estas inversiones hayan sido amortizadas por lo que las mismas se consideraron inversiones en el saldo inicial de 01 de enero de 2011; que es importante destacar que la Administración Tributaria en ningún momento estableció que la compañía consideró los costos y gastos como deducibles en ejercicios anteriores al 2011, que por el contrario lo que se ha afirmado y es reconocido por el actor es que en los ejercicios fiscales anteriores al 2011, la compañía no ha considerado dichos costos y gastos como deducibles, razón por la cual lo hizo para el año 2011 momento en el cual se encontraba en vigencia el contrato de prestación de servicios y por lo tanto el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización en cuyo art. 11 literal a) se señala que no se considerarán pozos secos aquellos que no iniciaron su producción en el período, por lo tanto al pasar las inversiones de los años 2008 y 2009 como saldo inicial de las inversiones del ejercicio fiscal 2011, no se los podía considerar como pozos secos a tales inversiones tal como lo ha reconocido la ARCH en su informe de auditoría.

En base de lo expuesto manifiesta el recurrente que el Tribunal partió de una equivocada inferencia de premisas, al establecer que el saldo de las inversiones del año 2010 y que formaron parte del saldo inicial del año 2011 son una reposición de costos y gastos y que se trataría de una doble deducción y por tal motivo llegó a conclusiones erradas, cuando lo correcto es que en los ejercicios anteriores al año 2011 la compañía no consideró dichos costos y gastos como deducibles lo cual ha sido reconocido por el actor, y con lo cual existiría una inconsistencia en el fallo y por lo tanto no se cumpliría con el requisito de la motivación.

En lo que respecta a la glosa Ingresos Provenientes de la Participación no Declarados, manifiesta que el Tribunal fundamentó su decisión en las declaraciones de las peritos Diana Salazar y Maria José Flores, fraccionando las mismas a un ámbito financiero y dejando de lado el tema estrictamente tributario, tema que fue sustentado en las pericias, que el Tribunal enfocó en este ámbito financiero todo el interrogatorio y el contrainterrogatorio el cual evidentemente iba a concluir que una cuenta por cobrar si no es resarcida en unos años puede ser considerada como una pérdida desviando así el caso de la controversia, ya que en virtud de los artículos 12 A y 71 de la Ley de Hidrocarburos disponen que la participación de la compañía en los hidrocarburos producidos en el área del contrato es un ingreso, no la venta de los mismos todo lo cual omite el Tribunal en su análisis y por lo tanto es carente de motivación, que el Tribunal enmarco la Litis en el ámbito financiero y no en el tributario lo cual es errado.

En lo que respecta a la falta de motivación de la glosa Ingresos no Declarados por Banco de Calidad de lo cual establece la recurrente que el Tribunal aborda este tema desde la óptica financiera, es decir confunde un ingreso real en el ámbito financiero y un derecho a la participación en el ámbito tributario, que no podemos referirnos a un ingreso real como consecuencia de que el petróleo que recibe ANDES por su participación es un ingreso, no la venta de barriles de conformidad con el art. 12 A y 71 de la Ley de Hidrocarburos y que no se puede analizar la glosa de Sublevante y Banco de Calidad desde el punto de vista financiero sino tributario. Que por lo tanto la incidencia de la decisión del juzgador radica en la desnaturalización de la norma tributaria en materia de hidrocarburos otorgándole carácter financiero, en detrimento de la prueba aportada por las partes, esto es las pericias e irrespetando el objeto mismo de la controversia que se enmarcó en lo estrictamente tributario y no en lo financiero. Manifiesta el recurrente que esta apreciación errónea de los hechos no puede subsumirse de ninguna manera a la norma, pues si, partimos de premisas verdaderas y arribamos a conclusiones falsas, o valoramos absurdamente la prueba no puede existir motivación en el fallo.

Manifiesta también el recurrente que su argumentación la respalda en el fallo 112-2003 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador citado por el Dr. Santiago Andrade pág. 137 *"(…) la falta de motivación no se da únicamente cuando en la sentencia o auto se ha omitido total o parcialmente la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y no se ha explicado la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho, sino también cuando hay una fundamentación absurda de la prueba (…)"*. Que al existir una fundamentación absurda de la prueba que consistió en fraccionar

las declaraciones de los peritos y no vincularlas al objeto de la controversia sino desviarlas al ámbito financiero y no al tributario, todo lo cual constituye la trascendencia del yerro del juzgador, al igual que la desnaturalización de la norma en materia de hidrocarburos en perjuicio de los intereses del Estado.

1.2.- En consideración al auto de fecha 15 de septiembre del 2017, las 10h40, el Dr. Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, únicamente por el caso segundo del art. 268 del COGEP, admisión en la cual textualmente ha manifestado: *"(…) 3.4.5.2. Respecto a la Glosa "Costos y Gastos de abandono y actividades no exitosas", Glosa por "Ingresos provenientes de la participación no declarados" e "Ingresos no declarados por banco de calidad", en la especie existe argumentación que determina por qué se considera que la sentencia es inmotivada, da razones concretas, claras y precisas en las que se establece que el juzgador de instancia no justificó la decisión en elementos facticos y normativos en forma adecuada; ataca la carencia de lógica en la decisión, establece que en la sentencia no existe coherencia entre las premisas y la conclusión y de estas con la decisión, así como señala las normas que se han infringido a consecuencia de dicho vicio (…)".*

1.3.- Finalmente, es esencial manifestar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, la misma que en su parte considerativa indica: "(…)*6.- VALORACION DE LA PRUEBA EN RELACION A LA DEMANDA DE IMPUGNACIÓN Y CONTROL DE LEGALIDAD.- Con este antecedente en relación a la pretensión de la parte accionante este Tribunal en apego a lo dispuesto en los artículos 93, 94, 297 (numeral 7) del COGEP para resolver considera única y exclusivamente las glosas expresamente impugnadas, entendiéndose que las no impugnadas han sido aceptadas por la accionante, y dentro de aquello el análisis de las piezas procesales contenidas en el expediente judicial, de las pruebas documentales y periciales practicadas por las partes en la audiencia de juicio y fundamentalmente del análisis de las normas legales y reglamentarias aplicables a este caso que han sido expuestas por las partes procesales en sus actuaciones tanto por escrito como oralmente en las correspondientes audiencias, queda demostrado lo siguiente: 6.1.- Glosa denominada "Ingreso Proveniente de la Participación No Declarado". 6.1.1.- La discrepancia fundamental en esta glosa, según la accionante, gira en torno a determinar si procede que la administración tributaria demandada efectúe en diciembre de 2011 una revalorización del saldo de sublevante registrado a diciembre de 2010, aun cuando los barriles de crudo sublevantado, valorados y registrados como ingreso del ejercicio 2010, hasta el momento no han sido recibidos, ni levantados ni vendidos. 6.1.2.- Se entiende por sublevante a la cantidad de barriles de petróleo que le corresponden a la compañía por su participación en la producción que no han sido levantados ni vendidos en el año corriente y que se espera venderlos en el siguiente o los siguientes ejercicios económicos. Para efectos tributarios, por mandato del artículo 12A de la Ley de Hidrocarburos, el sublevante forma parte de la participación del ejercicio corriente, en tal virtud, ese saldo de barriles producidos y no exportados, debe ser considerado un ingreso de dicho ejercicio corriente; y, debe ser valorado al precio de venta o precio de referencia, el que sea mayor". 6.1.3.- Para el caso concreto y luego de explicar de la naturaleza del sublevante la empresa accionante afirma que es hecho cierto y no controvertido de que el saldo del sublevante registrado al 31 de diciembre de 2011 en la contabilidad de ANDES, corresponde a barriles de petróleo crudo que "no habían sido levantados ni vendidos por mi representada (aspecto que lo reconoce el SRI en su Acta de Determinación y que como se ha mencionado, no es objeto de disputa en esta controversia)", es evidente que dicho sublevante constituye un ingreso no realizado ni devengado; que por tanto, no se puede someter a imposición en términos diferentes a los que prevé la normativa de hidrocarburos y tributaria aplicable. 6.1.4.- El saldo del sublevante (189.387,23 barriles) al 31 de diciembre de 2011, se mantuvo en la contabilidad de ANDES como una cuenta por cobrar al Estado, valorada al mismo precio unitario al que fue creada, es decir, a US$ 81.1815169612, pues ese proceder es el que se encontraba contemplado en el Contrato de Participación y en la Ley de Hidrocarburos que a la época, disponía que el sublevante debía tributar en el ejercicio económico en que dichos barriles fueron producidos, independientemente de que se tratase de un ingreso no real o ficticio desde el punto de vista financiero. 6.1.5.- Así mismo la parte actora afirma en su demanda: "Sin embargo pese a reconocer que el sublevante corresponde a barriles de petróleo crudo que no fueron levantados ni recibidos ni vendidos por mi representada en la Resolución impugnada, cual ocurrió también en el Acta de Determinación, el SRI considera que el saldo del sublevante a diciembre del 2011 debía actualizarse o revalorizarse al precio de referencia correspondiente a noviembre de ese*

mismo ejercicio, y así generar una diferencia tributable en dicho ejercicio económico. Esta actualización y revalorarización no es un procedimiento previsto en la Ley. Más aún, no es posible realizar la valoración contemplada en la normativa aplicable, ya que respecto de los barriles sublevantados, no se cuenta con el precio de venta para efectos de compararlo con el precio de referencia y determinar el mayor que sería el valor sujeto a imposición. (…) En este caso, es claro que ANDES pagó impuesto a la renta sobre la totalidad del sublevante registrado al finalizar el Contrato de Participación en el año 2010, como consecuencia de un expreso mandato legal (aún pese a no ser un ingreso realizado); que los ingresos obtenidos por ANDES por la venta de los 98,257 barriles en julio del año 2011 pagaron impuesto a la renta por la diferencia entre el precio de venta de la venta parcial efectuada por ANDES en diciembre de 2010 que fue utilizado para el registro del sublevante por ser superior al precio de referencia, y el precio facturado al momento de la venta en julio de 2011; y, que el saldo o remanente del sublevante a 31 de diciembre de 2011 de 189.387,23 barriles se mantuvo registrado como una cuenta por cobrar al Estado, al mismo valor por el cual dichos barriles tributaron impuesto a la renta en el ejercicio 2010.". 6.1.6.- Está demostrado que la accionante pagó el impuesto a la renta del ejercicio económico del año 2010 sobre todo el sublevante de conformidad con lo dispuesto en los artículo 12 A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, a pesar de haberla registrado contablemente como una cuenta por cobrar. También ha quedado claro y no ha sido motivo de controversia la existencia de un sublevante a diciembre de 2011 de 189.387,23 barriles que hasta la presente fecha no ha sido entregado por parte del Estado Ecuatoriano a la empresa actora y que probablemente ocurra cuando se liquide el Contrato de Participación, que estuvo vigente hasta diciembre de 2010, situación que nos pone ante a un hecho futuro e incierto. Frente a esta sui generis situación las dos peritos dentro de los interrogatorios y contrainterrogatorios fueron muy claras al afirmar que este tipo de situaciones, concretamente la no entrega de sublevante en aproximadamente 6 años, que se encuentra contabilizada como una cuenta por cobrar, podría ser considerada como pérdida o como un incobrable o simplemente darla de baja.- 6.1.7.- Este criterio técnico es de particular importancia pues permite al Tribunal determinar que no existe fundamento legal ni jurídico alguno que obligue a un sujeto pasivo a tributar sobre meras expectativas peor aún a realizar ajustes o revalorizaciones o reavaluaciones o actualizaciones a una cuenta por cobrar que contiene una expectativa de que el Estado Ecuatoriano cumpla con la entrega del sublevante o que, al menos, se proceda a la liquidación del contrato de participación, situaciones que han sido ratificadas como ciertas por las partes procesales. Entonces cabría preguntarse en este punto sobre qué pretende la administración tributaria que la accionante tribute? Existe norma alguna que obligue a tributar sobre meras expectativas? Es pertinente que la administración tributaria pretenda revalorar, ajustar o actualizar cuentas por cobrar vigentes por más de seis años? Cuál sería el hecho generador? Es evidente que la Administración Tributaria no puede ni debe determinar una obligación tributaria sin un sustento originado en la ley, lo contrario atentaría contra los más elementales principios del Derecho Tributario.- 6.1.8.- El concepto de sublevante contenido en el artículo 12-A de la Ley de Hidrocarburos es una presunción legal y no una presunción de derecho, consecuentemente admite prueba en contrario y en virtud de las pruebas actuadas, en la realidad se ha demostrado no haberse producido la cuenta por cobrar al Estado, valorada al mismo precio unitario al que fue creada, es decir, USD $ 81.1815169612. Para que tal presunción contenida en el artículo 12-A sea de derecho, y por lo tanto no admita prueba en contrario, la propia Ley de Hidrocarburos debió establecerla expresamente en el mencionado artículo. Tal situación únicamente consta en el Contrato de Participación en la parte que estipula: "independientemente de que se tratase de un ingreso no real o ficticio desde el punto de vista financiero". Aun cuando el contrato es ley para las partes, pero para efectos de establecer obligaciones en base a una presunción legal, es la norma legal "no el contrato" el que debe establecer esa presunción de derecho.- 6.1.9.- El artículo 32 del Código Civil establece: "Art. 32.- Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias. Osvaldo H. Soler en su Tratado de Derecho Tributario deja claro que: "la presunción es aquella que llega a hechos desconocidos mediante el

razonamiento, partiendo de hechos conocidos. La presunción convierte en derecho a hechos jurídicos que son solo simples suposiciones, fundada en circunstancias que suceden con generalidad. En la presunción siempre existe un margen de error e incertidumbre de modo que no siempre el resultado alcanzado se corresponde con la expectativa de certeza con la que se asume. En ella se observan tres circunstancias, a saber: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Esta última es el juicio lógico aplicado a partir del hecho probado para presumir la veracidad del hecho desconocido que se busca demostrar. Las presunciones deben ser precisas, asertivas y concordantes de modo que conduzcan a la calificación lógica y razonable del hecho presumido. Desde el punto de vista legal no se concibe la presunción sin la existencia de una ley que la establezca.".- 6.1.10.- Dentro de la etapa probatoria la administración tributaria demandada no logró desvanecer esa presunción legal a la que nos hemos referido en los numerales anteriores, pues en ningún momento logró probar que la cuenta por cobrar se produjo, por el contrario quedó demostrado no haberse producido la cuenta por cobrar al Estado, valorada al mismo precio unitario al que fue creada.- 6.1.11.- El artículo 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) señala que se considera renta para efectos de la aplicación del impuesto a la renta, a los ingresos de fuente ecuatoriana obtenido a título gratuito o a título oneroso proveniente del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios. Esa renta a la que se refiere el citado artículo debe ser percibida y de alguna manera debe acrecer un patrimonio tal como lo prescribe el artículo 8 de la LORTI. En la especie la administración tributaria pretende que ANDES tribute sobre un ingreso que en la realidad no ha ocurrido que además consta en su contabilidad como una cuenta por cobrar y que a pesar de aquello declaró y pagó sobre la totalidad de sublevante dentro del ejercicio económico del año 2010, último año de vigencia del Contrato de Participación, contrato que hasta la presente fecha no ha sido liquidado. No existe norma alguna dentro de la legislación tributaria que obligue a tributar sobre meras expectativas tampoco para realizar ajustes, revalorizaciones, actualizaciones o reavaluaciones de sublevante peor aun cuando los barriles de petróleo crudo que no han sido levantados ni recibidos ni vendidos. Si la Administración Tributaria demanda pretendía sustentar su hipótesis, en la etapa de prueba, debió justificar que la empresa accionante obtuvo un ingreso real respecto del sublevante no entregado, que incrementó su patrimonio y, por lo tanto, que se configuró el hecho generador del impuesto a la renta, situación que dentro del proceso no ocurrió. Así mismo la administración tributaria no ha podido probar la existencia de un perjuicio al Estado Ecuatoriano derivado del contrato de participación cuya vigencia como se ha manifestado varias veces concluyó en el año 2010 y que hasta la presente fecha no ha sido liquidado, momento en el cual, de producirse, podría determinar la existencia de obligaciones para las partes contractuales. Por todo lo expuesto este tribunal acepta la impugnación a la glosa denominada "Ingreso Proveniente de la Participación No Declarado". planteada por la compañía actora y la deja sin efecto legal alguno.- 6.2.- Glosa denominada "Ingresos No Declarados por Banco de Calidad".- 6.2.1.- La discrepancia fundamental en esta glosa, según la accionante, gira en torno a determinar si procede que la administración tributaria demandada efectúe en diciembre de 2011 una revalorización del saldo de sublevante registrado a diciembre de 2010, aun cuando los barriles de crudo sublevantado, valorados y registrados como ingreso del ejercicio 2010, hasta el momento no han sido recibidos, ni levantados ni vendidos. 6.2.2.- Se entiende por banco de calidad al procedimiento de compensación mediante la entrega de barriles a los cuales tiene derecho la compañía Andes por la pérdida de calidad de su crudo en comparación con el petróleo de inferior calidad que se inyecta al OCP por parte de otras compañías petroleras. 6.2.3.- La empresa accionante dentro de su demanda manifiesta: "Tanto en el fondo como en la forma, esta glosa se sustenta en prácticamente los mismos criterios, por ende, presenta los mismos vicios legales identificados al impugnar la glosa precedente, toda vez que el SRI también emplea para levantar esta glosa, procedimientos no establecidos en la normativa tributaria y contable para establecer un ajuste al precio de unos barriles que ANDES registró como banco de calidad. (…) El procedimiento contable seguido por ANDES para el registro de los barriles recibidos en concepto de banco de calidad fue el siguiente: "La empresa registra un ingreso por compensación banco de calidad, basado en la información entregada por OCP, en lo cuenta No, 999451.8025.110 denominada Gravity Differential. El inventario de barriles recibidos por compensación de banco de calidad al 31 de diciembre de 2010 fue de 9,448 barriles, valorada al último precio de venta de ese año, así en el 2010, la provisión se calculó considerando un precio unitario de US$ 81,277. El ingreso se registró en la declaración de Impuesto a la Renta del año 2010 en la casilla 603". Como aparece del Acta de

Determinación No, 17201524900604674 en concepto de Impuesto a la Renta del período fiscal 2010, la Administración Tributaria estableció que ANDES mantenía al 31 de diciembre de 2010, un stock de 10.090,19 barriles de crudo por concepto de banco de calidad. Como se indicó anteriormente, y como quedó ratificado en el Acta de Determinación ante citada, para efectos tributarios, dichos barriles fueron valorados por ANDES al precio de la venta parcial de crudo acaecida en diciembre de 2010 (aplicando el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos y el artículo 1 del Reglamento para la determinación del precio de referencia de los crudos Oriente y Napo citados en el acápite precedente de esta demanda) y considerados como ingresos gravados en ese año, pagando el impuesto a la renta respectivo tal como aparece de la declaración de impuesto a la renta de 2010 que adjuntamos como evidencia a esta demanda (Anexo 7) así como del mapeo correspondiente (Anexo 19). En el año 2011 no se recibió y, por tanto, no se vendió el crudo procedente de la compensación por banco de calidad, razón por la cual, el saldo de la provisión al cierre de ese año, fue igual a la del 2010.". 6.2.4.- La administración tributaria en la contestación a la demanda a fojas 3070 vta. punto 3.2.2.2 expresamente manifiesta: "La Administración Tributaria valoró el stock al 31 de diciembre de 2011, al precio de referencia de 2011, ya que el actor no realizó ventas por banco de calidad, manteniendo este su valoración al último precio de venta del 2010. Es decir, las diferencias al igual que en el caso anterior son puntuales y nada tienen que ver con la valoración del crudo pues este es realizado tanto por la Administración como por ANDES respecto de los barriles de petróleo producto del banco de calidad. Por la tanto, la valoración está dada y las diferencias nacen por un lado por ajustes de precios de referencia (mes anterior vs mes corriente) -ámbito normativo; por la cantidad de barriles en stock al 31 de diciembre de 2010 y por el cambió de modalidad contractual de participación a prestación de servicios -ámbito fáctico" en este último efectivamente van a existir ventas locales o no van a existir dichas ventas por lo que lo conducente es remitirnos a un valor real del crudo en el mercado que es el reportado por Petro-Ecuador. En este contexto, producto de la valoración para efectos tributarios, por los barriles provenientes del banco de calidad la Administración Tributaria determinó un ingreso por banco de calidad de USD 1.097.944,49 y ANDES registró una provisión por banco de calidad de USD 767.912,17, por lo tanto, se establece una diferencia por USD 330.032,32, dada por cantidad de barriles, ajustes de precios de referencia y cambio de modalidad contractual.". 6.2.5.- De las propias afirmaciones de las partes procesales queda claramente establecido que ANDES en el año 2011 no realizó ventas por banco de calidad por la tanto no pudo haber obtenido ingresos y, por lo tanto haber incrementado su patrimonio a fin de configurar el hecho generador del impuesto a la renta, razón por la cual la hipótesis sugerida por la administración tributaria no tiene sustento lógico ni legal alguno. 6.2.6.- La empresa actora ha manifestado dentro de juicio que recibió la compensación por banco de calidad y realizó ventas de petróleo con posterioridad al año 2011 y que fueron ingresos declarados en ejercicios posteriores al año 2011. Por todo lo expuesto y haciendo válidos los argumentos utilizados en el numeral 1 de este fallo, esto es, si la Administración Tributaria demanda pretendía sustentar su hipótesis, en la etapa de prueba, debió justificar que la empresa accionante obtuvo un ingreso real respecto de banco de calidad no entregado por OCP ni vendido durante el año 2011, que incrementó su patrimonio y, por lo tanto, que se configuró el hecho generador del impuesto a la renta para ese ejercicio económico, situación que dentro del proceso no ocurrió; consecuentemente este Tribunal acepta la impugnación a la glosa denominada "Ingresos No Declarados por Banco de Calidad Ingresos No Declarados por Banco de Calidad" planteada por la compañía actora y la deja sin efecto legal alguno.- 6.3.- Glosa denominada "Materia gravada no aportada al IESS".- 6.3.1.- En relación a esta glosa la discrepancia radica en determinar si los pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos son o no materia gravada. Para el efecto este Tribunal acude al tenor literal de lo establecido en las siguientes normas legales artículos 11 y 14 de la Ley de Seguridad Social, numeral 9 del artículo 10 de la LORTI, en esta línea el Art. 217 del Estatuto Codificado del IESS. 6.3.2.- En este punto cabe referir los criterios expuestos en los siguientes recursos: a) Sentencia dentro del recurso de casación en el proceso 63-2007, publicada en el Registro Oficial No. 521 del 4 de febrero de 2009, en su parte pertinente dice: "La discrepancia se contrae a discernir la naturaleza de tales rubros. Al propósito a menester considerar que el Art. 11 de la Ley de Seguridad Social regula la materia gravada para efectos del cálculo de las aportaciones al Seguro General Obligatorio, disposición que especifica los ítems sobre los que se debe contribuir. Tiene especial importancia para este caso la expresión que obra al final del inciso segundo del dicho artículo 11, de que también se encuentran gravadas cualesquiera otras

remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio. Concierne al tema el Art. 217 del Estatuto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 431 de 7 de mayo de 1990, estatuto que debe aplicarse mientras no se expidan los reglamentos respectivos, al decir de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Seguridad Social. El inciso primero del mencionado Art. 217 que trata de los Conceptos de Sueldo y Salario y su Variabilidad, dice a la letra: Se tendrá por sueldo o salario de los empleados privados y obreros, la remuneración total, incluyendo lo que correspondiere por trabajos extraordinarios, suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derecho de usufructo, uso, habitación o cualquiera otra remuneración accesoria que tuviere carácter normal en la industria o servicio. Finalmente respecto de este punto es necesario hacer referencia al inciso tercero del Art. 17 del Código del Trabajo que tiene por ocasionales a aquellos contratos cuyo objeto es la atención de las necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas con la actividad habitual del empleador, y cuya duración no excederá de treinta días en un aíro. La sentencia impugnada explícitamente reconoce que esta discrepancia es de puro derecho, razón por la cual no cabe aludir a los hechos. Estos atienen a los siguientes rubros: trabajos ocasionales, aguinaldos, bono de responsabilidad, gastos de representación y bono especial. Examinados los cuadros insertos en la resolución impugnada, fs. 12 y 13 de los autos, se observa que los rubros glosados son de diversa índole y que no puede atribuirse a todos ellos la misma naturaleza. Los correspondientes a trabajos ocasionales no cumplen con el carácter de ser normales previstos en los artículos de la Ley de Seguridad Social y el Estatuto del instituto Ecuatoriano de Seguridad por lo que no cabría exigir que constituyan materia gravada para efectos del Seguro Social. Los correspondientes a bono de responsabilidad, gastos de representación, bono especial y aguinaldos cumplen con los requisitos referidos, inclusive como gratificaciones, y por lo tanto, debían ser tomados en cuenta como materia gravada para efectos del Seguro Social. Al no haberse efectuado los aportes al Seguro Social, mal cabe que sean tomados en cuenta como deducciones para establecer la base imponible del impuesto a la renta del ejercicio 2003." b) Del recurso 118-2008, publicado en la edición especial del Registro Oficial No,. 141 del 4 de mayo de 2011, se destaca lo siguiente: "CUARTO: Dentro del considerando quinto de la sentencia recurrida constan los varios ítems referentes a las diferentes glosas. Afrontaremos las mismas prosiguiendo el orden en que se encuentran resueltas tales glosas."(…) 5.1.3 Gastos, sueldos y salarios. La afirmación de la sentencia de instancia de que es al Seguro Social a quien exclusivamente corresponde exigir que la afiliación incluya la remuneración íntegra que tenga el carácter de normal, no es atendible, pues, para que proceda la deducción en el orden tributario debe haberse cumplido con semejante afiliación. Así lo previene el Art. 10 numeral 9 de la Ley de Régimen Tributario. En consecuencia, se confirma la glosa.". 5.5.3 Sentencia dentro del recurso 14-2009 publicada en la edición especial del Registro Oficial No. 245 del 12 de mayo de 2011: "En la demanda, a diferencia de lo que ocurre al contestar el recurso, la empresa actora sobre la glosa por USD 12. 193,79 por no haberse efectuado los aportes al Seguro Social, se limita a argumentar que tal glosa se basa exclusivamente en bonificaciones a las que les falta regularidad. Tal aseveración no cabe aceptarla, tanto más que, según se indica, en la contestación al recurso se alude a otras cuestiones, tales como pagos a terceros y gastos de alimentación. Ello demuestra fehacientemente falta de congruencia. Las bonificaciones en cuanto se encuentran previstas son como las horas extras que en los hechos pueden o no acaecer. Las mismas debían ser tomadas en cuenta para la cotización al Seguro Social. En consecuencia se confirma la glosa por este concepto.". c) Sentencia dentro del recurso 69-2009, publicado en la edición especial del Registro Oficial No. 190 del 8 de septiembre de 2011: "Respecto del ítem C.6.1.1. Gastos de Personal, fs. 9 vta. y 10 de los autos del Acta, diferencia por USD 308.141,45 por los rubros de pagos manuales, devoluciones manuales y devoluciones automáticas, verdaderos bonos entregados al personal que trabaja con relación de dependencia, según lo tiene resuelto la jurisprudencia sentada en casación (63-2007 publicado en el R.O. 521 de 4 de febrero del 2009; 118-2008 sentencia de 29 de julio del 2009; 14-2009 sentencia de 30 de octubre del 2009), no se puede admitir la deducción, por no haberse efectuado los aportes al Seguro Social por tales rubros. No cabía que la administración demostrara que en otras instituciones del sistema financiero, se efectúen los mismos pagos para considerarlos normales. Además, no se ha desvirtuado que tales pagos no hayan sido normales, según consta en el Acta de Determinación de fs. 7 a 30 de los autos.".6.3.3.- Del detenido análisis de las normas citadas así como de la abundante jurisprudencia se tiene que los rubros correspondientes por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y

por subsidio de vehículos cumplen con los requisitos referidos en dichas normas en particular lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, inclusive como gratificaciones, y por lo tanto, debían ser tomados en cuenta como materia gravada para efectos del Seguro Social. Al no haberse efectuado los aportes al Seguro Social, mal cabe que sean tomados en cuenta como deducciones para establecer la base imponible del impuesto a la renta del ejercicio 2011. 6.3.4.- De la revisión de la prueba actuada por la parte accionante y en especial de sus asertos contenidos en el escrito de contestación a la demanda claramente se puede establecer que los rubros por pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos se encuentran institucionalizados en la compañía pues cuentan con políticas emitidas para el efecto y que se las cumple año a año desde el 2007, lo cual hacen de estas gratificaciones pagos regulares, consecuentemente este Tribunal rechaza la impugnación a la glosa denominada "Materia gravada no aportada al IESS" planteada por la compañía actora y la confirma.- 6.4.- Glosa denominada "Costos y gastos de abandono y actividades no exitosas".- 6.4.1.- La empresa actora dentro de esta glosa manifiesta lo siguiente: "En la Resolución impugnada, la Administración Tributaria aplica el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos para concluir, de manera infundada y ciertamente extraña, que conforme al artículo 11 de dicho Reglamento, los costos de perforación de pozos secos determinados como tales como resultado de la perforación realizada, sólo son deducibles en el ejercicio económico en que se efectuaron. Por tanto, concluye paladinamente que los costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas correspondientes a los Pozos Fanny 18B-122H y Shirley 10 no podían ser considerados deducibles en el ejercicio 2011, al haberse iniciado su perforación en los ejercicios fiscales 2008 y 2009, respectivamente. La conclusión a la que arriba la Administración Tributaria en la Resolución impugnada es una consecuencia de: i) aplicar el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos a costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas llevadas a cabo por mi representada en los ejercicios 2008 y 2009, cuando se encontraba vigente el Contrato de Participación suscrito entre ANDES y el Estado Ecuatoriano, y por ende, el Reglamento de Contabilidad de Costos aplicable a los Contratos de Participación; ii) además de aplicar retroactivamente un Reglamento que fue emitido con posterioridad a la fecha en que ANDES efectuó las actividades de exploración que resultaron no exitosas, de entender de forma equivocada el tenor literal del Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos, confundiendo injustificadamente el concepto de período de perforación con el de ejercicio económico; iii) de no considerar que ANDES se tomó como deducible el gasto correspondiente en el ejercicio económico 2011, luego de solicitar la respectiva autorización de taponamiento y abandono definitivos a la Secretaría de Hidrocarburos, pues con anterioridad a ese ejercicio, los pozos Fanny 18B-122H y Shirley 10 no habían sido decretados como secos, y conforme a la normativa aplicable a los contratos de participación, solo con la autorización de la Autoridad Competente era factible tomarse como deducible el gasto respectivo; y, iv) de no haber considerado que la Compañía no se tomó como deducible la amortización correspondiente a las inversiones realizadas en los pozos Fanny 18B-122H y Shirley 10; por lo que de objetarse la deducibilidad de los costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas en el 2011, ANDES habría incurrido en estos costos y gastos sin tener derecho a deducirlos de forma alguna, pese a que se trata de erogaciones en las que incurrió con el propósito de mantener, mejorar y generar ingresos de fuente ecuatoriana que se encuentran gravados.". 6.4.2.- Por su parte la Administración Tributaria afirma dentro de su contestación a la demanda lo siguiente: "Los AFES de los proyectos Shirley 10 y Fanny 18B-122H al 31 de diciembre de 2010, pasaron a formar parte de los AFES negociados en el Contrato de Prestación de Servicios al 1 de enero de 2011. El argumento de ANDES, se remite, a que la Administración Tributaria aplicó el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios respecto de actividades no exitosas llevadas a cabo por la compañía en los ejercicios 2008 y 2009 cuando se encontraba vigente el contrato de participación. Al respecto, cabe indicar que los pozos Shirley 10 y Fanny 18B-122H formaron parte de las inversiones no amortizadas al 31 de diciembre de 2010, por lo tanto, formaron parte del saldo inicial de inversiones con las cuales se negoció el Contrato de Prestación de Servicios vigente desde el ejercicio fiscal 2011. En este sentido, lo aplicable es el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios, que en su artículo 11, literal a) expresa: "Art. 11.- Costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas.- Tales

como: a) Costos de perforación de pozos secos de exploración y desarrollo adicionales determinados como tales como resultado de la perforación realizada en el período; no se consideraran pozos secos aquellos que iniciaron la producción en periodos anteriores; b) Costos de medio ambiente y costos de abandono; y, c) Costos de actividades no exitosas de exploración adicional y recuperación mejorada". Consecuentemente, como lo señala el actor en su demanda, la perforación de dichos pozos empezó en el año 2008/2009 y en esos mismos períodos en base a los estudios realizados la compañía decide que dichos pozos no son económicamente rentables por lo que el pozo Shirley 10 se convierte en un pozo para medir la presión y el pozo Fanny 18B-122H en inyector. Como se puede evidenciar señores jueces, y como bien lo reconoce el actor la perforación de los pozos es en años anteriores al 2011, por lo que de conformidad con la norma no pueden ser considerados como gastos deducibles. Por lo tanto, si bien es cierto que las Resoluciones favorables con la autorización de taponamiento y abandonado definitivo de los pozos Shirley 10 y Fanny 18B-122H son emitidas el 6 de mayo y 20 de abril del 2011 respectivamente, no es menos cierto que la perforación de los pozos se realizó en los años 2008 y 2009. Así, el informe de auditoría del año 2011 emitido por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero no reconoce la reclasificación de inversión a costo registrada por ANDES, al considerar que los pozos fueron perforados en el 2008 y 2009 y no en el ejercicio fiscal 2011, por lo que propone un ajuste mediante el cual desconoce un costo de abandono de actividades no exitosas por USD 8.791.600,86.". 6.4.3.- Para dilucidar el conflicto presentado este Tribunal deja en claro que en la especie no se discute que la glosa es: a.- "Costos y gastos de abandono y actividades no exitosas del ejercicio 2011", por el valor de USD 8.791.600,86; b.- Que los costos y gastos corresponden a los ejercicios 2008 y 2009; y, c.- Que para marginar la diferencia la Administración considera lo dispuesto en el literal a) del art. 11 del Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios, vigente justamente desde el año 2011. 6.4.4.- 6.4.4.1.- El Acta de Determinación No. 17201624900131016 de 19 de febrero de 2016, en relación a esta glosa en su página 83 de 100 indica lo siguiente: " Las erogaciones realizadas por el contribuyente en los ejercicios fiscales 2008 y 2009 en los pozos FANNY-18B122 y SHIRLEY-10 forman parte de las inversiones no amortizadas; por lo tanto, formaron parte del saldo inicial de inversiones con las cuales se firmó y negoció el Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) vigente desde el ejercicio fiscal 2011, consecuentemente sirvió de base para el cálculo para establecer la tarifa de este contrato. Debido a que estas inversiones forman parte del Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) vigente desde el ejercicio fiscal 2011, se rige por la normativa aplicable a este ejercicio fiscal (…).- 6.4.4.2.- La Resolución impugnada en la página 81 de 92, en los puntos 15.3.37 y 15.3.38 establece lo siguiente: "15.3.37.- Las erogaciones incurridas en los pozos FANNY-18B122 y SHIRLEY-10 que se encontraban registradas como parte del activo hasta el 31 de diciembre de 2010, al no ser exitosas por la sequedad de los pozos, debían ser dadas de baja en el ejercicio fiscal 2011. Sin embargo para el referido ejercicio fiscal se encontraba vigente el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, el mismo que establece que serán costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas, aquellos determinados como resultado de la perforación realizada en el período. 15.3.38.- Estos valores al 31 de diciembre de 2010 no se habían amortizado y formaron parte del saldo inicial de las inversiones con las cuales se firmó y negoció el Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (petróleo crudo) en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica Ecuatoriana. En este punto, la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, en atención al Requerimiento de Información No. DZ9-RECPRIC16-00000042 legal y debidamente notificado el 01 de agosto de 2016, con fecha 05 de agosto de 2016 remitió a la Administración Tributaria una copia del Memorando No. 005-ARCH-A-0066 del 6 de agosto de 2010, en el cual se menciona que dentro del proceso de renegociación del contrato solicitó a las empresas petroleras los estados financieros y anexos de inversiones y costos y gastos al 30 de junio de 2010.". 6.4.4.3.- Como se transcribe en parte del numeral 4.2 del análisis de esta glosa, la administración asegura en su contestación a la demanda a fojas 3075 lo siguiente: ''Al respecto, cabe indicar que los pozos Shirley 10 y Fanny 18B-122H formaron parte de las inversiones no amortizadas al 31 de diciembre de 2010, por lo tanto, formaron parte del saldo inicial de inversiones con las cuales se negoció el Contrato de Prestación de Servicios vigente desde el ejercicio fiscal 2011.", para luego transcribir el literal a) del

art. 11 del Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.- 6.4.5.- Frente a estos asertos contenidos en los actos administrativos impugnados y contestación a la demanda enunciados precedentemente este Tribunal llega a la conclusión lógica de que estando vigente en el año 2011 el contrato de prestación de servicios y considerando que el saldo inicial con el que se negoció el contrato es una cuenta por costos y gastos de abandono y actividades no exitosas correspondientes a inversiones no amortizadas al 31 de diciembre de 2010, no cabe la menor duda, a decir de la propia administración demandada, que fue reconocido por el Estado como reposición de costos y gastos, que jamás puede ser objeto de glosa justamente por ser reposición de costos y gastos.- 6.4.6.- Por otra parte, la administración tributaria puntualiza: "Por lo tanto, si bien es cierto que las Resoluciones favorables con la autorización de taponamiento y abandonado definitivo de los pozos Shirley 10 y Fanny 18B-122H son emitidas el 6 de mayo y 20 de abril del 2011 respectivamente, no es menos cierto que la perforación de los pozos se realizó en los años 2008 y 2009. Así, el informe de auditoría del año 2011 emitido por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero no reconoce la reclasificación de inversión a costo registrada por ANDES, al considerar que los pozos fueron perforados en el 2008 y 2009 y no en el ejercicio fiscal 2011, por lo que propone un ajuste mediante el cual desconoce un costo de abandono de actividades no exitosas por USD 8.791.600,86.". De las dos posiciones expuestas por la administración tributaria, el Tribunal infiere que la diferencia se ha determinado por existir doble deducción por el mismo concepto: una por la vía de considerar el saldo inicial de inversiones con las cuales se negoció el contrato de prestación de servicios vigente desde el ejercicio fiscal 2011; y, la otra, al considerar que los pozos fueron perforados en el 2008 y 2009 y no en el ejercicio fiscal 2011; consecuentemente, de acuerdo con lo previsto en el segundo inciso del artículo 311 del COGEP corresponde a la administración tributaria demandada la prueba de los hechos o actos del contribuyente, de los que concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía. De la revisión del proceso, no aparece prueba alguna, mediante la cual la Administración Tributaria hubiera demostrado que durante el ejercicio 2011 la parte actora efectúo doble deducción por concepto de costos y gastos de exploración de los pozos Fanny 18B-122H y Shirley 10, motivo por el que el Tribunal estima dejar sin efecto legal alguno el cargo por este concepto, consecuentemente acepta la impugnación a la glosa denominada "Costos y gastos de abandono y actividades no exitosas" planteada por la compañía actora y la deja sin efecto legal alguno."

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° 0341-2014 de 17 de diciembre del 2014 y 009-2018 de 23 de enero del 2018 emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura y Resoluciones N° 01-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018 de 1 de febrero de 2018, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta a fojas 17 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 Art. 269 del COGEP.

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.- AUDIENCIA

4.1.- Auto de 29 de mayo de 2018, las 11h20, 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, que se llevó a cabo el día martes 19 de junio de 2018 a las 11h30, en el octavo piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia, la misma que fue suspendida para dictar el fallo el día 27 de junio de 2018 a las 15H00.

4.2. Audiencia oral en la que fueron escuchados: Por el recurrente, el procurador judicial del SRI Dr. Patricio Vaca, y por la contraparte la Compañía ANDES PETROLEUM LTD., comparece la Ab. Carmen Amelia Simone Lazo, procuradora judicial.

V.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- Previamente a señalar los cargos imputados, es pertinente indicar que el proponente del recurso de casación ha fundamentado su pedido en el caso segundo del Art. 268 del COGEP, argumentando que la sentencia no cumple con el requisito de motivación exigido en la ley, como a continuación se manifiesta:

CASO SEGUNDO (Art. 268 del COGEP)

Cargo único: Falta de motivación en la sentencia recurrida, por cuanto manifiesta que se vulne-

ró la disposición constante en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador y 89 del COGEP.

VI.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1.- El recurso de casación conforme lo ha reconocido la propia doctrina y jurisprudencia, posee un carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene como base fundamental el operar sobre una resolución ejecutoriada, expedida por un Tribunal de Instancia. Cabe señalar que per sé, no constituye una nueva instancia, así como tampoco abre la posibilidad de un nuevo examen del proceso, de ahí su ratificación sobre su esencia formal, cuyos requisitos y términos se encuentran establecidos en la ley. Finalmente, la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

6.2.- Conforme el problema jurídico descrito en este fallo, el recurrente acusa la falta de motivación en la sentencia recurrida, según lo señalado en el número 4.1., cargo único cuyo texto es el siguiente:

> **- CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**
>
> ***Art. 76.-*** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*
>
> ***7.*** *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
>
> ***l)*** *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*
>
> ***CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS***
>
> *Artículo 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.*

6.2.1.- En consideración al caso segundo alegado por el recurrente, descrito en el número 2 del Art. 268 del COGEP, indica: *"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 el requisito de motivación".* Ahora bien, es pertinente enfocarnos a la hipótesis de falta de motivación, la misma que se orienta a un error in procedendo, por el incumplimiento de la actividad procesal y determinada por los requisitos de fondo y forma que toda Sentencia o Auto debe contener, si llegase a faltar alguna parte de la Resolución final, ya sea la relación de los hechos, motivación o decisión; esta se encontraría diminuta y sería susceptible de casación.

6.2.2.- Bajo el contexto antes descrito, se procede a analizar las acusaciones formuladas por el recurrente, quien alega, que la Sala de instancia infringió las siguientes normas de derecho: Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 89 del COGEP.

6.2.2.1.- Respecto de la alegación efectuada por la recurrente sobre la "**falta de motivación**", quien manifiesta conforme se estableció en el punto 1.1.1 de este fallo, que la resolución acusada carece de uno de los requisitos formales exigibles para que toda finalización de un litigio judicial sea válido y eficaz, como lo es, **la motivación**; esta Sala Especializada señala que para Emilio Fernández citado por Álvaro Mejía Salazar en su obra Diccionario de Derecho Tributario, expone que la motivación: "*permite establecer la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada, en consecuencia es necesario que los motivos sean expuestos de una manera concreta y precisa, no siendo suficientes las referencias vagas y completas*". Ahora bien, una vez examinada la sentencia objetada, se aprecia que la Sala Juzgadora ha indicado en su *parte expositiva*, la parte procesal que propone la acción materia del litigio, esto es "ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA", el acto administrativo impugnado (materia de la controversia), Resolución No. 117012016RREC119383 notificada el 31 de agosto de 2016; de igual manera se establece la pretensión y solicitud efectuada de manera clara y concreta, enfocada a la impugnación que realiza la empresa accionante a la Reso-

lución No. 117012016RREC119383, mediante la cual pretende que se deje sin efecto y valor jurídico las glosas denominadas: Ingreso Proveniente de la Participación no Declarado, Ingresos no Declarados por Banco de Calidad, Materia Gravada no aportada al IESS y Costos y Gastos de Abandono y Actividades no Exitosas. También consta que la parte demandada no planteó excepciones previas, aparece también la enunciación de las pruebas de la parte accionante así como de la Administración tributaria demandada, en la *parte considerativa*, se ubica la competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con Sede en Quito para conocer la causa puesta a conocimiento, la declaración de que en el proceso no se encontró vicio alguno, se observa la expresión del objeto de la Litis que se circunscribe al hecho de que el objeto de la controversia es que se deje sin efecto ni valor jurídico alguno las glosas "Ingreso Proveniente de la Participación no Declarado, Ingresos no Declarados por Banco de Calidad, Materia Gravada no Aportada al IESS y Costos y Gastos de Abandono y Actividades no Exitosas"; destacando que no consta la operación mental racional y el debido análisis de las pretensiones efectuadas por las partes, que a criterio de esta Sala especializada son esenciales para comprender el fallo emitido, la prescindencia sobre el análisis de la valoración de la prueba; la mínima operación mental de los hechos argüidos por las partes procesales puestos a conocimiento y someramente sustentados en las normas jurídicas, subjetivamente expuestas y ubicadas en el fallo, en especial con lo que tiene que ver en primer lugar con las glosas denominadas "Ingreso Proveniente de la Participación no Declarado e Ingreso no Declarados por Banco de Calidad", de lo cual el Tribunal ha manifestado: *"6.1.8.- El concepto de sublevante contenido en el artículo 12-A de la Ley de Hidrocarburos es una presunción legal y no una presunción de derecho, consecuentemente admite prueba en contrario y en virtud de las pruebas actuadas, en la realidad se ha demostrado no haberse producido la cuenta por cobrar al Estado, valorada al mismo precio unitario al que fue creada, es decir, USD $ 81.1815169612. Para que tal presunción contenida en el artículo 12-A sea de derecho, y por lo tanto no admita prueba en contrario, la propia Ley de Hidrocarburos debió establecerla expresamente en el mencionado artículo. Tal situación únicamente consta en el Contrato de Participación en la parte que estipula: "independientemente de que se tratase de un ingreso no real o ficticio desde el punto de vista financiero".* Aun cuando el contrato es ley para las partes, pero para efectos de establecer obligaciones en base a una presunción legal, es la norma legal "no el contrato" el que debe establecer esa presunción de derecho. Con lo cual el Tribunal atenta contra la norma expresa del Art. 12-A de la Ley de Hidrocarburos, así como con el criterio reiterado de este Tribunal de casación, los que establecen que la participación de la compañía actora constituirá su ingreso bruto de la cual la contratista efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, ingreso bruto que se traduce en los barriles de petróleo de os cuales tiene derecho la compañía producto de su participación sin importar que dichos barriles de petróleo se vendan o incluso se usen en la propia actividad de la compañía es decir que el art. 12-A establece que el ingreso bruto de la contratista se corresponde con su participación de los hidrocarburos producidos en el área del contrato, ingreso del cual se efectuarán las deducciones y se pagará el impuesto a la renta y no como indebidamente el Tribunal establece que el ingreso de la empresa bajo el contrato de participación será dado por la venta de los barriles de petróleo, es decir lo que implicaría que el sublevante sea un ingreso desde el punto de vista financiero contrario y contradictorio a lo que el artículo establece al sublevante como un ingreso tributario bajo el contrato de participación, es decir que de conformidad con lo establecido en la norma antes mencionada el sublevante en el ámbito tributario se corresponde con el ingreso de la compañía independientemente de las ventas que se realiza, es decir el Tribunal pretende equiparar una norma tributaria en el ámbito financiero con lo cual desconoce los ingresos tributarios que la compañía actora efectivamente tiene como producto de su participación en la producción que deben ser valorados al precio de venta o de referencia y que a partir de los mismos y una vez efectuadas las deducciones deberá cancelar el impuesto a la renta. En conclusión el Tribunal de instancia confunde un ingreso real en el ámbito financiero y un derecho de participación en el ámbito tributario.

Que el Tribunal de Instancia al momento de aceptar parcialmente la impugnación presentada por la compañía actora en contra de la resolución 117012016RREC119383 notificada el 31 de agosto de 2016, lo hace sin que medie la operación lógica jurídica requerida para el efecto. Por todo lo antes esgrimido, y conforme la disposición contenida en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, se

determina que dicha norma, no sólo evidencia la trascendencia de la motivación en las sentencias y autos, sino que también señala el efecto que produce su incumplimiento, el cual, como no puede ser de otra manera, acarrea la nulidad de los fallos que no se encuentren motivados, es decir, que en los mismos, no se explique la pertinencia y debida correspondencia que las normas jurídicas deben guardar con los hechos propuestos y atacados por las partes procesales; finalmente consta *la resolución* del caso, en donde se expone la decisión. De lo anterior, se concluye que la Sala juzgadora ha infringido el Art. 76 número 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, como ya se ha manifestado en este apartado, el Tribunal A quo en su sentencia de 13 de julio del 2017, a las 12h25, no realiza consideración alguna para llegar a su decisión, y se limita a señalar varios hechos propuestos por los litigantes, normas jurídicas que a criterio de la Sala inferior son aplicables al caso concreto, todo esto sin mayor asidero, y peor aún sin motivación lógica y racional que el caso amerita, de igual manera se advierte que el juzgador de instancia ha desconocido la importancia del precepto constitucional de motivación de las decisiones judiciales y administrativas, cuyo requisito es determinante para que las mismas surtan plenos efectos y así puedan ser acatadas por los recurrentes; lo que deja en evidencia la falta de motivación de la sentencia recurrida. En consecuencia el fallo recurrido conforme el Art. 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, adolece de NULIDAD al no cumplir con el requisito de motivación; por tanto, se configura plenamente el caso segundo del art. 268 del COGEP y así se la declara, por lo que este Tribunal debe expedir la sentencia que corresponde:

VII.- SENTENCIA DE MÉRITO

7.1.- El señor Zhao Xinjun, como representante legal de la compañía **ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA.,** comparece y deduce demanda contenciosa tributaria en contra de la Resolución No. 117012016RREC119383, de fecha 31 de agosto de 2016. Fundamenta su pretensión en lo siguiente: **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.- 6.1.1.-** El actor procesal fundamentó su solicitud en: *1) "INGRESOS PROVENIENTES DE LA PARTICIPACIÓN NO DECLARADOS".-* misma que consta en el numeral 3.7.1.1.1 de la Resolución administrativa por un monto de 7.056.506,47 USD para lo cual manifiesta que con fecha 31 de diciembre de 2010 se había terminado el contrato de participación sustituyéndose por el contrato de prestación de servicios de lo cual ANDES PETROLEUM tenía un sublevante de 287,644.2431 barriles, que conforme la normativa aplicable mientras estuvieron vigentes los contratos de participación, el sublevante debía considerarse como parte del ingreso bruto de la contratista y tributarse en el ejercicio fiscal en el que se reconozca, aun cuando la contratista no hubiere recibido un ingreso real por ello todo lo cual consta en el art. 12 de la Ley de Hidrocarburos. Que el saldo del sublevante (189.387,23 barriles) al 31 de diciembre de 2011 constaba en la contabilidad de ANDES como una cuenta por cobrar al Estado, valorada al mismo precio unitario al que fue creada es decir a USD 81.1815169612 tal como se contemplaba en el contrato de participación y en la Ley de Hidrocarburos que establecía que el sublevante debía tributarse en el ejercicio económico en que dichos valores fueron producidos, independientemente de que se trate de un ingreso no real o ficticio desde el punto de vista financiero, mas sin embargo el SRI considera que el saldo del sublevante a diciembre 2011 debía actualizarse o revalorizarse al precio de referencia correspondiente a noviembre de ese mismo ejercicio todo lo cual no es un procedimiento previsto en la ley, es decir que según el actor no existe un fundamento legal que soporte el procedimiento que ha llevado a cabo el SRI para establecer el ajuste a la valoración del sublevante. Que en este caso es claro que ANDES pago impuesto a la renta sobre la totalidad del sublevante registrado al finalizar el contrato de participación en el año 2010; que los ingresos obtenidos por ANDES por la venta de 98,257 barriles, en julio del año 2011 pagaron impuesto a la renta por la diferencia entre el precio de venta de la venta parcial efectuada por ANDES en diciembre del año 2010, que fue utilizado para el registro del sublevante por ser superior al precio de referencia, y el precio facturado al momento de venta en julio 2011 y que el saldo del sublevante a 31 de diciembre de 2011 de 189.387,23 barriles se mantuvo registrado como una cuenta por cobrar al Estado, al mismo valor por el cual dichos barriles tributaron impuesto a la renta en el ejercicio de 2010. Que aceptar el criterio del SRI implicaría que ANDES pague impuesto a la renta por el ajuste de una cuenta por cobrar y que para actuar de esa manera el SRI debería contar con una norma contable o tributaria que disponga actuar de esa manera. Finalmente solicita el actor que se deje sin

efecto el ajuste practicado al saldo del sublevante registrado el 31 de diciembre de 2011.

2) *"INGRESOS NO DECLARADOS POR BANCO DE CALIDAD".-* manifiesta el actor que tanto en el fondo como en la forma esta glosa se sustenta en los mismos criterios que la glosa anterior toda vez que el SRI empleo procedimientos no establecidos en la norma tributaria y contable para establecer un ajuste al precio de los barriles que ANDES registro como banco de calidad, que como ha quedado indicado el 01 de enero de 2011 entró en vigencia la nueva modalidad contractual de prestación de servicios en la cual no tiene participación en el crudo producido, sino que cobra una tarifa por los servicios prestados y que la figura del banco de calidad no tiene aplicación en la nueva modalidad y que pese a ello el SRI al realizar la determinación tributaria del ejercicio económico 2011, sin base legal o contable alguna, procedió a valorar los 10.090,19 barriles correspondientes al banco de calidad al precio de referencia del crudo napo correspondiente al mes de noviembre de 2011, por considerar que este es el último mes de ventas externas de petróleo realizados por Petroecuador y levantó una glosa por 330.032,32 USD. Que de lo antes expuesto se establece que la compensación que se entregaba a los contratistas por concepto de banco de calidad al amparo de los contratos de participación no constituye un ingreso proveniente de la participación y que por lo tanto no existe amparo legal que permita considerar al valor correspondiente a estos barriles como un ingreso para fines tributarios, valorándolo a un precio de referencia y menos a un revalorizándolo en un ejercicio fiscal que no tuvo movimiento alguno por lo que finalmente solicita que se le dé de baja la glosa.

3) "MATERIA GRAVADA NO APORTADA AL IESS".- Que al respecto la resolución impugnada considera que las cantidades de USD 1.431.427; USD 167.466 y USD 94.330,47 pagadas por concepto de bonos por resultados, logros extraordinarios y subsidio de vehículos constituyen gratificantes a los empleados de ANDES que percibieron en dinero en el ejercicio fiscal 2011 y que según manifiesta la administración estos constituyen material gravado de aportación al IESS, de los cuales el actor no realizó la aportación, requisito que a juicio del SRI es necesario para su deducibilidad al amparo del numeral 9 del art. 10 de la LORTI. Que el otorgamiento de reconocimientos por resultados dependía del cumplimiento de objetivos y de metas corporativas y que además estaba sujeto a que la compañía produzca y genere resultados positivos y que en razón de la naturaleza de la industria hidrocarburífera no puede estimar con certeza el establecer reconocimientos fijos y privilegios permanentes, sino que estos están sujetos a la variabilidad antes expuesta. Por lo tanto el pago por alto rendimiento no constituye un ingreso normal ni regular como lo exige el art 11 de la Ley de Seguridad Social, y que no cabe objetar la deducibilidad del gasto en que ANDES incurrió pues no era obligatorio aportar a la seguridad social sobre un rubro extraordinario y excepcional, que en cuanto a los reconocimiento extraordinarios el SRI ha excedido sus funciones al considerar que este pago deberá entenderse como normal o regular en la industria sin presentar evidencia alguna de que este tipo de reconocimiento se entregue en otras empresas de exploración y explotación de hidrocarburos, lo mismo sucede con el subsidio de vehículos. Bajo estas consideraciones el SRI no puede exigir que se realice la aportación al IESS respecto de cualquier remuneración que percibe un trabajador, como tampoco es legal que exija la aportación respecto de beneficios especiales que no forman parte de un ingreso regular de un trabajador, pues estos no deben formar parte de la base de aportación por lo que dice el actor se evidencia la arbitrariedad en el levantamiento de la presente glosa y la necesidad de dejarla sin efecto.

4) "COSTOS Y GASTOS DE ABANDONO Y ACTIVIDADES NO EXITOSAS".- que la resolución impugnada aplica el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Presentación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos para concluir de manera infundada que de acuerdo al art. 11, los costos de perforación de pozos secos determinados como tales, como resultado de la perforación realizada, solo son deducibles en el ejercicio económico en que efectuaron y concluyen que los costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas correspondientes a los pozos FANNY 18B-122H y SHIRLEY 10 no podían ser considerados deducibles en el ejercicio 2011, al haberse comenzado su perforación en el año 2008 y 2009. Que en este caso el SRI pretende frente a un hecho determinado en los años 2008 y 2009 (perforación de pozos) el mismo que culminó con la sequedad de los mismos y cuyo procedimiento para su declaratoria formal concluyó con las resoluciones No. 328 y 327 de 20 de abril y 6 de mayo de 2011, se aplique un reglamento que solo puede entenderse

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

vigente para situaciones posteriores vinculadas con el contrato de prestación de servicios, modalidad contractual que rige a partir del año 2011, con lo cual se estaría violando el principio de irretroactividad de las normas tributarias consagradas en el art. 300 de la Constitución y art. 3 del Código Tributario. Adicionalmente también establece el actor que el SRI interpreta de manera errada el art. 11 del Reglamento toda vez que tanto el actor como la Administración Tributaria parten de la premisa de que los pozos de desarrollo no iniciaron nunca su producción por lo tanto la norma en que el SRI se sustenta para objetar la deducibilidad del gasto es la que indica que se considerara como costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas a los costos de perforación de pozos secos de exploración y desarrollo adicionales determinados como tales como resultado de la perforación realizada en el período. Que lo que la norma citada pretende es que como resultado de la perforación realizada en el período de perforación, que para el caso que nos ocupa corresponde a los año 2008, 2009 y 2010, se determine la existencia de un pozo seco y que los gastos de perforación así incurridos se consideren costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas. Que la norma en ningún momento condiciona la deducibilidad del gasto a que la perforación se lleve a cabo en el mismo ejercicio fiscal en que la contratista se toma el gasto y por lo tanto el SRI llega al absurdo de no permitir deducir los gastos en el 2011 y tampoco permitir que la compañía amortice las inversiones realizadas en la perforación, por lo que solicita que se dé de baja la glosa.

7.2.- Con fecha 5 de diciembre del 2016, a las 09h41 se acepta a trámite el escrito de demanda, por cumplir con los requisitos legales descritos para el efecto de conformidad con el art. 142 del COGEP; por lo que se dispone sustanciar la causa en juicio ordinario. De igual manera se ordenó citar a la autoridad demandada.

7.3.- La abogada Maria José Arias Trujillo en representación del Director Zonal 9 del SRI, comparece y contesta la demanda, en la cual relata los hechos que le llevó a la Administración Tributaria a realizar la determinación tributaria para lo cual manifestó: 1) **Glosa sobre Ingresos Provenientes de la Participación no Declarada**.- De lo cual establece que para el ejercicio fiscal 2011 la compañía se rige bajo el contrato de prestación de servicios, es decir que existió un cambio de modalidad contractual de la cual quedó un sublevante de barriles de petróleo como producto de la participación de la contratista, que este sublevante es producto del contrato de participación suscrito por la actora y el Estado ecuatoriano que se mantuvo vigente hasta el año 2010. Por lo tanto la normativa tributaria aplicable en el presente caso corresponde a la que se encontraba en vigencia a la fecha del contrato de participación, esto es art. 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal 9 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos Número 44, art. 16 de las Bases de Contratación para los Contratos de Participación y Cláusula 8.3 del contrato de participación esto es valor al precio de venta o el precio de referencia del mes anterior. Es decir que estamos frente a barriles producidos producto del contrato de participación que han sido valorados por la compañía y la Administración Tributaria, que deben ser registrados como ingresos para efectos estrictamente tributarios ya que dichos barriles efectivamente existen, que en ese sentido el problema normativo nace por los ajustes de los precios de referencia efectuados por la Administración Tributaria donde lo correcto y como lo indica la norma es considerar el mes anterior y no el corriente como lo hace la actora. Se infiere que el conflicto nace no del tratamiento contable y tributario que debe darse al sublevante sino de las diferencias que nacen producto de los ajustes por precios de referencia, así también el segundo problema a dilucidar es de carácter fáctico producto del cambio de modalidad contractual de participación a prestación de servicios en el cual no existen exportaciones pero si ventas locales ubicando la problemática en el siguiente cuestionamiento: a qué precio se debe valorar el sublevante cuando no existen exportaciones ni ventas locales de lo cual se puede observar que la compañía realizó la valoración al 31 de diciembre de 2011 con el precio al que quedó valorado al 31 de diciembre de 2010 y por su parte la Administración Tributaria consideró el precio de referencia reportado por PETROECUADOR a noviembre de 2011. Que efectivamente como lo indica la norma esto es el art. 71 de la Ley de Hidrocarburos y por tratarse de un sublevante de la participación de la compañía, la valoración debe hacerse sobre el precio real de mercado que en ningún caso puede ser al que quedó valorado al 31 de diciembre de 2010, cuando efectivamente existe el precio de referencia reportado por PETROECUADOR.

Es decir que este sublevante producto de un remanente de los barriles de crudo del año 2010 por un

contrato de participación cuya valoración correcta corresponde al ingreso bruto de contratista por su participación y que por lo tanto no puede la compañía suponer que se realice una valoración de su ingreso con ventas efectuadas en el año 2010, si el precio del petróleo es volátil y al 2011 efectivamente iba a variar y que por lo tanto al calcular el ingreso por participación se lo debe hacer sobre el precio real del crudo en el mercado. Adicionalmente se debe destacar que la propia compañía actora indicó que los barriles levantados y vendidos al 12 de julio de 2011 fueron valorados al precio de venta por ser mayor al precio de referencia por lo que pagó impuesto a la renta sobre la diferencia entre lo pagado en el 2010 y el valor de venta del 2011, con todo lo cual la misma empresa está reconociendo su responsabilidad dispuesta en la ley de tributar sobre su participación contradiciendo de esta manera su alegación. Queda claro entonces que el tratamiento tributario que se debe dar al sublevante es el ingreso bruto de la contratista porque si bien dicho sublevante aún no ha sido levantado, es obvio que es parte de la participación de la compañía y por lo tanto es un ingreso para la misma.

2) **INGRESOS NO DECLARADOS POR BANCO DE CALIDAD**.- sobre este punto la Administración Tributaria valoró el stock al 31 de diciembre de 2011 al precio de referencia del 2011, ya que el actor no realizó ventas por banco de calidad manteniendo este su valoración al último precio de venta del 2010. Es importante establecer que el término precios de referencia definido en la Ley de Hidrocarburos comprende al precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de donde se desprende que la fórmula último mes se encuentra siempre referido al período que ha fenecido, es decir al mes anterior y no al corriente, en el presente caso se debe tener en cuenta que nos encontramos frente a un elemento fáctico que es el cambio de modalidad contractual de participación a prestación de servicios en el cual al ser de prestación de servicios lo que puede existir son ventas locales o simplemente no realizarse ventas del sublevante por lo que correcto es tomar el precio de referencia reportado por PETROECUADOR y en caso de existir ventas locales el precio de venta o referencia del mes anterior que el que sea mayor. En este contexto es que la Administración Tributaria determinó un ingreso por banco de calidad de USD 1.097.944,49 y el actor registró una provisión por banco de calidad de USD 767.912,17 estableciéndose una diferencia de USD 330.032,32 por ajustes de precio de referencia y cambio de modalidad contractual.

3) **MATERIA GRAVADA NO APORTADA AL IESS**.- Que según lo establece el Art. 10 de la LORTI serán deducibles las remuneraciones en general y los beneficios sociales de la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales con el seguro social obligatorio cuando corresponda, destacando que de conformidad con el art. 11 de la Ley de Seguridad Social establece que también son partes del sueldo o salario los valores que se perciban por trabajos extraordinarios, por trabajos suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, etc.; en síntesis los conceptos antes expuestos puntualizados en el art. 11 forman parte de la materia gravada porque se adicionan al sueldo básico mensual sujeto de aportación, destacando adicionalmente que la compañía actora entrega tales gratificaciones de forma cierta y recurrente es decir de una manera regular tal como lo menciona la primera parte del art. 11 de la Ley de Seguridad Social.

Que al respecto la Administración Tributaria puede calificar o no deducibilidad de los gastos de los sujetos pasivos siendo un requisito de deducibilidad de los sueldos, salarios, remuneraciones y beneficios sociales, que cuenten con el respaldo de las aportaciones al seguro social.

4) **GLOSA POR COSTOS Y GASTOS DE ABANDONO Y DE ACTIVIDADES NO EXITOSAS**.- Que al respecto el mismo actor en su demanda establece que la perforación de los pozos en el año 2008 y 2009 y que luego de algunos estudios decidió que no son económicamente rentables, que la perforación de estos fue en años anteriores al 2011 y que por lo tanto de conformidad con el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios en su art. 11 no pueden ser considerados como deducibles. Que es así que dichas inversiones pasaron a formar parte de contrato de servicios no pueden recibir el tratamiento normativo vigente al 31 de diciembre de 2010 con el contrato de participación. Por lo que las alegaciones de la compañía no tienen asidero toda vez que los pozos secos en mención iniciaron su producción en años anteriores y que para el caso que nos ocupa si los pozos no fueron de producción estos estaban en trabajos en curso como lo indica el actor incluso hasta el año 2010 y en consecuencia la Administración Tributaria aplicó la normativa correspondiente por

lo que la compañía no puede alegar que las resoluciones de abandono y taponamiento de los pozos fueron expedidas en el año 2011, que es precisamente que por el informe de auditoría del ente de control que se desconoce tal gasto como deducible pues los pozos fueron perforados y utilizados en años anteriores.

7.4.- A fojas 3087 a 3088 consta el acta resumen de la audiencia preliminar llevada a cabo el 04 de abril de 2017. En la mencionada acta se detallan las pruebas admitidas de las partes: pruebas de la parte actora: 5.- DE LAS PRUEBAS.- En la audiencia preliminar se procedió a calificar el anuncio de las pruebas realizado por las partes procesales, en correlación con cada una de sus pretensiones, admitiendo las siguientes: 5.1.- De la Parte Accionante: 5.1.1.- Documentos de prueba generales: Anexo 1 Copia certificada Resolución No. 117012016RREC119383 emitida por la Dirección Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas y notificada el 1 de septiembre de 2016. Fjs. 36-81. Anexo 2 Copia certificada del Acta de Determinación No. 17201624900131016 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011. Anexo 7 Copia certificada de la declaración de impuesto a la renta del ejercicio 2010 de ANDES. fjs. 166-169. Anexo 8 Copia certificada de la declaración de impuesto a la renta del ejercicio 2011 de ANDES, Fjs. 166-169. Anexo 9 Documento original firmado por el Contador de ANDES del que se desprende el mapeo de la declaración de impuesto a la renta del ejercicio 2011 de la compañía. Fjs. 170-174. Anexo 10 Copia certificada del Acta de Determinación No. 17201524900604674 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2010. Fj. 194-249. Anexo 11 Copia certificada de la Resolución No. 11701206RREC036700 que puso fin al reclamo administrativo presentado en contra del Acta de Determinación de impuesto a la renta del ejercicio 2010 y del Acta de determinación complementaria correspondiente a ese mismo impuesto y ejercicio. Fj. 250-306. Anexo 13 Documento original del que consta el informe pericial preparado por la perito Diana Salazar Zúñiga, perito acreditada por el Consejo de la Judicatura con acreditación 1829445 conforme a lo dispuesto en el art. 221 y siguientes del COGEP. fjs. 331-408. Anexo 14 Documento original firmado por el Contador de ANDES del que se desprende la conciliación contable tributaria de la Compañía del ejercicio 2011. fjs. 409. Anexo 15 Procedimiento de Registro contable suscrito por el Contador de ANDES que describe el procedimiento de contabilización seguido por la compañía durante el ejercicio 2011 respecto al Sublevante, Banco de Calidad y Pozos Secos. fjs- 410-414. Anexo 16 Copia certificada de la Modificación de Contrato para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos suscrito entre CITY INVESTING COMPANY LlMITED (sustituida posteriormente por ANDES PETROLEUM LlMITED) y el Estado Ecuatoriano el 25 de julio de 1995. fjs. 415-462. Anexo 17 Copia certificada del Contrato Modificatorio al Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos suscrito el 26 de julio de 2006 entre ANDES PETROLEUM LlMITED y el Estado Ecuatoriano (Bloque Tarapoa). fjs. 463-515. 5.1.2.- Pruebas Específicas de la Glosa Ingreso Proveniente de la Participación No Declarado (Sublevante). Anexo 19 Documento original firmado por el Contador de ANDES del que se desprende el mapeo de la Declaración de Impuesto a la Renta de la Compañía del ejercicio económico 2010. fjs. 506-516. Anexo 20 Documento original firmado por el Contador de ANDES del que se desprende la conciliación contable tributaria de la Compañía correspondiente al ejercicio económico 2010. fjs. 517. Anexo 21 Copia certificada del documento suscrito por el Gerente Comercial de PETROECUADOR del que se desprenden los precios de referencia del Crudo Napa y del Crudo Oriente para el ejercicio económico 2011. fjs. 518-522 y 523-530. Además de estas pruebas específicas que sustentan la impugnación a esta Glosa, se considera como prueba de las alegaciones, las siguientes pruebas que se han detallado y clasificado en el apartado "Pruebas Generales": Anexo 1, Anexo 2, Anexo 7, Anexo 8,Anexo 9, Anexo 10, Anexo 11, Anexo 13, Anexo 14, Anexo 15, Anexo 16, Anexo 17. 5.1.3. Prueba de la Glosa 3 Ingresos No Declarados por Banco de Calidad. Anexo 22 Copia certificada del documento suscrito por el Gerente Comercial de PETROECUADOR del que se desprenden los precios de referencia del Crudo Napo y del Crudo Oriente para el ejercicio económico 2011 fjs. 523. Anexo 23 Copia certificada del Initial Shipper Transportation Agreement (ISTA) fjs. 531-680 7 668-679. Además de estas pruebas específicas que sustentan la impugnación a esta Glosa Banco de Calidad, se considera como prueba de las alegaciones, las siguientes pruebas que se han detallado y clasificado en el apartado "Pruebas Generales": Anexo 1, Anexo 2, Anexo 7, Anexo 8,Anexo 9, Anexo 10, Anexo 11, Anexo 13, Anexo

14, Anexo 15, Anexo 16, Anexo 17. 5.1.4. Prueba de la Glosa Materia Gravada No Aportada al IESS. Anexo 27 Copia certificada de la Política de "Premio por Cumplimiento" (original en inglés y traducción al español) suscrita por el Gerente de Recursos Humanos de ANDES. fjs. 2134 2147. Anexo 31 Copia certificada de la Política de "Premio por Logro Extraordinario" (original en inglés y traducción al español) suscrita por el Gerente de Recursos Humanos de ANDES. Fjs. 2148. 5.1.5.- Prueba de la Glosa Costos y Gastos de Abandono y de Actividades No Exitosas. Anexos 32 y 33 Copia certificada de los informes presentados por ANDES a la Secretaría de Hidrocarburos. fjs 2163 2166. Anexo 37 Copia certificada de la autorización de abandono y taponamiento emitida por la Secretaría de Hidrocarburos para el pozo Fanny 18B-122H. fjs. 2181 2188. Anexo 38 Copia certificada de la autorización de abandono y taponamiento emitida por la Secretaría de Hidrocarburos para el pozo Shirley 10. fjs. 2189 2196. Anexo 39 Copia certificada de los registros contables que corresponden a la baja del pozo seco Fanny 18B-122H suscrito por el Contador de ANDES. fjs. 2197 2200. Anexo 40 Copia certificada de los registros contables que corresponden a la baja del pozo seco Shirley 10 suscrito por el Contador de ANDES. fjs. 2201 2207. Anexo 41 Copia certificada y traducción al español de la Prognosis Geológica del pozo Shirley 10 con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2208 2228. Anexo 42 Copia certificada y la traducción al español de la Prognosis Geológica del pozo Fanny 18B-122H con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2229 2241. Anexo 43 Copia certificada del Programa de Perforación del pozo Shirley 10 con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2242 2245. Anexo 43 Copia certificada del Programa de Perforación del pozo Fanny 18B-122H con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2246 2250. Anexo 44 Copia certificada del documento "Trabajo 1" correspondiente al pozo Fanny 18B-122H con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2251 2253. Anexo 45 Copia certificada del documento "Trabajo 2/1correspondiente al pozo Fanny 18B-122H con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2254 2255. Anexo 46 Copia certificada del Oficio No. 4535-DNH-EE emitido por la Dirección Nacional de Hidrocarburos respecto al pozo Shirley 10. fjs. 2256. Anexo 47 Copia certificada del documento "Justificativos técnico-económicos para la conversión del Pozo Shirley 10 a monitor de presión" con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2257 2268. Anexo 48 Copia certificada del documento "Informe de Monitoreo de Presión" correspondiente al pozo Shirley 10, con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. Fjs. 2269-2275. Anexo 49 (7) Copia certificada del documento "Justificativo técnico para el Abandono del pozo Shirley 10/1con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2276-2282. Anexo 50 (13) Copia certificada del documento "Justificativo técnico para el Abandono del pozo Fanny 18B-122H" con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs. 2283 2291. Anexo 51 Copia certificada del documento "Post-Drill" del pozo Fanny 18B-122H con la firma de responsabilidad del Gerente de Desarrollo de ANDES. fjs.2294 2304. Anexo 52 Copia certificada del Informe de Auditoría la mi representada emitido por la DNH por el ejercicio 2007. fjs. 2305 2348. Anexo 55 Copia certificada del Cuadro de Cálculo de la Amortización. fjs. 2356. Además de la prueba documental, al amparo de lo dispuesto en el art, 190 y ss. del COGEP, así mismo la prueba pericial contenida en el correspondiente informe para cada una de las glosas, informe que deberá ser sustentado por la perito ingeniera Diana Salazar. Además de estas pruebas específicas que sustentan la impugnación a esta Glosa, se considerará como prueba de las alegaciones, las siguientes pruebas que se han detallado y clasificado en el apartado "Pruebas Generales": Anexo 1, Anexo 2, Anexo 8, Anexo 13, Anexo 14, Anexo 15, Anexo 16, Anexo 17.

Pruebas de la Autoridad Tributaria.- De la Autoridad Tributaria demandada.- 5.2.- Pruebas Generales.- 5.2.1.- Copia certificada del Acta de Determinación No. 172016624900131016 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011 (ANEXO 2) fjs. 2449-2555. 5.2.2.- Copia certificada de la Resolución No. 117012016RREC119383 que resolvió negar el reclamo administrativo de impugnación la Acta de Determinación No. 172016624900131016 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011 (ANEXO 3) fjs. 2455-2457. 5.2.3.- Copia certificada de la modificación del Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (petróleo crudo), que consta a fojas 826 a la 867 del expediente del

Acta de Determinación (ANEXO 5) fjs. 2627-2669 PAG 44. 5.2.4.- Copias certificadas de las declaraciones de impuesto a la renta de los ejercicios fiscales 2010 y 2011 de ANDES PETROLEUM (ANEXO 7). Informe pericial de los expedientes administrativos, elaborado por la perito Ing. María José Flores, con autorización No. 1834565 (ANEXO 8). 5.3.- Ingresos provenientes de la participación no declarados. 5.3.1.- Copia certificada de la valoración del sublevante al 31 de diciembre de 2011 elaborado por ANDES PETROLEUM, Carpeta 2, foja 262 del expediente de la Resolución (ANEXO 9) fjs. 2914 y 2921. 5.3.2.- Copia certificada del resumen de asientos contables del sublevante al 31 de diciembre de 2010, presentados por ANDES, Carpeta 2 foja 261 del expediente de la Resolución (ANEXO 10) fjs. 2915. 5.3.3.- Copia certificada de la factura de venta No. 6325 de una parte del sublevante efectuada el 12 de julio de 2011, foja 844 CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 11). PRUEBA 6 GLOSA 1 FJS. 2916-2917. 5.3.4.- Copia certificada del registro de la venta de la factura No. 6325 foja 847, que consta en el CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 12). 5.3.5.- Copia certificada del análisis de la producción vs las ventas en barriles efectuado por ANDES PETROLEUM correspondiente a la valoración del sublevante al 31/12/2010 que consta en el CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 13) fjs. 2919- 2918. 5.3.6.- Copia certificada del análisis de la producción vs las ventas en dólares efectuado por ANDES PETROLEUM correspondiente a la valoración del sublevante al 31/12/2010 que consta en el CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 14). 5.3.7.- Copia certificada de los precios promedios ponderados de Petroecuador de los barriles de petróleo al año 2011, que consta en la carpeta 2, foja 463 del Acta de Determinación (Informe auditoria 2011. (ANEXO 15 y ANEXO 17) fjs. 2922- 2220. 5.3.8.- Copia certificada del papel de trabajo No. F4-1.7.1.1. respecto de la valoración del sublevante del 2011 efectuada por ANDES que consta en la carpeta 4, foja 665 del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 16) fjs. 2923. 5.3.9.- Copia certificada de los precios promedios ponderados de los años 2009, 2010 y 2011 (fuente reportes venta crudo PretroEcuador) que consta en el Papel de trabajo No. F4-1.7.2. CD No. 1 - archivo F4-1.7.2 "Ventas locales acta final", carpeta "Archivo Análisis", subcarpeta "Ingresos" (ANEXO 17). 5.3.10.- Copia certificada del papel de trabajo de la AT F4-1.7 "Valoración de ingresos provenientes de la exportación de crudo de su participación" que consta en la Carpeta 4, fojas 663 a 664 del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 18) Fjs. 2927. 5.3.11.- Copia certificada de los papeles de trabajo elaborados por la Administración Tributaria durante la determinación del año 2010: F4-2 Sumaria de exportaciones netas. F4-2.2 Valoración de Ingresos Provenientes de la exportación de crudo de su participación. F4-2.2.1 Resumen de participaciones, papeles de trabajo elaborados por la Administración Tributaria durante la determinación del año 2010 que constan en el CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 19). CARPETA 13 fjs. 2929 y 14. 5.3.12.- Copia certificada del papel de trabajo No. F4-2.2.1.2 del movimiento sublevante al 31 de diciembre de 2013, que consta a foja 845 del CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 20). 5.3.13.- Copia certificada del Acta de Determinación No. 17201524900604674 por Impuesto a la Renta del año 2010, que consta en el CD No. 1 - carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Determinaciones de años anteriores" (ANEXO 21). 5.4.- Ingresos no declarados por banco de calidad. 5.4.1.- Copia certificada del registro contable del stock por banco de calidad efectuado con fecha 23 de diciembre de 2011 por Andes, que consta en el CD No. 1 - archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 22). C14 fjs. 2984. 5.4.2.- Copia certificada del reporte de banco de calidad elaborado por Andes para el año 2010 y 2011, que consta en el CD 1, archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 23). C 14 fjs. 2985-2987. 5.4.3.- Copia certificada de los reportes de banco de calidad elaborados por OCP Ecuador para el año 2010, que constan en el CD 1, archivo F4 "Ingresos", carpeta "Archivo Permanente", subcarpeta "Otra información relevante" (ANEXO 24). 5.5.- Materia Gravada no aportada al IESS.- 5.5.1.- Copia certificada del

Trámite No. 117012014073132, de 11 de marzo de 2014, que contiene la explicación de la compañía respecto de los "pagos por alto rendimiento", "pagos por reconocimientos extraordinarios" y "subsidio por vehículo" que consta en fojas 888 a la 905 del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 25). C14. FJS 3003 3020 2007 al 2011. 5.5.2.- Políticas de la compañía por "pagos por reconocimientos extraordinarios" y "subsidio por vehículo" que consta en la carpeta 4 a fojas 868 a 887 del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 26). 5.6.- Costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas.- 5.6.1.- Copia certificada del detalle de inversiones no capitalizadas año 2010Carpeta 4, foja 713 del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 27). Fjs. 3038. 5.6.2.- Copia certificada del papel de trabajo F6-2 "Resumen de gastos no deducibles declarados por la contratista" que consta en el CD 1, carpeta "Archivo análisis", subcarpeta F6 "Conciliación tributaria", subcarpeta F6-2 "Gastos no deducibles" (ANEXO 32). FJS 3048-3049. 5.6.3.- Copia certificada de la Resolución No. 0328 de la secretaria de Hidrocarburos que consta en la carpeta 3, fojas 202 y 201 del expediente del Acta de Determinación (ANEXO 33). FJS. 3052-3053. 5.6.4.- Copia certificada de la Resolución 0387 de la Secretaria de Hidrocarburos, que consta en la carpeta 1, fojas 200 a 199 (ANEXO 34). FJS 3054-3055.

7.5.- Siendo este el estado del proceso, la Sala para resolverlo se sustenta en las siguientes consideraciones: **6.5.1.-** Conforme lo señalado en el punto 5.2.2.1. de este fallo, de acuerdo a la nulidad encontrada en el fallo recurrido, amparados en el Art. 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, se está efectuando la sentencia de mérito correspondiente y por ello se indica que esta Sala Especializada es competente para conocer y decidir sobre la materia de la controversia. **6.5.2-** El proceso es válido puesto que se lo ha tramitado de conformidad con la Ley, sin omisiones que pudieran viciarlo y se ha garantizado el derecho a la defensa de las partes intervinientes. **6.5.3.-** La personería del actor y del demandado se encuentra justificada. **6.5.4.-** En síntesis, la controversia, consiste en establecer la legitimidad de la Resolución No. 117012016RREC119383 de 31 de agosto del 2016, mediante la cual se pretende que se declare sin efecto ni valor jurídico las glosas denominadas: *"Costos y Gastos de abandono y actividades no exitosas", Glosa por "Ingresos provenientes de la participación no declarados", "Materia gravada no aportada al IESS" e "Ingresos no declarados por banco de calidad"*.

7.6.- En consideración a lo antes esgrimido, corresponde a esta Sala, en estricto derecho dirimir la controversia y para hacerlo realiza el siguiente análisis: **7.6.1.-** La Administración Tributaria tiene en el ejercicio de la gestión tributaria, a la facultad determinadora, la misma que consiste en establecer el hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo; para mejor ilustración nos permitimos citar lo siguiente: "... *el conjunto de normas jurídicas que disciplina la actividad administrativa del que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las relaciones tributarias sustantivas y de las relaciones entre la administración pública y los particulares que sirven al desenvolvimiento de esta actividad* ..." (JARACH, Dino citado por Juan Martín Queralt, y otros. *"Curso de Derecho Financiero y Tributario"*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 307). Como se puede evidenciar de la doctrina citada, la determinación tributaria constituye una actividad reglada y no discrecional, apegada a los principios de legalidad, seguridad jurídica, etc., que a más de permitir la recaudación tributaria, también apoya al cumplimiento de deberes formales y sustanciales acaecidos por la relación jurídica existente entre el Estado y los particulares. De igual manera el Art. 9 del Código Tributario señala en qué consiste la gestión tributaria, enmarcándose en las funciones de determinación, recaudación de los tributos, entre otras, así: "*Art. 9.- Gestión tributaria.- La gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias*". En el mismo sentido los Arts. 67 y 68 del Código Tributario, señalan las facultades de la Administración Tributaria, en donde se indica que dentro del ejercicio de las mismas, el SRI goza de la facultad determinadora de la obligación tributaria, de la siguiente manera: "*Art. 67.- Facultades de la administración tributaria.- Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos*"; atribución que al ser ejercitada, comprende lo siguiente: "*Art. 68.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en*

cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo. El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación"; concordante con lo esgrimido en el Art. 68 de la norma antes citada: "*Art. 87.- Concepto.- La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo. Cuando una determinación deba tener como base el valor de bienes inmuebles, se atenderá obligatoriamente al valor comercial con que figuren los bienes en los catastros oficiales, a la fecha de producido el hecho generador. Caso contrario, se practicará pericialmente el avalúo de acuerdo a los elementos valorativos que rigieron a esa fecha*". De la normativa antes citada y de lo ya expresado en líneas anteriores, la Administración Tributaria goza plena y legalmente de la facultad determinadora, la misma que al efectuarla se debe tomar en cuenta entre otras cosas la verificación de las declaraciones de los contribuyentes o responsables y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación. Ahora bien, el Código Tributario en sus Arts. 91, 92 y 93 señalan las formas de determinación, así: "*Art. 91.- Forma directa.- La determinación directa se hará sobre la base de la declaración del propio sujeto pasivo, de su contabilidad o registros y más documentos que posea, así como de la información y otros datos que posea la administración tributaria en sus bases de datos, o los que arrojen sus sistemas informáticos por efecto del cruce de información con los diferentes contribuyentes o responsables de tributos, con entidades del sector público u otras; así como de otros documentos que existan en poder de terceros, que tengan relación con la actividad gravada o con el hecho generador. Art. 92.- Forma presuntiva.- Tendrá lugar la determinación presuntiva, cuando no sea posible la determinación directa, ya por falta de declaración del sujeto pasivo, pese a la notificación particular que para el efecto hubiese hecho el sujeto activo ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o no presten mérito suficiente para acreditarla. En tales casos, la determinación se fundará en los hechos, indicios, circunstancias y demás elementos ciertos que permitan establecer la configuración del hecho generador y la cuantía del tributo causado, o mediante la aplicación de coeficientes que determine la ley respectiva. Art. 93.- Determinación mixta.- Determinación mixta, es la que efectúa la administración a base de los datos requeridos por ella a los contribuyentes o responsables, quienes quedan vinculados por tales datos, para todos los efectos*." En base de lo antes expuesto la Administración Tributaria realizó la respectiva determinación tributaria a la empresa ANDES PETROLEUM y con fecha 20 de febrero de 2015 notificó con la Orden de Determinación No. DZ9-AGFDETC15-00000013 con la finalidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes al ejercicio fiscal 2011, sobre el impuesto a la renta, y con fecha 19 de febrero de 2016 la Administración Tributaria emitió el Acta de Determinación Definitiva No. 17201624900131016. Con fecha 17 de marzo de 2016 la empresa actora formuló un Reclamo Administrativo de Impugnación al Acta de Determinación que fue resuelto con la Resolución 117012016RREC119383 mediante la cual se confirmó el contenido del Acta de Determinación, todo lo cual es ahora objeto de esta Acción Contencioso Tributaria.

7.7.- A continuación con la finalidad de atender las pretensiones y excepciones de las partes este Tribunal realizará el análisis de cada uno de los argumentos formulados de conformidad con lo establecido en los arts. 9 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.

7.7.1.- Respecto de la glosa de "**INGRESO PROVENIENTES DE LA PARTICIPACIÓN NO DECLARADA**".- En primer lugar se analizará la posición de la parte actora quien manifestó al respecto de esta glosa que consta en el numeral 3.7.1.1.1 de la Resolución Administrativa por un monto de 7.056.506,47 USD para lo cual manifiesta que con fecha 31 de diciembre de 2010 se había terminado el contrato de participación sustituyéndose por el contrato de prestación de servicios, de lo cual ANDES PETROLEUM tenía un sublevante de 287,644.2431 barriles, que conforme la normativa aplicable mientras estuvieron vigentes los contratos de participación, el sublevante debía considerarse como parte del ingreso bruto de la contratista y tributarse en el ejercicio fiscal en el que se reconozca, aun cuando la contratista no hubiere recibido un ingreso real por ello todo lo cual consta en el art. 12 de la Ley de Hidrocarburos. Que el saldo del sublevante (189.387,23

barriles) al 31 de diciembre de 2011 constaba en la contabilidad de ANDES como una cuenta por cobrar al Estado valorada al mismo precio unitario al que fue creada, es decir a USD 81.1815169612 tal como se contemplaba en el contrato de participación y en la Ley de Hidrocarburos que establecía que el sublevante debía tributarse en el ejercicio económico en que dichos valores fueron producidos, independientemente de que se trate de un ingreso no real o ficticio desde el punto de vista financiero, mas sin embargo el SRI considera que el saldo del sublevante a diciembre 2011 debía actualizarse o revalorizarse al precio de referencia correspondiente a noviembre de ese mismo ejercicio todo lo cual no es un procedimiento previsto en la ley, es decir que según el actor no existe un fundamento legal que soporte el procedimiento que ha llevado a cabo el SRI para establecer el ajuste a la valoración del sublevante. Que en este caso es claro que ANDES pago impuesto a la renta sobre la totalidad del sublevante registrado al finalizar el contrato de participación en el año 2010; que los ingresos obtenidos por ANDES por la venta de 98,257 barriles en julio del año 2011 pagaron impuesto a la renta por la diferencia entre el precio de venta de la venta parcial efectuada por ANDES en diciembre del año 2010 que fue utilizado para el registro del sublevante por ser superior al precio de referencia, y el precio facturado al momento de venta en julio 2011 y que el saldo del sublevante a 31 de diciembre de 2011 de 189.387,23 barriles se mantuvo registrado como una cuenta por cobrar al Estado, al mismo valor por el cual dichos barriles tributaron impuesto a la renta en el ejercicio de 2010. Que aceptar el criterio del SRI implicaría que ANDES pague impuesto a la renta por el ajuste de una cuenta por cobrar y que para actuar de esa manera el SRI debería contar con una norma contable o tributaria que disponga actuar de esa manera. Finalmente solicita el actor que se deje sin efecto el ajuste practicado al saldo del sublevante registrado el 31 de diciembre de 2011.

7.7.1.1.- A continuación la posición de la Administración Tributaria: que estableció que para el ejercicio fiscal 2011 la compañía se rige bajo el contrato de prestación de servicios es decir que existió un cambio de modalidad contractual, de la cual quedó un sublevante de barriles de petróleo como producto de la participación de la contratista, es decir que este sublevante es producto del contrato de participación suscrito por la actora y el Estado ecuatoriano que se mantuvo vigente hasta el año 2010. Por lo tanto la normativa tributaria aplicable en el presente caso corresponde a la que se encontraba en vigencia a la fecha del contrato esto es art. 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal 9 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, art. 16 de las Bases de Contratación para los Contratos de Participación y Cláusula 8.3 del Contrato de Participación, esto es valor al precio de venta o el precio de referencia del mes anterior. Es decir que estamos frente a barriles producidos producto del contrato de participación que han sido valorados por la compañía y la Administración Tributaria que deben ser registrados como ingresos para efectos estrictamente tributarios ya que dichos barriles efectivamente existen, que en ese sentido el problema normativo nace por los ajustes de los precios de referencia efectuados por la Administración Tributaria donde lo correcto y como lo indica la norma es considerar el mes anterior y no el corriente como lo hace la actora. Se infiere que el conflicto nace no del tratamiento contable y tributario que debe darse al sublevante sino de las diferencias que nacen producto de los ajustes por precios de referencia, así también el segundo problema a dilucidar es de carácter fáctico producto del cambio de modalidad contractual de participación a prestación de servicios en el cual no existen exportaciones pero si ventas locales ubicando la problemática en el siguiente cuestionamiento: a qué precio se debe valorar el sublevante cuando no existen exportaciones ni ventas locales, de lo cual se puede observar que la compañía realizó la valoración al 31 de diciembre de 2011 con el precio al que quedó valorado al 31 de diciembre de 2010 y por su parte la Administración Tributaria consideró el precio de referencia reportado por PETROECUADOR a noviembre de 2011.

7.7.1.2.- Pronunciamiento del Tribunal: según consta del Acta de Determinación y de la Resolución impugnada la Administración Tributaria ha establecido lo siguiente: 1) Que existió la Modificación del Contrato Para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica ecuatoriana. 2) Que con fecha 23 de noviembre de 2010, **ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD**, firmó el "Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (petróleo crudo) en el Bloque Tarapoa" con el Estado ecuatoriano, el mismo que entró en vigencia desde el 1 de enero de 2011 y

con el cual se comprometió a proveer servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, invirtiendo sus propios recursos económicos, tecnológicos y humanos a cambio de una tarifa fija de USD 35,00 por barril, es decir existió un cambio de modalidad contractual. 3) Que la compañía **ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD**, registró ingresos provenientes del contrato de participación del bloque Tarapoa y de los convenios de explotación unificada Marian 4A y Fanny 18-B, de acuerdo a la siguiente normativa vigente a diciembre de 2010, esto es segundo inciso del art. innumerado a continuación del art. 12 de la Ley de Hidrocarburos, y artículo 71 del mismo cuerpo legal; art. 9 literal a del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, y art. 16 de las Bases de Contratación Petrolera; así como con la Cláusula 8.2 del Contrato Modificatorio de Prestación de Servicios a Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque Tarapoa, suscrito con PETROECUADOR, que se refiere al ingreso bruto de la Contratista y que textualmente señala: "La participación de la Contratista, calculada al precio de venta, el cual en ningún caso será menor al Precio de Referencia, constituirá el ingreso bruto de la Contratista, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con lo establecido en las Cláusulas once. uno (11.1) y once. dos (11.2)".

7.7.1.3.- Que si bien es cierto, para el ejercicio fiscal 2011 ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD. se regía bajo el "Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicio para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque Tarapoa Región Amazónica" con el Estado ecuatoriano; la Administración Tributaria dentro del proceso determinativo procedió a la valoración únicamente del sublevante determinado en el ejercicio fiscal 2010, considerando que este sublevante al ser un remanente de la anterior modalidad contractual debe ser valorado conforme disponían el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos, el artículo 9 literal a) del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, el artículo 16 de las Bases de Contratación para los Contratos de Participación y Cláusula 8.2 del Contrato de Participación.

7.7.1.4.- Que en base de lo expuesto, según la Administración Tributaria en su resolución, para obtener el ingreso bruto de ANDES PETROLEUM la participación deberá ser valorada al precio de venta o al precio de referencia de los hidrocarburos del área del contrato (el que sea mayor) considerando que el precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas.

7.7.1.5.- Que la Administración Tributaria determinó un sublevante para el año 2010 de 287.645,47 barriles pendientes de venta y valorados para efectos tributarios como parte de los ingresos de 2010 al precio de referencia de noviembre de 2010, por cuanto de la información proporcionada por el contribuyente no existieron exportaciones ni ventas locales hasta marzo 2011, que también se estableció que en el ejercicio fiscal 2011 el contribuyente devengó un seblevante registrado y valorado al 31 de diciembre de 2010 de 98.257,01 barriles de lo cual quedó un sublevante al 31 de diciembre de 2011 de 189.387,2331 barriles, que el acta de determinación concluyó que existió una diferencia por USD 7.056.506,47 en el ingreso bruto proveniente de la participación correspondiente al ejercicio fiscal 2011.

7.7.1.6.- Que la Determinación Tributaria de la Administración concluyó que los barriles valorados en el acto administrativo constituyen un remanente del contrato de participación cuyo saldo a 2011 es un sublevante de 189.388,46 barriles, cuyo precio de referencia a noviembre de 2011 es de 108.8130.3064 USD ya que el contribuyente no realizó ninguna venta hasta marzo de 2011.

7.7.1.7- Al respecto de lo antes expuesto este Tribunal establece que la controversia entre las partes sobre esta glosa consiste en establecer si para el cálculo de los ingresos brutos de la contratista por su participación, esto es ANDES PETROLEUM, se debió utilizar los precios de referencia establecidos por PETROECUADOR para el mes de noviembre de 2011 o en su defecto como lo establece el actor el precio a diciembre de 2010; todo esto en el contexto adicional establecido por la actora de que no existe norma legal que respalde lo efectuado por la Administración Tributaria, con el adicional de que la determinación tributaria según el actor debe realizarse sobre la base de valores reales.

7.7.1.8.- De lo señalado es preciso citar los siguientes artículos:

LEY DE HIDROCARBUROS

"Art. 12-A.- Son contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquéllos celebrados por el Estado por intermedio de la Secretaría de Hidrocarburos, mediante los cuales delega a la contratista con sujeción a lo dispuesto en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la

República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. La contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos. Esta participación, valorada al precio de venta de los hidrocarburos del área del contrato, que en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, en conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno. La participación de la contratista también podrá ser recibida en dinero, previo acuerdo con la Secretaría de Hidrocarburos. En caso de devolución o abandono total del área del contrato por la contratista, nada deberá el Estado y quedará extinguida la relación contractual".

"Art. 71.- Las regalías, el impuesto a la renta, las participaciones del Estado y, en general, los gravámenes dependientes de los precios de venta de los hidrocarburos en el mercado externo, se regularán por los precios efectivos de venta o de referencia, según las circunstancias imperantes. El valor equivalente a la regalía, que corresponda pagar a PETROECUADOR, y las participaciones de las entidades estatales dependientes de los precios de venta de los hidrocarburos en el mercado externo, se regularán por los precios efectivos de venta FOB de dichos hidrocarburos. Los que correspondan a las compañías, se regularán de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior. El precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente. En el caso del gas natural se considerará el precio de referencia de los energéticos sustituibles. Los precios de referencia podrán ser discutidos con las empresas productoras, con el fin de analizarlos y revisarlos, cada vez que nuevas condiciones, que afecten a los factores mencionados, lo hagan necesario o lo justifiquen. Las regalías y el equivalente a las regalías que deban pagar las compañías y PETROECUADOR, respectivamente, por los consumos propios y las pérdidas de hidrocarburos en sus operaciones normales, se regularán por los precios de venta en el mercado interno del País".

REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY REFORMATORIA A LA LEY 44

"Art. 9.- Participaciones: Iniciada la producción de hidrocarburos, que será medida en el centro de fiscalización y entrega, la contratista tendrá derecho a su participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará en base a los porcentajes acordados en el contrato, en función del volumen de los hidrocarburos producidos, y de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de contratación. Igualmente, el Estado por intermedio de PETROECUADOR, recibirá su participación en el centro de finalización y entrega, que será medida en el centro de fiscalización y calculada de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de contratación. Estas participaciones también reconociéndose intereses por mora, de ser el caso, de acuerdo a lo convenido en el contrato. La participación del Estado en los contratos de petróleo crudo, en ningún caso será menor a 12.5 por ciento de la producción total fiscalizada del área del contrato, cuando el volumen sea menor a 30.000 barriles diarios, al 14 por ciento cuando esta se encuentre entre 30.000 y 60.000 barriles diarios y al 18.5 por ciento cuando la producción supere 60.000 barriles diarios. Estos límites no rigen para el caso de los contratos de gas natural libre, conforme al artículo 19 de la Ley No. 44 que deroga el artículo 38 de la Ley de Hidrocarburos. La participación de la contratista no está sujeta al pago de regalías, sin embargo, de la participación del Estado en los contratos de petróleo crudo, el Ministro de Finanzas y Crédito Público destinará el porcentaje equivalente a las regalías que corresponda a los partícipes. Se entenderá como el porcentaje equivalente a la regalías que corresponda a los partícipes, aquél que se calcule en base de la producción total fiscalizada de petróleo crudo del área del contrato; esto es, el resultante de la suma de las participaciones del Estado y de la contratista. a) Ingreso bruto: La participación de la contratista, calculada a precio de venta, el cual en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con las normas establecidas en el Título Primero de la Ley de Régimen Tributario Interno. En caso de que la contratista optare por recibir su participación en dinero, previo acuerdo con PETROECUADOR, por un período no menor de un año, las partes convendrán las condiciones de la negociación; no obstante, para efectos tributarios, el ingreso bruto de la contratista será el precio real de venta que, igualmente, no podrá ser menor del precio de referencia. b) Precio de referencia en el contrato de petróleo crudo: Es el precio promedio ponderado por volumen del último mes de ventas externas de petróleo

crudo realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente. La calidad equivalente de los hidrocarburos se establecerá conforme a los procedimientos establecidos en las bases de contratación; la determinación de los precios de referencia la efectuará, para cada mes, PETROECUADOR. En caso de que PETROECUADOR no realizare ventas externas, el precio de referencia se establecerá en base de una canasta de crudos, acordada por las partes, cuyos precios serán obtenidos de publicaciones especializadas de reconocido prestigio. c) Participaciones y precio de referencia en el contrato de gas: Para este caso, del total de las unidades de volumen de hidrocarburos (gas y líquido) producidas en el área del contrato y medidas en los centros de fiscalización, la contratista tiene derecho al porcentaje de participación que se convenga en el contrato, conforme a la fórmula establecida en las bases de contratación. El Estado tiene derecho al resto de la producción extraída del área del contrato y medida en los centros de fiscalización, tanto de gas natural libre como de condensados, de tal suerte que sumada esa participación a la de la contratista, sea igual al 100 por ciento de la producción total fiscalizada del área del contrato. Si PETROECUADOR conviniere con la contratista en recibir la participación del Estado en dinero, siempre que convenga a los intereses del Estado, dicha participación se pagará al precio de referencia que: 1. Para el caso del gas natural libre, el precio de referencia de cada unidad de gas será calculado multiplicando su poder calórico expresado en BTU por el precio de un BTU de fuel oil No. 6 Para este efecto se considerará el precio FOB promedio ponderado por volumen del último mes de REGLAMENTO PARA APLICACION DE LEY REFORMATORIA A LEY HIDROCARBUROS - Página 6 eSilec Profesional - www.lexis.com.ec ventas externas de fuel oil No. 6 realizadas por PETROECUADOR. En caso de que PETROECUADOR no haya realizado ventas externas en el último mes, el precio de referencia se establecerá en base a los precios de fuel oil No. 6 del último mes, de publicaciones especializadas de reconocido prestigio. 2. Para los condensados, el precio de referencia de una tonelada métrica será igual al precio promedio ponderado por volumen del último mes de las compras de gas licuado de petróleo, que realiza PETROECUADOR, en condiciones CIF. En el caso de que PETROECUADOR no realice compras de gas licuado de petróleo, se tomará en cuenta el precio del último mes de publicaciones especializadas de reconocido prestigio, más el seguro y el flete. El ingreso bruto de la contratista será el producto de las ventas que realice a precios de mercado, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con las normas establecidas en el Título Primero de la Ley de Régimen Tributario Interno".

DE LAS BASES DE CONTRATACIÓN DE PARTICIPACIÓN ADUANERA

Artículo 16.- La participación de la contratista, calculada a precio de venta, el cual en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta de conformidad con el Título 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno. (…)"

CLAUSULA 8.2 DEL CONTRATO MODIFICATORIO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

"La participación de la contratista, calculada al precio de venta, el cual en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista, del cual efectuará las deducciones y pagara el impuesto a la renta, de conformidad con lo establecido en las clausulas 11.1 y 11.2"

7.7.1.9.- Que del análisis antes efectuado se desprende que existió un cambio de modalidad contractual del cual quedó un sublevante de barriles de petróleo producto de la participación de la contratista, es decir producto del contrato de participación que estuvo vigente hasta el año 2010 y por lo tanto la normativa tributaria aplicable es la que se encontraba vigente a la fecha del contrato de participación por lo cual las normas antes mencionadas son las aplicables para el presente caso, y que del análisis de las mismas se establece que para la determinación del ingreso bruto a efectos tributarios se debe tomar en cuenta los precios de referencia, que para la valoración del crudo la Administración Tributaria así como la compañía deben considerar el precio de venta o el de referencia según las circunstancias imperantes. Que la problemática básicamente gira en un problema normativo que nace en el ajuste de precios de referencia efectuados por la Administración Tributaria al considerar el mes anterior y no el mes corriente como lo hace el actor.

7.7.1.10.- Al respecto de esta problemática existen varios pronunciamientos por parte de esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en donde se reflexiona sobre los artículos 12-A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, y se colige que el impuesto a la renta, se regulará por los precios efectivos de venta o de

referencia, según las circunstancias imperantes, es decir, que se tomará el precio efectivo de venta cuando éste sea mayor al precio de referencia y se tomará en cuenta el precio referencial, esto es, el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente, cuando el precio de venta efectivo sea menor al referencial. Ahora bien, es preciso determinar a qué se refieren las disposiciones legales antes citadas cuando expresan "último mes de ventas externas de hidrocarburos", de lo cual no cabe duda, que no se puede considerar como válida la argumentación de que el "último mes de ventas externas", es el mes corriente, pues éste, aún no culmina y no se puede determinar las ventas realizadas dentro del mismo, por tanto, la correcta interpretación de la frase el último mes de ventas externas, se entiende como el mes anterior. Pues resulta obvio que únicamente puede referirse a un período concluido y no a un período cuyo resultado no se pueden establecer ni calcular.

7.7.1.11.- Ahora bien, una vez que se ha establecido que la normativa aplicable que establece que el ajuste de precios de referencia procede considerando el "mes anterior", corresponde analizar lo determinado por el SRI; así, este Tribunal estima pertinente referirse a los informes periciales.- En este contexto, por una parte, la perito María José Flores Espinoza afirma en su informe lo siguiente: 1.- Que el ajuste por precios de referencia es un tema netamente tributario, no hay afectación a nivel del estado de resultados. 2.- Que para efectos del pago del impuesto a la renta, la participación (ventas mas sublevante) es considerada ingreso bruto. 3.- La participación constituye el ingreso bruto independientemente de que exista o no una venta. 4.- Que al existir una venta de sublevante se debe tomar en cuenta la fecha de venta para establecer el precio de referencia que se comparará con el precio de venta con el fin de considerar el mayor. 5.- Que la diferencia entre el procedimiento de la empresa actora y de la Administración Tributaria radica en el precio utilizado para valorar el sublevante al 31 de diciembre de 2010 como el sublevante para el 31 de diciembre de 2011. 6.- Que la Administración Tributaria utiliza los precios de referencia para valorar tanto el sublevante al 31 de diciembre de 2010 utilizando el precio promedio ponderado de noviembre de 2010, como el sublevante al 31 de diciembre de 2011 en el cual utilizó el precio promedio ponderado de noviembre de 2011 7.- Que la empresa actora para el 2011 mantiene el mismo precio por barril que utilizó para valorar el sublevante al 31 de diciembre de 2010. En lo que respecta a la pericia efectuada por la perito Diana Salazar Zúñiga establece las siguientes conclusiones: 1.- Que conforme a la Ley de Hidrocarburos y al Contrato de Participación la compañía estaba obligada a considerar como ingreso la totalidad de participación en la producción de crudo del ejercicio económico, valorado al precio de venta o precio de referencia el que sea mayor. 2.- Que dentro el ámbito de aplicación de las NIIFs, ajustar el ingreso por reevaluación del saldo del sublevante, cuando no hay certeza del valor a recuperar es técnicamente incorrecto.

Es decir que los informes periciales establecen que la empresa actora debe considerar como ingresó la totalidad de la participación de la producción del crudo y que además debe valorarlo al precio de venta o de referencia el que sea mayor.

7.7.1.12.- De conformidad con lo antes expuesto este Tribunal arriba las siguientes conclusiones: 1) Que para el año 2011 la compañía actora se rige bajo el Contrato Modificatorio de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. 2) Que la empresa actora mantuvo un saldo de la participación proveniente del contrato anterior (sublevante) por el monto de 287.645,47 barriles que quedaron como saldo del año 2010. 3) Que este sublevante al corresponder al contrato de participación del año 2010 para ser valorado debe hacérselo de conformidad con la norma que estaba vigente a la fecha del contrato de participación esto es art. 12A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal a del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, Art. 16 de Las Bases de Contratación para Contratos de Participación y Cláusula 8.2 del Contrato de Participación. 4) Que es criterio reiterado de esta Sala que de conformidad con la Ley de Hidrocarburos (Art. 12A y 71 de la Ley de Hidrocarburos) que el impuesto a la renta se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial (es decir el precio promedio ponderado el último mes de ventas hecho por PETROECUADOR cuando el precio de ventas sea menor al referencial) y que último mes de ventas es del mes anterior. 5) Que la participación es un ingreso bruto exista o no ventas y que esta se corresponde a la sumatoria de ventas más sublevante. 6) Que dentro del caso de estudio existió una venta de 98.257,01 barriles,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

que al realizar la comparación, la empresa actora entre el precio de venta con el precio de referencia a junio de 2011, se determinó que mayor fue el precio de venta razón por la cual no se tomó en cuenta el precio de referencia. Que la actora al realizar este cálculo lo hizo en base de la normativa antes expuesta todo esto de acuerdo con la Administración Tributaria razón por la cual en este punto no hubieron diferencias a determinarse, con lo cual la empresa actora reconoce que la normativa aplicable para este sublevante se corresponde con la aplicada por la Administración Tributaria y que consta enunciada en el numeral 3). 7) Que la Administración Tributaria realizó una valoración del sublevante al 2011 por 189.388,46 barriles al precio de referencia de noviembre de 2011, esto es 108.813064, ya que no hubieron ventas, razón por la cual se estableció una glosa por USD 7.056.506 por cuanto la empresa actora valoró el sublevante al 2011 al precio de diciembre de 2010, esto es USD81,18151762. 8) Que esta valoración obedece a la aplicación de la normativa vigente esto es art. 12A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal a del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, Art. 16 de Las Bases de Contratación para Contratos de Participación y Cláusula 8.2 del Contrato de Participación, así como es concordante con el criterio reiterado de este Tribunal al respecto de que el impuesto a la renta se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial se aplicará cuando el precio de venta sea menor al referencial, y que último mes de ventas corresponde al del mes anterior.

Con todo lo cual este Tribunal establece que la glosa es clara y concordante con las normas aplicables para el efecto así como con la Cláusula del Contrato por lo que se confirma la glosa y se rechaza la pretensión del actor.

7.8.- Glosa sobre Ingresos no Declarados por Banco de Calidad.-

Manifiesta el actor que tanto en el fondo como en la forma esta glosa se sustenta en los mismos criterios que la glosa anterior, toda vez que el SRI empleo procedimientos no establecidos en la norma tributaria y contable para establecer un ajuste al precio de los barriles que ANDES registró como banco de calidad, que como ha quedado indicado el 01 de enero de 2011, entró en vigencia la nueva modalidad contractual de prestación de servicios en la cual no tiene participación en el crudo producido, sino que cobra una tarifa por los servicios prestados y que la figura del banco de calidad no tiene aplicación en la nueva modalidad y que pese a ello el SRI al realizar la determinación tributaria del ejercicio económico 2011, sin base legal o contable alguna, procedió a valorar los 10.090,19 barriles correspondientes al banco de calidad al precio de referencia del crudo napo correspondiente al mes de noviembre de 2011, por considerar que este es el último mes de ventas externas de petróleo realizados por Petroecuador y levantó una glosa por 330.032,32 USD. Que de lo antes expuesto se establece que la compensación que se entregaba a los contratistas por concepto de banco de calidad al amparo de los contratos de participación no constituye un ingreso proveniente de la participación y que por lo tanto no existe amparo legal que permita considerar al valor correspondiente a estos barriles como un ingreso para fines tributarios, valorándolo a un precio de referencia y menos a un revalorizándolo en un ejercicio fiscal que no tuvo movimiento alguno por lo que finalmente solicita que se le dé de baja la glosa.

7.8.1.- Sobre este punto la Administración Tributaria estableció que el stock al 31 de diciembre de 2011 fue valorado al precio de referencia del 2011, ya que el actor no realizó ventas por banco de calidad manteniendo este su valoración al último precio de venta del 2010. Es importante establecer que el término precios de referencia definido en la ley de Hidrocarburos comprende al precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de donde se deprende que la fórmula último mes se encuentra siempre referido al período que ha fenecido, es decir al mes anterior y no al corriente, en el presente caso se debe tener en cuenta que nos encontramos frente a un elemento fáctico que es el cambio de modalidad contractual de participación a prestación de servicios, en el cual al ser de prestación de servicios lo que puede existir son ventas locales o simplemente no realizarse ventas del sublevante, por lo que lo correcto es tomar el precio de referencia reportado por PETROECUADOR y en caso de existir ventas locales el precio de venta o referencia del mes anterior que el que sea mayor. En este contexto es que la Administración Tributaria determinó un ingreso por banco de calidad de USD 1.097.944,49 y el actor registró una provisión por banco de calidad de USD 767.912,17 estableciéndose una diferencia de USD 330.032,32 por ajustes de precio de referencia y cambio de modalidad contractual.

7.8.2.- A continuación es importante establecer lo que consta en la resolución impugnada en la que se estableció lo siguiente: 1.- Que de conformidad con el art. 71 de la Ley de Hidrocarburos se establece que los gravámenes dependientes de los precios de venta de hidrocarburos en el mercado externo se regularán por los precios efectivos de venta o de referencia. 2.- Que de conformidad con los procedimientos del banco de calidad de OCP el propósito del banco de calidad es establecer un sistema para compensar a los usuarios por la degradación del petróleo que recibieron comparado con el petróleo que ellos inyectaron cobrando a aquellos usuarios que reciben el petróleo de mayor valor que el petróleo que ellos inyectaron. 3.- Que con la entrada en vigencia del contrato de prestación de servicios la actora de conformidad con el proceso de determinación de la Administración Tributaria al 31 de diciembre de 2011, contó con un stock de 10.090,19 barriles provenientes del banco de calidad los mismos que fueron establecidos y valorados en el acta de determinación del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2010 y los valoró al precio de referencia de noviembre de 2011 de lo cual resultó una diferencia de USD 330.032,32 entre lo valorado por la Administración Tributaria por USD 1097.944,49 y el ingreso declarado por el actor por USD 767.912,17. 4.- Que la Administración Tributaria realizó la valoración del stock de barriles provenientes del banco de calidad al precio de referencia de noviembre de 2011 en aplicación del art. 71 de la Ley de Hidrocarburos.

7.8.3.- Al respecto este Tribunal establece que la controversia entre las partes en esta glosa consiste, en determinar si esta compensación constituye un ingreso proveniente de la participación de ANDES así como si el precio de referencia aplicado por el SRI es el correcto.

7.8.4.- En cuanto a los informes periciales sobre esta glosa han determinado lo siguiente: informe de la perito Diana Salazar Zúñiga quien concluyó que el ajuste por banco de calidad no corresponde a un ingreso devengado ni realizado en el año 2011, razón por la cual fue correcto no reconocerlo como un ingreso en los estados financieros de ese año. Es decir la conclusión de la pericia en esta glosa aborda únicamente el aspecto financiero alejándose de la conclusión que la misma perito realizó al respecto de la glosa anterior cuando manifestó que la empresa actora debe considerar como ingresó la totalidad de la participación de la producción del crudo y que además debe valorarlo al precio de venta o de referencia el que sea mayor debiendo destacar que el fundamento de las dos glosas es el mismo.

7.8.5.- Informe de la perito María José Flores: 1) El ajuste proveniente por la valoración de barriles provenientes del banco de calidad es un tema netamente tributario y no hay afectación a nivel del estado de resultados. 2) Tanto en la empresa actora como en la Administración Tributaria han realizado una valoración del stock del banco de calidad para el 2011 del stock que quedó al 31 de diciembre de 2010. 3) Que la empresa actora no actualizó la información en función de los reportes definitivos por banco de calidad elaborados por OCP ECUADOR y que existe además una diferencia en el precio utilizado para valorar el stock por banco de calidad siendo que la actora lo valoró para el 2011 al precio de su última exportación que se efectuó en diciembre de 2010. 4) Que la Administración Tributaria utilizó el precio de referencia para valorar el stock de banco de calidad al 31 de diciembre de 2011 para lo cual utilizó el precio promedio ponderado de noviembre de 2011.

7.8.6.- A continuación las conclusiones de este Tribunal: 1) Que los ingresos por banco de calidad constituyen una compensación a los usuarios del oleoducto por la degradación que sufre su petróleo al momento de ser inyectado. 2) Que dicha compensación pasa a formar parte de la participación de la compañía ya que dicha compensación está dada en barriles de crudo que efectivamente constituyen un ingreso para la compañía y que son parte de su participación, que la misma empresa actora ha dado a esta compensación el tratamiento contable y financiero considerándolo como un ingreso y por lo tanto parte de su participación tanto así que registró en el año 2011 una provisión por banco de calidad USD 767.912,17 mismos que mantenía la empresa actora como stock a diciembre de 2010 y que fueron valorados al precio de venta de la última exportación efectuada en diciembre de 2010. 3) Que la Administración Tributaria estableció la diferencia tanto en cantidad de barriles como en el precio de valoración por cuanto se basó en reportes definitivos del banco de calidad de la OCP y en cuanto al precio, la Administración valoró el stock al precio de referencia, esto es al precio promedio ponderado de noviembre de 2011 ya que no se registraron ventas de dicho stock razón por la cual determinó como ingreso el valor de USD 330.032,32. 4) Que en el tratamiento de la glosa en análisis, el artículo que debe aplicarse es el 71 de la Ley de Hidrocarburos toda vez que este banco de

calidad se rige para el contrato de producción que es de donde se arrastra este stock de banco de calidad y que de conformidad con el criterio vertido por esta Corte Nacional y la norma aplicable antes mencionada se establece que el precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR y que la fórmula último mes, se refiere al período que ha fenecido es decir al mes anterior y no al corriente razón por la cual se confirma el valor determinado por la Administración Tributario y se rechaza la pretensión de la parte actora.

7.9.- MATERIA GRAVADA NO APORTADA AL IESS.-

Manifiesta el actor que al respecto la resolución impugnada considera que las cantidades de USD 1.431.427; USD 167.466 y USD 94.330,47 pagadas por concepto de bonos por resultados, logros extraordinarios y subsidio de vehículos constituyen gratificantes a los empleados de ANDES que percibieron en dinero en el ejercicio fiscal 2011 y que según manifiesta la Administración estos constituyen material gravado de aportación al IESS, de los cuales el actor no realizó la aportación, requisito que a juicio del SRI es necesario para su deducibilidad al amparo del numeral 9 del art. 10 de la LORTI. Que el otorgamiento de reconocimientos por resultados dependía del cumplimiento de objetivos y de metas corporativas y que además estaba sujeto a que la compañía produzca y genere resultados positivos y que en razón de la naturaleza de la industria hidrocarburífera no puede estimar con certeza el establecer reconocimientos fijos y privilegios permanentes, sino que estos están sujetos a la variabilidad antes expuesta. Por lo tanto el pago por alto rendimiento no constituye un ingreso normal ni regular como lo exige el art 11 de la Ley de Seguridad Social, y que no cabe objetar la deducibilidad del gasto en que ANDES incurrió pues no era obligatorio aportar a la seguridad social sobre un rubro extraordinario y excepcional, que en cuanto a los reconocimientos extraordinarios el SRI ha excedido sus funciones al considerar que este pago deberá entenderse como normal o regular en la industria sin presentar evidencia alguna de que este tipo de reconocimiento se entregue en otras empresas de exploración y explotación de hidrocarburos lo mismo sucede con el subsidio de vehículos. Bajo estas consideraciones el SRI no puede exigir que se realice la aportación al IESS respecto de cualquier remuneración que percibe un trabajador, como tampoco es legal que exija la aportación respecto de beneficios especiales que no forman parte de un ingreso regular de un trabajador, pues estos no deben formar parte de la base de aportación por lo que dice el actor se evidencia la arbitrariedad en el levantamiento de la presente glosa y la necesidad de dejarla sin efecto.

7.9.1.- Sobre este punto la Administración Tributaria estableció que según el Art. 10 de la LORTI serán deducibles las remuneraciones en general y los beneficios sociales de la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales con el seguro social obligatorio cuando corresponda, destacando que de conformidad con el art. 11 de la Ley de Seguridad Social establece que también son partes del sueldo o salario los valores que se perciban por trabajos extraordinarios por trabajos suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, etc.; en síntesis los conceptos antes expuestos puntualizados en el art. 11 forman parte de la materia gravada porque se adicionan al sueldo básico mensual sujeto de aportación, destacando adicionalmente que la compañía actora entrega tales gratificaciones de forma cierta y recurrente es decir de una manera regular tal como lo menciona la primera parte del art. 11 de la Ley de Seguridad Social.

7.9.2.- Al respecto este Tribunal establece que la controversia entre las partes en esta glosa consiste, en determinar si la Administración Tributaria puede calificar o no deducibilidad de los gastos de los sujetos pasivos, siendo un requisito de deducibilidad de los sueldos, salarios, remuneraciones y beneficios sociales, que cuenten con el respaldo de las aportaciones al seguro social.

7.9.3.- A continuación es importante establecer lo que consta en la resolución impugnada en la que se estableció lo siguiente: 1) Que la compañía ANDES PETROLEUM consignó USD 26.639.829,41 en el casillero 716 que corresponde a gastos, sueldos, salarios y demás remuneraciones que constituyen materia gravada del IESS y USD 5.108.549,70 en el casillero 718 de gasto beneficios sociales, indemnizaciones y otras remuneraciones no constituyen materia gravada del IESS. 2) Que dentro del proceso de determinación tributaria el SRI concluyó que las cantidades de USD 1.431.427,00; USD 167.466,00 y USD 94.330,47 pagadas por conceptos de bonos de resultados, bonos por logros extraordinarios y subsidio de vehículos constituyen en gratificaciones que los empleados de la empresa actora percibieron durante el ejercicio fiscal 2011

y que estos valores constituyen materia gravada de aportación al IESS y sobre los cuales la empresa actora no realizó tal aportación requisito necesario para que sea deducible según el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, razón por la cual estableció como gasto no deducible el valor de USD1.693.223,17.

7.9.4.- A continuación las conclusiones de este Tribunal: 1) Que de conformidad con lo expuesto en el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, para que el gasto de las erogaciones a los trabajadores sea deducible está condicionado al pago de las aportaciones al IESS, tal es el caso de las remuneraciones y beneficios sociales en los que se requiere el cumplimiento de las obligaciones para el seguro social obligatorio. 2) de conformidad con los arts. 11 y 14 de la Ley de Seguro Social se establece que estos pagos son materia gravada del IESS que comprende todo ingreso regular, que en el caso de los trabajadores en relación de dependencia está comprometido por el sueldo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, etc., que tengan carácter normal en la industria o servicio. 3) Que la Administración Tributaria puede calificar la deducibilidad o no de los gastos de los sujetos pasivos siendo un requisito de deducibilidad de los sueldos, salarios, remuneraciones y beneficios sociales cuenten con el respaldo de las aportaciones al seguro social obligatorio. 4) Que en el caso que nos ocupa se puede establecer que los rubros por pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos se han establecido con políticas para el efecto y que se vienen cumpliendo en la empresa ANDES PETROLEUM desde el año 2007, razón por la cual se constituyen pagos regulares que se encuentran esquematizados dentro de la política de la compañía y por lo tanto para ser deducibles debieron contar con el respectivo aporte al IESS al constituirse en materia gravada de dicho aporte. Razón por la cual se ratifica la glosa y se desecha la pretensión de la parte actora.

7.10.- Costos y Gastos de Abandono y Actividades no Exitosas

Manifiesta el actor que al respecto la resolución impugnada aplica el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Presentación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos para concluir de manera infundada que de acuerdo al art. 11, los costos de perforación de pozos secos determinados como tales como resultado de la perforación realizada, solo son deducibles en el ejercicio económico en que efectuaron y concluyen que los costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas correspondientes a los pozos FANNY 18B-122H y SHIRLEY 10 no podían ser considerados deducibles en el ejercicio 2011, al haberse comenzado su perforación en el año 2008 y 2009. Que en este caso el SRI pretende frente a un hecho determinado en los años 2008 y 2009 (perforación de pozos) el mismo que culminó con la sequedad de los mismos y cuyo procedimiento para su declaratoria formal concluyó con las resoluciones No. 328 y 327 de 20 de abril y 6 de mayo de 2011, se aplique un reglamento que solo puede entenderse vigente para situaciones posteriores vinculadas con el contrato de prestación de servicios, modalidad contractual que rige a partir del año 2011, con lo cual se estaría violando el principio de irretroactividad de las normas tributarias consagradas en el art. 300 de la Constitución y art. 3 del Código Tributario. Adicionalmente también establece el actor que el SRI interpreta de manera errada el art. 11 del Reglamento toda vez que tanto el actor como la Administración Tributaria parten de la premisa de que los pozos de desarrollo no iniciaron nunca su producción, por lo tanto la norma en que el SRI se sustenta para objetar la deducibilidad del gasto es la que indica que se considerará como costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas a los costos de perforación de pozos secos de exploración y desarrollo adicionales determinados como tales como resultado de la perforación realizada en el período. Que lo que la norma citada pretende es que como resultado de la perforación realizada en el período de perforación, que para el caso que nos ocupa corresponde a los años 2008, 2009 y 2010, se determine la existencia de un pozo seco y que los gastos de perforación así incurridos se consideren costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas. Que la norma en ningún momento condiciona la deducibilidad del gasto a que la perforación se lleve a cabo en el mismo ejercicio fiscal en que la contratista se toma el gasto y por lo tanto el SRI llega al absurdo de no permitir deducir los gastos en el 2011 y tampoco permitir que la compañía amortice las inversiones realizadas en la perforación, por lo que solicita que se dé de baja la glosa. Manifiesta el actor que a su criterio la norma que se debía aplicar es la que estaba vigente en el contrato de participación. cuando ANDES inició la perforación de los pozos esto es el Reglamento

de Contabilidad de Costos aplicables a los contratos de participación y no el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

7.10.1.- Sobre este punto la Administración Tributaria estableció que el mismo actor en su demanda expuso que la perforación de los pozos fue en los años 2008 y 2009 y que luego de algunos estudios decidió que no son económicamente rentables, que la perforación de estos fue en años anteriores al 2011 y que por lo tanto de conformidad con el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los contratos de Prestación de Servicios en su art. 11 no pueden ser considerados como deducibles. Que es así que dichas inversiones pasaron a formar parte de contrato de servicios no pueden recibir el tratamiento normativo vigente al 31 de diciembre de 2010 con el contrato de participación. Por lo que las alegaciones de la compañía no tienen asidero, toda vez que los pozos secos en mención iniciaron su producción en años anteriores y que para el caso que nos ocupa si los pozos no fueron de producción estos estaban en trabajos en curso como lo indica el actor incluso hasta el año 2010 y en consecuencia la administración Tributaria aplicó la normativa correspondiente por lo que la compañía no puede alegar que las resoluciones de abandono y taponamiento de los pozos fueron expedidas en el año 2011, que es precisamente que por el informe de auditoría del ente de control que se desconoce tal gasto como deducible pues los pozos fueron perforados y utilizados en años anteriores.

7.10.2.- A continuación es importante establecer lo que consta en la resolución impugnada en la que se estableció lo siguiente: 1) Que en base al Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos estableció en su numeral 4.3.8.2 que el Reglamento de Contabilidad aplicable es el Reglamento aplicable a los Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos, que regula la contabilidad de los costos, gastos e inversiones efectuados por la contratista para la ejecución de las actividades objeto de este contrato modificatorio. 2) Que el objetivo del Reglamento es el siguiente: Art. 1.- Objetivo.- El presente reglamento regula la información contable que deben mantener y los criterios que deben aplicar las contratistas durante la vigencia del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, como también establece las normas y procedimientos que deben observar la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) y la Secretaría de Hidrocarburos (SH) para el control y fiscalización de estos contratos. 3) Que según el art. 3 del mismo reglamento se establecen las normas generales: Art. 3.- Normas generales.- Las contratistas utilizarán planes de cuentas, sistemas y procedimientos compatibles con este reglamento, debiendo llevar la contabilidad del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos sujetándose a lo previsto en el presente reglamento. De conformidad con el Art. 39 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, la contabilidad de las sociedades que tengan suscritos contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos se efectuará de conformidad con los criterios previstos en este reglamento. 4) Que el Art. 11 del mismo Reglamento establece: Art. 11.- Costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas.- Tales como: a)Costos de perforación de pozos secos de exploración y desarrollo adicionales determinados como tales como resultado de la perforación realizada en el período; no se considerarán pozos secos aquellos que iniciaron la producción en períodos anteriores; b) Costos de medio ambiente y costos de abandono; y, c) Costos de actividades no exitosas de exploración adicional y de recuperación mejorada. 5) Que existió un cambio de contrato modificatorio a contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos y que en dicho documento se dispuso que el Reglamento de Contabilidad anexo al contrato es el que se debía aplicar al 01 de enero de 2011 siendo que el contrato de prestación de servicios se lo suscribió con fecha 23 de noviembre de 2010, fecha en la cual ANDES PETROLEUM tuvo ya a su disposición la norma contable a la que debía sujetarse. 6) Que según el informe de auditoría el año 2011 emitido por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero no reconoció la reclasificación de inversión a costo registrada por la empresa ANDES por cuanto la perforación de los pozos se había realizado en los años 2008 y 2009. 7) Que de conformidad con lo establecido en el art. 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno el ejercicio impositivo es anual y en el presente caso comprende el lapso que va del 01 de enero al 31 de diciembre de 2011. 8) Que la Administración Tributaria ratificó como gasto no deducible la cantidad de USD 8.791.600,86 que corresponde a los

pozos secos perforados en ejercicios fiscales anteriores y cuyas derogaciones no pueden ser consideradas como costo del ejercicio fiscal 2011.

7.10.3.- Es decir que la Litis en esta glosa se establece en primer lugar porque la empresa actora manifiesta que no le era aplicable el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios sino el Reglamento de Contabilidad de Costos aplicables a los contratos de participación y por otra parte manifiesta que existe una interpretación errada del art. 11 del Reglamento aplicado por el SRI.

7.10.4.- La perito Diana Salazar concluye que la empresa actora registró en resultados la baja de la inversión realizada en los pozos al momento de obtener la autorización de la Secretaria de Hidrocarburos para el abandono de los pozos y que lo registró como gasto toda vez que este no se efectuó como tal en los años 2008 y 2009 y que de aplicarse el procedimiento del SRI la compañía no podrá deducirse ese gasto en ningún ejercicio fiscal.

7.10.5.- La perito María José Flores en su informe manifestó: Que el efecto de no reconocer el valor de USD 8.791.600,86 es incrementar el valor de los gastos no deducibles y en consecuencia incrementar el monto del impuesto a la renta del año 2011. Es decir que las dos pericias abordan las conclusiones sobre el impacto que tiene el hecho de considerar al valor de USD 8.791.600,86 como un gasto deducible o como un gasto no deducible.

7.10.6.- A continuación las conclusiones de este Tribunal: 1) Que a partir del 01 de enero de 2011 entró en vigencia el contrato modificatorio a contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos contrato en el cual se estableció que se aplicará el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios cuyo principal objetivo es regular la información contable durante la vigencia del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, y que por lo tanto quedaría descartado la aplicación del tratamiento normativo vigente para el contrato de participación hasta el 31 de diciembre de 2010. 2) Que la perforación de los pozos empezó en los años 2008 y 2009 y que por lo tanto formaron parte del saldo inicial de las inversiones con las que se negoció el Contrato de Prestación de Servicios para el año 2011, que es un contrato nuevo y diferente al contrato de participación bajo un nuevo marco legal. 3) Que es importante establecer que la autorización de taponamiento y abandono definitivo de los pozos fueron en mayo y abril del 2011, pero que su perforación se dio en los años 2008 y 2009. 4) Que a partir del 01 de enero del 2011 estaba vigente el Contrato de Prestación de Servicios el mismo que en su numeral 4.3.8.2 estableció el Reglamento de Contabilidad que debía aplicarse para esta nueva modalidad contractual en el cual se establece que se reconocerá dentro de los costos y gastos de abandono y actividades no exitosas, los costos de perforación de pozos secos realizados en el período, y no se consideraran los pozos secos que iniciaron la producción en períodos anteriores. 5) De conformidad con el informe de la ARCH no se reconoce la reclasificación de inversión a costo registrada por la empresa actora en el año 2011 ya que fueron pozos perforados en el 2008 y 2009. 6) Que en base de lo expuesto no es posible afirmar que dichos desembolsos (gastos pozos secos 2008-2009) se incurrieron con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos gravados del ejercicio fiscal 2011 de conformidad con el Reglamento de Contabilidad aplicable para los contratos de prestación de servicios así como en concordancia con los arts. 7 y primer inciso del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno por lo que se ratifica la glosa y se desecha la pretensión del actor.

VIII. DECISIÓN

8.1.- Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

IX. SENTENCIA

9.1.- DESECHAR la demanda interpuesta por el señor Zhao Xinjun en su calidad de apoderado general y representante legal de la compañía **ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD.**, y confirmar la legalidad y legitimidad de la Resolución Administrativa N° 117012016RREC119383 de fecha 31 de agosto del 2016 y la Determinación Tributaria No. 17201624900131016 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011.

9.2.- Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora (e) a Dra. Ivonne Guamaní León.

9.3.- Sin costas.

9.4.- Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN / AMPLIACIÓN

Juicio No. 17510-2016-00356

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, 20 de julio del 2018, las 08h23.-

VISTOS:

Con relación al pedido de aclaración y ampliación solicitado por la peticionaria, en contra de la sentencia dictada el 29 de junio de 2018, las 16h42, por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, para disponer lo pertinente, se considera:

Primero. Del pedido de la peticionaria.-

Mediante escrito que obra a fojas 102-103, del expediente de casación, la doctora Carmen Simone Lasso, procuradora judicial de la empresa ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA (ANDES) solicita que la sentencia dictada 29 de junio de 2018, las 16h42, por esta Sala casacional dentro del recurso No. 17510-2016-00356, se aclare y amplié en los siguientes puntos que versan en:

1. Aclaración de los siguientes puntos:

a) *"En relación con el Acápite IV del fallo: -Se sirva aclarar el nombre de la Procuradora Judicial que compareció a la audiencia de juicio por la Empresa actora. Se sirva aclarar que el Procurador Judicial de la Tributaria demandada, Dr. Patricio Vaca, asistió a la audiencia que se llevó a cabo el 19 de junio de 2018 a las 11h30, no así a la reinstalación de la audiencia, a la que comparecieron otros Procuradores".*

b) *"En relación con el Considerando 7.7.1.11 (…) aclarar si ANDES consideró o no en el 2010, año en el que percibió el ingreso proveniente de la participación, la totalidad de sus ingresos, incluido el sublevante que quedó pendiente de pago el ejercicio 2011, pues el texto de la sentencia, parecería colegirse que ANDES no pagó impuesto a la renta en el 2010 sobre toda su participación.*

c) *En relación al considerando 7.8.9 (…) aclarar cómo llegó a fijar el objeto de la litis en esos términos, pues, de la demanda, de la contestación de la demanda, y de las audiencias preliminar y de juicio, aparece que las partes en controversia estuvieron de acuerdo en que el objeto de la litis en relación con la glosa <Banco de calidad>se contrajo a dilucidar si cabía que e SRI revalorice el saldo de banco de calidad que quedó insoluto a inicio del ejercicio 2011, en que empezó a regir el Contrato de Prestación de Servicios, aplicando para el efecto, los precios de referencia del mes anterior o el mes corriente en el 2010, que es el año al que corresponden los barriles por Banco de Calidad; pero no cabía revalorizar la cuenta por cobrar que quedó por este concepto en 2011, pues no existe norma que avale tal proceder de la Administración Tributaria. Sírvase aclarar por qué en sentencia se ha modificado el objeto controvertido y en qué se asienta la Sala para modificarlo".*

2. Ampliación.- Solicita que esta Sala Especializada amplíe:

2.1 *"En el considerando 6.2.2.1 del Fallo (…) cuáles son los medios de prueba que no fueron valorados por el Tribunal de instancia y cuáles son los hechos argüidos por las partes procesales que no fueron objeto de análisis y de la <mínima operación mental> a la que alude".*

2.2 *"En ese mismo considerando 6.2.2.1 (…) cuáles son las normas jurídicas que la Sala de Casación considera que han sido aplicadas por el Tribunal ad quo <sin mayor asidero>".*

2.3 *"Ampliar el fallo, pronunciándose de forma expresa sobre el derecho que tenía el SRI para ajustar el valor de la cuenta por cobrar que ANDES mantuvo registrada en su contabilidad desde el 2010 (año en el que pagó impuesto a la renta sobre todos sus ingresos provenientes de la participación incluido el sublevante) hasta diciembre de 2011, en el que el SRI estima en su acto de determinación, que debía revalorizar esa cuenta por cobrar conforme al precio de referencia de noviembre de 2011".*

2.4 *"En el Considerando 7.10.6. numero 2) (…) cuál es la base legal y fáctica en la que se asienta esta aseveración que es determinante para la decisión que ha adoptado en la sentencia de mérito en relación con esta glosa".*

2.5 *"En el análisis de la Glosa de <Pozos Secos>, solicito a la Sala ampliar el fallo refiriéndose a todos los medios probatorios que fueron aportados por las partes y practicados en la etapa procesal respectiva, y que se encuentran mencionados en detalle en el propio fallo, Considerando 7.4".*

2.6 *"Solicito se sirva ampliar el fallo indicando si su criterio entonces es que sólo se puede tomar como*

deducibles en un ejercicio económico, los costos y gastos de actividades que se realizaron en el mismo ejercicio, y cómo ese principio se traduce a casos como el de la especie, en el que el proceso de exploración comienza en un determinado ejercicio económico, se prolonga el tiempo, y culmina recién con la autorización de taponamiento que otorgó la autoridad competente en otro año fiscal".

SEGUNDO. De la contestación de la Administración Tributaria.-

A pesar, de habérsele corrido traslado, (ibíd, fs. 105) con la antes referida petición de ANDES, la Administración Tributaria, no ha emitido pronunciamiento alguno.

TERCERO. Del análisis y decisión.-

3.1 En trazos generales la peticionaria, pretende, y en efecto así lo ha solicitado, se aclare y amplíe, cuál fue el análisis esgrimido por esta Sala casacional para emitir el fallo impugnado, por los puntos previamente señalados en el presente auto.

3.2 A fin de esclarecer jurídica y legalmente el remedio procesal (recurso horizontal) de la aclaración y ampliación solicitada; cabe remitirnos al artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos-COGEP, que establece: "*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*", en este marco, hay que indicar, que la aclaración, cabe cuando el fallo es ininteligible; y, la ampliación, cuando la sentencia resulta diminuta.

3.3 Es importante manifestar, que la sentencia impugnada, y que fuera expedida por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, respetó los lineamientos del recurso extraordinario de casación, el mismo que tiene como propósito hacer efectivo los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad ante la Ley. No le compete a esta Sala casacional juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón; al contrario, se limita al contenido de la sentencia a establecer si existe vulneración o no de la ley sustancial, que al caso *in examine*, de conformidad al caso segundo del artículo 268 del COGEP, por falta de motivación de la sentencia impugnada; lo cual deviene en vulneración del artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, 89 del COGEP. Se analizó el fallo recurrido con sujeción a las normativas de derecho argüidas por la Administración Tributaria demandada, entonces resulta que, la sentencia emitida el 29 de junio de 2018, las 16h42, consta de (9) acápites o puntos, donde se desarrolla todo el fallo; dichos acápites versan sobre:

- **Asunto**, se determina la sentencia que esta Sala casacional analizó y resolvió.
- **(I) Antecedentes** del recurso extraordinario de casación, en el sub punto **(1.1)** consta las normativas impugnadas; en el sub punto **(1.1.1)** con claridad y transcripción exacta, se señala "todo" el argumento de la casacionista con relación al cargo admitido; en el **(1.2)** se precisa el auto de la admisibilidad del recurso de casación (caso quinto del artículo 268 del COGEP), dictado por el doctor Juan Montero Chávez, Conjuez de esta Sala; en el sub punto **(1.3)** consta la argumentación esgrimida por el órgano jurisdiccional de instancia en el fallo impugnado.
- **(II) Jurisdicción y Competencia** de esta Sala de casación (sustento legal y constitucional).
- **(III) Validez Procesal**, en este acápite se determinó que no existe nulidad alguna que declarar.
- **(IV) Audiencia**, se detalla la audiencia celebrada ante esta Sala, el 29 de mayo de 2018, las 11h20.
- **(V) Planteamiento de los problemas jurídicos**, constando el cargo único para análisis, por falta de motivación de la sentencia, vulnerando los artículos 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República; y, 89 del COGEP, de conformidad al caso quinto del artículo 268 del COGEP.
- **(VI) Consideraciones y resolución de los problemas jurídicos**, para volver más didáctico, comprensible y abordar adecuadamente el análisis este acápite se subdivide también en (**6.1**) donde se desarrolla acerca del recurso de casación; en el sub punto (**6.2**) se transcribe la normativa impugnada; en el sub punto (**6.2.1**) se aborda acerca de los parámetros del caso quinto del artículo 268 del COGEP; en los sub puntos (**6.2.2, 6.2.2.1**) se resuelve la falta de motivación de la sentencia, declarando la nulidad de la misma.
- **(VII) Sentencia de mérito**, esta Sala procede a expedir la sentencia que corresponde, para lo cual se realizó las siguientes consideraciones: (**7.1, 7.2, 7.3**) donde consta las alegaciones del actor y demandado; (**7.4**) se evidencia la audiencia preliminar de 4 de abril de 2017. Denota, además, la prueba actuada; (**7.5**) este numeral, consta las consideraciones a utilizar por la

Sala, en el análisis de la causa; en los sub puntos (**7.6, 7.6.1**) consta algunas consideraciones de la determinación tributaria, con su respectiva normativa legal y doctrina. En el sub punto (**7.1**) esta Sala realiza el respectivo análisis, para de esta manera, establecer que: "***7.7.-*** *A continuación con la finalidad de atender las pretensiones y excepciones de las partes este Tribunal realizará el análisis de cada uno de los argumentos formulados de conformidad con lo establecido en los arts. 9 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial* ***7.7.1****.- Respecto de la glosa de* ***"INGRESO PROVENIENTES DE LA PARTICIPACIÓN NO DECLARADA"****.- En primer lugar se analizará la posición de la parte actora quien manifestó al respecto de esta glosa que consta en el numeral 3.7.1.1.1 de la Resolución Administrativa por un monto de 7.056.506,47 USD para lo cual manifiesta que con fecha 31 de diciembre de 2010 se había terminado el contrato de participación sustituyéndose por el contrato de prestación de servicios, de lo cual ANDES PETROLEUM tenía un sublevante de 287,644.2431 barriles, que conforme la normativa aplicable mientras estuvieron vigentes los contratos de participación, el sublevante debía considerarse como parte del ingreso bruto de la contratista y tributarse en el ejercicio fiscal en el que se reconozca, aun cuando la contratista no hubiere recibido un ingreso real por ello todo lo cual consta en el art. 12 de la Ley de Hidrocarburos. Que el saldo del sublevante (189.387,23 barriles) al 31 de diciembre de 2011 constaba en la contabilidad de ANDES como una cuenta por cobrar al Estado valorada al mismo precio unitario al que fue creada, es decir a USD 81.1815169612 tal como se contemplaba en el contrato de participación y en la Ley de Hidrocarburos que establecía que el sublevante debía tributarse en el ejercicio económico en que dichos valores fueron producidos, independientemente de que se trate de un ingreso no real o ficticio desde el punto de vista financiero, mas sin embargo el SRI considera que el saldo del sublevante a diciembre 2011 debía actualizarse o revalorizarse al precio de referencia correspondiente a noviembre de ese mismo ejercicio todo lo cual no es un procedimiento previsto en la ley, es decir que según el actor no existe un fundamento legal que soporte el procedimiento que ha llevado a cabo el SRI para establecer el ajuste a la valoración del sublevante. Que en este caso es claro que ANDES pago impuesto a la renta sobre la totalidad del sublevante registrado al finalizar el contrato de participación en el año 2010; que los ingresos obtenidos por ANDES por la venta de 98,257 barriles en julio del año 2011 pagaron impuesto a la renta por la diferencia entre el precio de venta de la venta parcial efectuada por ANDES en diciembre del año 2010 que fue utilizado para el registro del sublevante por ser superior al precio de referencia, y el precio facturado al momento de venta en julio 2011 y que el saldo del sublevante a 31 de diciembre de 2011 de 189.387,23 barriles se mantuvo registrado como una cuenta por cobrar al Estado, al mismo valor por el cual dichos barriles tributaron impuesto a la renta en el ejercicio de 2010. Que aceptar el criterio del SRI implicaría que ANDES pague impuesto a la renta por el ajuste de una cuenta por cobrar y que para actuar de esa manera el SRI debería contar con una norma contable o tributaria que disponga actuar de esa manera. Finalmente solicita el actor que se deje sin efecto el ajuste practicado al saldo del sublevante registrado el 31 de diciembre de 2011.* ***7.7.1.1****.- A continuación la posición de la Administración Tributaria: que estableció que para el ejercicio fiscal 2011 la compañía se rige bajo el contrato de prestación de servicios es decir que existió un cambio de modalidad contractual, de la cual quedó un sublevante de barriles de petróleo como producto de la participación de la contratista, es decir que este sublevante es producto del contrato de participación suscrito por la actora y el Estado ecuatoriano que se mantuvo vigente hasta el año 2010. Por lo tanto la normativa tributaria aplicable en el presente caso corresponde a la que se encontraba en vigencia a la fecha del contrato esto es art. 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal 9 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, art. 16 de las Bases de Contratación para los Contratos de Participación y Cláusula 8.3 del Contrato de Participación, esto es valor al precio de venta o el precio de referencia del mes anterior. Es decir que estamos frente a barriles producidos producto del contrato de participación que han sido valorados por la compañía y la Administración Tributaria que deben ser registrados como ingresos para efectos estrictamente tributarios ya que dichos barriles efectivamente existen, que en ese sentido el problema normativo nace por los ajustes de los precios de referencia efectuados por la Administración Tributaria donde lo correcto y como lo indica la norma es considerar el mes anterior y no el corriente como lo hace la actora. Se*

infiere que el conflicto nace no del tratamiento contable y tributario que debe darse al sublevante sino de las diferencias que nacen producto de los ajustes por precios de referencia, así también el segundo problema a dilucidar es de carácter fáctico producto del cambio de modalidad contractual de participación a prestación de servicios en el cual no existen exportaciones pero si ventas locales ubicando la problemática en el siguiente cuestionamiento: a qué precio se debe valorar el sublevante cuando no existen exportaciones ni ventas locales, de lo cual se puede observar que la compañía realizó la valoración al 31 de diciembre de 2011 con el precio al que quedó valorado al 31 de diciembre de 2010 y por su parte la Administración Tributaria consideró el precio de referencia reportado por PETROECUADOR a noviembre de 2011. ***7.7.1.2****.- Pronunciamiento del Tribunal: según consta del Acta de Determinación y de la Resolución impugnada la Administración Tributaria ha establecido lo siguiente: 1) Que existió la Modificación del Contrato Para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica ecuatoriana. 2) Que con fecha 23 de noviembre de 2010,* ***ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD****, firmó el "Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (petróleo crudo) en el Bloque Tarapoa" con el Estado ecuatoriano, el mismo que entró en vigencia desde el 1 de enero de 2011 y con el cual se comprometió a proveer servicios de exploración y explotación de hidrocarburos, invirtiendo sus propios recursos económicos, tecnológicos y humanos a cambio de una tarifa fija de USD 35,00 por barril, es decir existió un cambio de modalidad contractual. 3) Que la compañía* ***ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD,*** *registró ingresos provenientes del contrato de participación del bloque Tarapoa y de los convenios de explotación unificada Marian 4A y Fanny 18-B, de acuerdo a la siguiente normativa vigente a diciembre de 2010, esto es segundo inciso del art. innumerado a continuación del art. 12 de la Ley de Hidrocarburos, y artículo 71 del mismo cuerpo legal; art. 9 literal a del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, y art. 16 de las Bases de Contratación Petrolera; así como con la Cláusula 8.2 del Contrato Modificatorio de Prestación de Servicios a Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque Tarapoa, suscrito con PETROECUADOR, que se refiere al ingreso bruto de la Contratista y que textualmente señala: "La participación de la Contratista, calculada al precio de venta, el cual en ningún caso será menor al Precio de Referencia, constituirá el ingreso bruto de la Contratista, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con lo establecido en las Cláusulas once. uno (11.1) y once. dos (11.2)".* ***7.7.1.3****.- Que si bien es cierto, para el ejercicio fiscal 2011 ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD. se regía bajo el "Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicio para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque Tarapoa Región Amazónica" con el Estado ecuatoriano; la Administración Tributaria dentro del proceso determinativo procedió a la valoración únicamente del sublevante determinado en el ejercicio fiscal 2010, considerando que este sublevante al ser un remanente de la anterior modalidad contractual debe ser valorado conforme disponían el artículo 71 de la Ley de Hidrocarburos, el artículo 9 literal a) del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, el artículo 16 de las Bases de Contratación para los Contratos de Participación y Cláusula 8.2 del Contrato de Participación.* ***7.7.1.4****.- Que en base de lo expuesto, según la Administración Tributaria en su resolución, para obtener el ingreso bruto de ANDES PETROLEUM la participación deberá ser valorada al precio de venta o al precio de referencia de los hidrocarburos del área del contrato (el que sea mayor) considerando que el precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas.* ***7.7.1.5****.- Que la Administración Tributaria determinó un sublevante para el año 2010 de 287.645,47 barriles pendientes de venta y valorados para efectos tributarios como parte de los ingresos de 2010 al precio de referencia de noviembre de 2010, por cuanto de la información proporcionada por el contribuyente no existieron exportaciones ni ventas locales hasta marzo 2011, que también se estableció que en el ejercicio fiscal 2011 el contribuyente devengó un seblevante registrado y valorado al 31 de diciembre de 2010 de 98.257,01 barriles de lo cual quedó un sublevante al 31 de diciembre de 2011 de 189.387,2331 barriles, que el acta de determinación concluyó que existió una diferencia por USD 7.056.506,47 en el ingreso bruto proveniente de la participación correspondiente al ejercicio fiscal 2011.* ***7.7.1.6****.-*

Que la Determinación Tributaria de la Administración concluyó que los barriles valorados en el acto administrativo constituyen un remanente del contrato de participación cuyo saldo a 2011 es un sublevante de 189.388,46 barriles, cuyo precio de referencia a noviembre de 2011 es de 108.8130.3064 USD ya que el contribuyente no realizó ninguna venta hasta marzo de 2011. ***7.7.1.7****.- Al respecto de lo antes expuesto este Tribunal establece que la controversia entre las partes sobre esta glosa consiste en establecer si para el cálculo de los ingresos brutos de la contratista por su participación, esto es ANDES PETROLEUM, se debió utilizar los precios de referencia establecidos por PETROECUADOR para el mes de noviembre de 2011 o en su defecto como lo establece el actor el precio a diciembre de 2010; todo esto en el contexto adicional establecido por la actora de que no existe norma legal que respalde lo efectuado por la Administración Tributaria, con el adicional de que la determinación tributaria según el actor debe realizarse sobre la base de valores reales.* ***7.7.1.8****.- De lo señalado es preciso citar los siguientes artículos: LEY DE HIDROCARBUROS "Art. 12-A.- Son contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquéllos celebrados por el Estado por intermedio de la Secretaría de Hidrocarburos*, mediante los cuales delega a la contratista con sujeción a lo dispuesto en *el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. La contratista, una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos. Esta participación, valorada al precio de venta de los hidrocarburos del área del contrato, que en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, en conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno. La participación de la contratista también podrá ser recibida en dinero, previo acuerdo con la Secretaría de Hidrocarburos. En caso de devolución o abandono total del área del contrato por la contratista, nada deberá el Estado y quedará extinguida la relación contractual". "Art. 71.- Las regalías, el impuesto a la renta, las participaciones del Estado y, en general, los gravámenes dependientes de los precios de venta de los hidrocarburos en el mercado externo, se regularán por los precios efectivos de venta o de referencia, según las circunstancias imperantes. El valor equivalente a la regalía, que corresponda pagar a PETROECUADOR, y las participaciones de las entidades estatales dependientes de los precios de venta de los hidrocarburos en el mercado externo, se regularán por los precios efectivos de venta FOB de dichos hidrocarburos. Los que correspondan a las compañías, se regularán de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior. El precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente. En el caso del gas natural se considerará el precio de referencia de los energéticos sustituibles. Los precios de referencia podrán ser discutidos con las empresas productoras, con el fin de analizarlos y revisarlos, cada vez que nuevas condiciones, que afecten a los factores mencionados, lo hagan necesario o lo justifiquen. Las regalías y el equivalente a las regalías que deban pagar las compañías y PETROECUADOR, respectivamente, por los consumos propios y las pérdidas de hidrocarburos en sus operaciones normales, se regularán por los precios de venta en el mercado interno del País". REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY REFORMATORIA A LA LEY 44 "Art. 9.- Participaciones: Iniciada la producción de hidrocarburos, que será medida en el centro de fiscalización y entrega, la contratista tendrá derecho a su participación en la producción del área del contrato, la cual se calculará en base a los porcentajes acordados en el contrato, en función del volumen de los hidrocarburos producidos, y de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de contratación. Igualmente, el Estado por intermedio de PETROECUADOR, recibirá su participación en el centro de finalización y entrega, que será medida en el centro de fiscalización y calculada de acuerdo a la fórmula establecida en las bases de contratación. Estas participaciones también reconociéndose intereses por mora, de ser el caso, de acuerdo a lo convenido en el contrato. La participación del Estado en los contratos de petróleo crudo, en ningún caso será menor a 12.5 por ciento de la producción total fiscalizada del área del contrato, cuando el volumen sea menor a 30.000 barriles diarios, al 14 por*

ciento cuando esta se encuentre entre 30.000 y 60.000 barriles diarios y al 18.5 por ciento cuando la producción supere 60.000 barriles diarios. Estos límites no rigen para el caso de los contratos de gas natural libre, conforme al artículo 19 de la Ley No. 44 que deroga el artículo 38 de la Ley de Hidrocarburos. La participación de la contratista no está sujeta al pago de regalías, sin embargo, de la participación del Estado en los contratos de petróleo crudo, el Ministro de Finanzas y Crédito Público destinará el porcentaje equivalente a las regalías que corresponda a los partícipes. Se entenderá como el porcentaje equivalente a la regalías que corresponda a los partícipes, aquél que se calcule en base de la producción total fiscalizada de petróleo crudo del área del contrato; esto es, el resultante de la suma de las participaciones del Estado y de la contratista. a) Ingreso bruto: La participación de la contratista, calculada a precio de venta, el cual en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con las normas establecidas en el Título Primero de la Ley de Régimen Tributario Interno. En caso de que la contratista optare por recibir su participación en dinero, previo acuerdo con PETROECUADOR, por un período no menor de un año, las partes convendrán las condiciones de la negociación; no obstante, para efectos tributarios, el ingreso bruto de la contratista será el precio real de venta que, igualmente, no podrá ser menor del precio de referencia. b) Precio de referencia en el contrato de petróleo crudo: Es el precio promedio ponderado por volumen del último mes de ventas externas de petróleo crudo realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente. La calidad equivalente de los hidrocarburos se establecerá conforme a los procedimientos establecidos en las bases de contratación; la determinación de los precios de referencia la efectuará, para cada mes, PETROECUADOR. En caso de que PETROECUADOR no realizare ventas externas, el precio de referencia se establecerá en base de una canasta de crudos, acordada por las partes, cuyos precios serán obtenidos de publicaciones especializadas de reconocido prestigio. c) Participaciones y precio de referencia en el contrato de gas: Para este caso, del total de las unidades de volumen de hidrocarburos (gas y líquido) producidas en el área del contrato y medidas en los centros de fiscalización, la contratista tiene derecho al porcentaje de participación que se convenga en el contrato, conforme a la fórmula establecida en las bases de contratación. El Estado tiene derecho al resto de la producción extraída del área del contrato y medida en los centros de fiscalización, tanto de gas natural libre como de condensados, de tal suerte que sumada esa participación a la de la contratista, sea igual al 100 por ciento de la producción total fiscalizada del área del contrato. Si PETROECUADOR conviniere con la contratista en recibir la participación del Estado en dinero, siempre que convenga a los intereses del Estado, dicha participación se pagará al precio de referencia que: 1. Para el caso del gas natural libre, el precio de referencia de cada unidad de gas será calculado multiplicando su poder calórico expresado en BTU por el precio de un BTU de fuel oil No. 6 Para este efecto se considerará el precio FOB promedio ponderado por volumen del último mes de REGLAMENTO PARA APLICACION DE LEY REFORMATORIA A LEY HIDROCARBUROS - Página 6 eSilec Profesional - www.lexis.com.ec ventas externas de fuel oil No. 6 realizadas por PETROECUADOR. En caso de que PETROECUADOR no haya realizado ventas externas en el último mes, el precio de referencia se establecerá en base a los precios de fuel oil No. 6 del último mes, de publicaciones especializadas de reconocido prestigio. 2. Para los condensados, el precio de referencia de una tonelada métrica será igual al precio promedio ponderado por volumen del último mes de las compras de gas licuado de petróleo, que realiza PETROECUADOR, en condiciones CIF. En el caso de que PETROECUADOR no realice compras de gas licuado de petróleo, se tomará en cuenta el precio del último mes de publicaciones especializadas de reconocido prestigio, más el seguro y el flete. El ingreso bruto de la contratista será el producto de las ventas que realice a precios de mercado, del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta, de conformidad con las normas establecidas en el Título Primero de la Ley de Régimen Tributario Interno". DE LAS BASES DE CONTRATACIÓN DE PARTICIPACIÓN ADUANERA Artículo 16.- La participación de la contratista, calculada a precio de venta, el cual en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta de conformidad con el Título 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno. (…)". CLAUSULA 8.2 DEL CONTRATO MODIFICATORIO DE

PRESTACIÓN DE SERVICIOS A PARTICIPACIÓN PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS. "La participación de la contratista, calculada al precio de venta, el cual en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista, del cual efectuará las deducciones y pagara el impuesto a la renta, de conformidad con lo establecido en las clausulas 11.1 y 11.2". ***7.7.1.9****.- Que del análisis antes efectuado se desprende que existió un cambio de modalidad contractual del cual quedó un sublevante de barriles de petróleo producto de la participación de la contratista, es decir producto del contrato de participación que estuvo vigente hasta el año 2010 y por lo tanto la normativa tributaria aplicable es la que se encontraba vigente a la fecha del contrato de participación por lo cual las normas antes mencionadas son las aplicables para el presente caso, y que del análisis de las mismas se establece que para la determinación del ingreso bruto a efectos tributarios se debe tomar en cuenta los precios de referencia, que para la valoración del crudo la Administración Tributaria así como la compañía deben considerar el precio de venta o el de referencia según las circunstancias imperantes. Que la problemática básicamente gira en un problema normativo que nace en el ajuste de precios de referencia efectuados por la Administración Tributaria al considerar el mes anterior y no el mes corriente como lo hace el actor.* ***7.7.1.10****.- Al respecto de esta problemática existen varios pronunciamientos por parte de esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en donde se reflexiona sobre los artículos 12-A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, y se colige que el impuesto a la renta, se regulará por los precios efectivos de venta o de referencia, según las circunstancias imperantes, es decir, que se tomará el precio efectivo de venta cuando éste sea mayor al precio de referencia y se tomará en cuenta el precio referencial, esto es, el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR, de calidad equivalente, cuando el precio de venta efectivo sea menor al referencial. Ahora bien, es preciso determinar a qué se refieren las disposiciones legales antes citadas cuando expresan "último mes de ventas externas de hidrocarburos", de lo cual no cabe duda, que no se puede considerar como válida la argumentación de que el "último mes de ventas externas", es el mes corriente, pues éste, aún no culmina y no se puede determinar las ventas realizadas dentro del mismo, por tanto, la correcta interpretación de la frase el último mes de ventas externas, se entiende como el mes anterior. Pues resulta obvio que únicamente puede referirse a un período concluido y no a un período cuyo resultado no se pueden establecer ni calcular.* ***7.7.1.11****.- Ahora bien, una vez que se ha establecido que la normativa aplicable que establece que el ajuste de precios de referencia procede considerando el "mes anterior", corresponde analizar lo determinado por el SRI; así, este Tribunal estima pertinente referirse a los informes periciales.- En este contexto, por una parte, la perito María José Flores Espinoza afirma en su informe lo siguiente: 1.- Que el ajuste por precios de referencia es un tema netamente tributario, no hay afectación a nivel del estado de resultados. 2.- Que para efectos del pago del impuesto a la renta, la participación (ventas mas sublevante) es considerada ingreso bruto. 3.- La participación constituye el ingreso bruto independientemente de que exista o no una venta. 4.- Que al existir una venta de sublevante se debe tomar en cuenta la fecha de venta para establecer el precio de referencia que se comparará con el precio de venta con el fin de considerar el mayor. 5.- Que la diferencia entre el procedimiento de la empresa actora y de la Administración Tributaria radica en el precio utilizado para valorar el sublevante al 31 de diciembre de 2010 como el sublevante para el 31 de diciembre de 2011. 6.- Que la Administración Tributaria utiliza los precios de referencia para valorar tanto el sublevante al 31 de diciembre de 2010 utilizando el precio promedio ponderado de noviembre de 2010, como el sublevante al 31 de diciembre de 2011 en el cual utilizó el precio promedio ponderado de noviembre de 2011 7.- Que la empresa actora para el 2011 mantiene el mismo precio por barril que utilizó para valorar el sublevante al 31 de diciembre de 2010. En lo que respecta a la pericia efectuada por la perito Diana Salazar Zúñiga establece las siguientes conclusiones: 1.- Que conforme a la Ley de Hidrocarburos y al Contrato de Participación la compañía estaba obligada a considerar como ingreso la totalidad de participación en la producción de crudo del ejercicio económico, valorado al precio de venta o precio de referencia el que sea mayor. 2.- Que dentro el ámbito de aplicación de las NIIFs, ajustar el ingreso por reevaluación del saldo del sublevante, cuando no hay certeza del valor a recuperar es técnicamente incorrecto. Es*

decir que los informes periciales establecen que la empresa actora debe considerar como ingresó la totalidad de la participación de la producción del crudo y que además debe valorarlo al precio de venta o de referencia el que sea mayor. ***7.7.1.12****.- De conformidad con lo antes expuesto este Tribunal arriba las siguientes conclusiones: 1) Que para el año 2011 la compañía actora se rige bajo el Contrato Modificatorio de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. 2) Que la empresa actora mantuvo un saldo de la participación proveniente del contrato anterior (sublevante) por el monto de 287.645,47 barriles que quedaron como saldo del año 2010. 3) Que este sublevante al corresponder al contrato de participación del año 2010 para ser valorado debe hacérselo de conformidad con la norma que estaba vigente a la fecha del contrato de participación esto es art. 12A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal a del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, Art. 16 de Las Bases de Contratación para Contratos de Participación y Cláusula 8.2 del Contrato de Participación. 4) Que es criterio reiterado de esta Sala que de conformidad con la Ley de Hidrocarburos (Art. 12A y 71 de la Ley de Hidrocarburos) que el impuesto a la renta se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial (es decir el precio promedio ponderado el último mes de ventas hecho por PETROECUADOR cuando el precio de ventas sea menor al referencial) y que último mes de ventas es del mes anterior. 5) Que la participación es un ingreso bruto exista o no ventas y que esta se corresponde a la sumatoria de ventas más sublevante. 6) Que dentro del caso de estudio existió una venta de 98.257,01 barriles, que al realizar la comparación, la empresa actora entre el precio de venta con el precio de referencia a junio de 2011, se determinó que mayor fue el precio de venta razón por la cual no se tomó en cuenta el precio de referencia. Que la actora al realizar este cálculo lo hizo en base de la normativa antes expuesta todo esto de acuerdo con la Administración Tributaria razón por la cual en este punto no hubieron diferencias a determinarse, con lo cual la empresa actora reconoce que la normativa aplicable para este sublevante se corresponde con la aplicada por la Administración Tributaria y que consta enunciada en el numeral 3). 7) Que la Administración Tributaria realizó una valoración del sublevante al 2011 por 189.388,46 barriles al precio de referencia de noviembre de 2011, esto es 108.813064, ya que no hubieron ventas, razón por la cual se estableció una glosa por USD 7.056.506 por cuanto la empresa actora valoró el sublevante al 2011 al precio de diciembre de 2010, esto es USD 81,18151762. 8) Que esta valoración obedece a la aplicación de la normativa vigente esto es art. 12A y 71 de la Ley de Hidrocarburos, numeral 9 literal a del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 44, Art. 16 de Las Bases de Contratación para Contratos de Participación y Cláusula 8.2 del Contrato de Participación, así como es concordante con el criterio reiterado de este Tribunal al respecto de que el impuesto a la renta se regula por los precios efectivos de venta cuando sea mayor al precio de referencia y el precio referencial se aplicará cuando el precio de venta sea menor al referencial, y que último mes de ventas corresponde al del mes anterior. Con todo lo cual este Tribunal establece que la glosa es clara y concordante con las normas aplicables para el efecto así como con la Cláusula del Contrato por lo que se confirma la glosa y se rechaza la pretensión del actor.* ***7.8.- Glosa sobre Ingresos no Declarados por Banco de Calidad****.- Manifiesta el actor que tanto en el fondo como en la forma esta glosa se sustenta en los mismos criterios que la glosa anterior, toda vez que el SRI empleo procedimientos no establecidos en la norma tributaria y contable para establecer un ajuste al precio de los barriles que ANDES registró como banco de calidad, que como ha quedado indicado el 01 de enero de 2011, entró en vigencia la nueva modalidad contractual de prestación de servicios en la cual no tiene participación en el crudo producido, sino que cobra una tarifa por los servicios prestados y que la figura del banco de calidad no tiene aplicación en la nueva modalidad y que pese a ello el SRI al realizar la determinación tributaria del ejercicio económico 2011, sin base legal o contable alguna, procedió a valorar los 10.090,19 barriles correspondientes al banco de calidad al precio de referencia del crudo napo correspondiente al mes de noviembre de 2011, por considerar que este es el último mes de ventas externas de petróleo realizados por Petroecuador y levantó una glosa por 330.032,32 USD. Que de lo antes expuesto se establece que la compensación que se entregaba a los contratistas por concepto de banco de calidad al amparo de los contratos de participación no constituye un ingreso proveniente de la*

participación y que por lo tanto no existe amparo legal que permita considerar al valor correspondiente a estos barriles como un ingreso para fines tributarios, valorándolo a un precio de referencia y menos a un revalorizándolo en un ejercicio fiscal que no tuvo movimiento alguno por lo que finalmente solicita que se le dé de baja la glosa. ***7.8.1****.- Sobre este punto la Administración Tributaria estableció que el stock al 31 de diciembre de 2011 fue valorado al precio de referencia del 2011, ya que el actor no realizó ventas por banco de calidad manteniendo este su valoración al último precio de venta del 2010. Es importante establecer que el término precios de referencia definido en la ley de Hidrocarburos comprende al precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de donde se deprende que la fórmula último mes se encuentra siempre referido al período que ha fenecido, es decir al mes anterior y no al corriente, en el presente caso se debe tener en cuenta que nos encontramos frente a un elemento fáctico que es el cambio de modalidad contractual de participación a prestación de servicios, en el cual al ser de prestación de servicios lo que puede existir son ventas locales o simplemente no realizarse ventas del sublevante, por lo que lo correcto es tomar el precio de referencia reportado por PETROECUADOR y en caso de existir ventas locales el precio de venta o referencia del mes anterior que el que sea mayor. En este contexto es que la Administración Tributaria determinó un ingreso por banco de calidad de USD 1.097.944,49 y el actor registró una provisión por banco de calidad de USD 767.912,17 estableciéndose una diferencia de USD 330.032,32 por ajustes de precio de referencia y cambio de modalidad contractual.* ***7.8.2****.- A continuación es importante establecer lo que consta en la resolución impugnada en la que se estableció lo siguiente: 1.- Que de conformidad con el art. 71 de la Ley de Hidrocarburos se establece que los gravámenes dependientes de los precios de venta de hidrocarburos en el mercado externo se regularán por los precios efectivos de venta o de referencia. 2.- Que de conformidad con los procedimientos del banco de calidad de OCP el propósito del banco de calidad es establecer un sistema para compensar a los usuarios por la degradación del petróleo que recibieron comparado con el petróleo que ellos inyectaron cobrando a aquellos usuarios que reciben el petróleo de mayor valor que el petróleo que ellos inyectaron. 3.- Que con la entrada en vigencia del contrato de prestación de servicios la actora de conformidad con el proceso de determinación de la Administración Tributaria al 31 de diciembre de 2011, contó con un stock de 10.090,19 barriles provenientes del banco de calidad los mismos que fueron establecidos y valorados en el acta de determinación del impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2010 y los valoró al precio de referencia de noviembre de 2011 de lo cual resultó una diferencia de USD 330.032,32 entre lo valorado por la Administración Tributaria por USD 1097.944,49 y el ingreso declarado por el actor por USD 767.912,17. 4.- Que la Administración Tributaria realizó la valoración del stock de barriles provenientes del banco de calidad al precio de referencia de noviembre de 2011 en aplicación del art. 71 de la Ley de Hidrocarburos.* ***7.8.3****.- Al respecto este Tribunal establece que la controversia entre las partes en esta glosa consiste, en determinar si esta compensación constituye un ingreso proveniente de la participación de ANDES así como si el precio de referencia aplicado por el SRI es el correcto.* ***7.8.4****.- En cuanto a los informes periciales sobre esta glosa han determinado lo siguiente: informe de la perito Diana Salazar Zúñiga quien concluyó que el ajuste por banco de calidad no corresponde a un ingreso devengado ni realizado en el año 2011, razón por la cual fue correcto no reconocerlo como un ingreso en los estados financieros de ese año. Es decir la conclusión de la pericia en esta glosa aborda únicamente el aspecto financiero alejándose de la conclusión que la misma perito realizó al respecto de la glosa anterior cuando manifestó que la empresa actora debe considerar como ingresó la totalidad de la participación de la producción del crudo y que además debe valorarlo al precio de venta o de referencia el que sea mayor debiendo destacar que el fundamento de las dos glosas es el mismo.* ***7.8.5****.- Informe de la perito María José Flores: 1) El ajuste proveniente por la valoración de barriles provenientes del banco de calidad es un tema netamente tributario y no hay afectación a nivel del estado de resultados. 2) Tanto en la empresa actora como en la Administración Tributaria han realizado una valoración del stock del banco de calidad para el 2011 del stock que quedó al 31 de diciembre de 2010. 3) Que la empresa actora no actualizó la información en función de los reportes definitivos por banco de calidad elaborados por OCP ECUADOR y que existe además una diferencia en el precio utilizado para valorar el stock por banco de calidad siendo que la actora lo valoró para el 2011 al precio de su última*

exportación que se efectuó en diciembre de 2010. 4) Que la Administración Tributaria utilizó el precio de referencia para valorar el stock de banco de calidad al 31 de diciembre de 2011 para lo cual utilizó el precio promedio ponderado de noviembre de 2011. ***7.8.6****.- A continuación las conclusiones de este Tribunal: 1) Que los ingresos por banco de calidad constituyen una compensación a los usuarios del oleoducto por la degradación que sufre su petróleo al momento de ser inyectado. 2) Que dicha compensación pasa a formar parte de la participación de la compañía ya que dicha compensación está dada en barriles de crudo que efectivamente constituyen un ingreso para la compañía y que son parte de su participación, que la misma empresa actora ha dado a esta compensación el tratamiento contable y financiero considerándolo como un ingreso y por lo tanto parte de su participación tanto así que registró en el año 2011 una provisión por banco de calidad USD 767.912,17 mismos que mantenía la empresa actora como stock a diciembre de 2010 y que fueron valorados al precio de venta de la última exportación efectuada en diciembre de 2010. 3) Que la Administración Tributaria estableció la diferencia tanto en cantidad de barriles como en el precio de valoración por cuanto se basó en reportes definitivos del banco de calidad de la OCP y en cuanto al precio, la Administración valoró el stock al precio de referencia, esto es al precio promedio ponderado de noviembre de 2011 ya que no se registraron ventas de dicho stock razón por la cual determinó como ingreso el valor de USD 330.032,32. 4) Que en el tratamiento de la glosa en análisis, el artículo que debe aplicarse es el 71 de la Ley de Hidrocarburos toda vez que este banco de calidad se rige para el contrato de producción que es de donde se arrastra este stock de banco de calidad y que de conformidad con el criterio vertido por esta Corte Nacional y la norma aplicable antes mencionada se establece que el precio de referencia de los hidrocarburos será el precio promedio ponderado del último mes de ventas externas de hidrocarburos realizadas por PETROECUADOR y que la fórmula último mes, se refiere al período que ha fenecido es decir al mes anterior y no al corriente razón por la cual se confirma el valor determinado por la Administración Tributario y se rechaza la pretensión de la parte actora.* ***7.9.- MATERIA GRAVADA NO APORTADA AL IESS****.- Manifiesta el actor que al respecto la resolución impugnada considera que las cantidades de USD 1.431.427; USD 167.466 y USD 94.330,47 pagadas por concepto de bonos por resultados, logros extraordinarios y subsidio de vehículos constituyen gratificantes a los empleados de ANDES que percibieron en dinero en el ejercicio fiscal 2011 y que según manifiesta la Administración estos constituyen material gravado de aportación al IESS, de los cuales el actor no realizó la aportación, requisito que a juicio del SRI es necesario para su deducibilidad al amparo del numeral 9 del art. 10 de la LORTI. Que el otorgamiento de reconocimientos por resultados dependía del cumplimiento de objetivos y de metas corporativas y que además estaba sujeto a que la compañía produzca y genere resultados positivos y que en razón de la naturaleza de la industria hidrocarburífera no puede estimar con certeza el establecer reconocimientos fijos y privilegios permanentes, sino que estos están sujetos a la variabilidad antes expuesta. Por lo tanto el pago por alto rendimiento no constituye un ingreso normal ni regular como lo exige el art 11 de la Ley de Seguridad Social, y que no cabe objetar la deducibilidad del gasto en que ANDES incurrió pues no era obligatorio aportar a la seguridad social sobre un rubro extraordinario y excepcional, que en cuanto a los reconocimientos extraordinarios el SRI ha excedido sus funciones al considerar que este pago deberá entenderse como normal o regular en la industria sin presentar evidencia alguna de que este tipo de reconocimiento se entregue en otras empresas de exploración y explotación de hidrocarburos lo mismo sucede con el subsidio de vehículos. Bajo estas consideraciones el SRI no puede exigir que se realice la aportación al IESS respecto de cualquier remuneración que percibe un trabajador, como tampoco es legal que exija la aportación respecto de beneficios especiales que no forman parte de un ingreso regular de un trabajador, pues estos no deben formar parte de la base de aportación por lo que dice el actor se evidencia la arbitrariedad en el levantamiento de la presente glosa y la necesidad de dejarla sin efecto.* ***7.9.1****.- Sobre este punto la Administración Tributaria estableció que según el Art. 10 de la LORTI serán deducibles las remuneraciones en general y los beneficios sociales de la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales con el seguro social obligatorio cuando corresponda, destacando que de conformidad con el art. 11 de la Ley de Seguridad Social establece que también son partes del sueldo o salario los valores que se perciban por trabajos extraordinarios*

por trabajos suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, etc.; en síntesis los conceptos antes expuestos puntualizados en el art. 11 forman parte de la materia gravada porque se adicionan al sueldo básico mensual sujeto de aportación, destacando adicionalmente que la compañía actora entrega tales gratificaciones de forma cierta y recurrente es decir de una manera regular tal como lo menciona la primera parte del art. 11 de la Ley de Seguridad Social ***7.9.2****.- Al respecto este Tribunal establece que la controversia entre las partes en esta glosa consiste, en determinar si la Administración Tributaria puede calificar o no deducibilidad de los gastos de los sujetos pasivos, siendo un requisito de deducibilidad de los sueldos, salarios, remuneraciones y beneficios sociales, que cuenten con el respaldo de las aportaciones al seguro social.* ***7.9.3****.- A continuación es importante establecer lo que consta en la resolución impugnada en la que se estableció lo siguiente: 1) Que la compañía ANDES PETROLEUM consignó USD 26.639.829,41 en el casillero 716 que corresponde a gastos, sueldos, salarios y demás remuneraciones que constituyen materia gravada del IESS y USD 5.108.549,70 en el casillero 718 de gasto beneficios sociales, indemnizaciones y otras remuneraciones no constituyen materia gravada del IESS. 2) Que dentro del proceso de determinación tributaria el SRI concluyó que las cantidades de USD 1.431.427,00; USD 167.466,00 y USD 94.330,47 pagadas por conceptos de bonos de resultados, bonos por logros extraordinarios y subsidio de vehículos constituyen en gratificaciones que los empleados de la empresa actora percibieron durante el ejercicio fiscal 2011 y que estos valores constituyen materia gravada de aportación al IESS y sobre los cuales la empresa actora no realizó tal aportación requisito necesario para que sea deducible según el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, razón por la cual estableció como gasto no deducible el valor de USD1.693.223,17.* ***7.9.4****.- A continuación las conclusiones de este Tribunal: 1) Que de conformidad con lo expuesto en el numeral 9 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, para que el gasto de las erogaciones a los trabajadores sea deducible está condicionado al pago de las aportaciones al IESS, tal es el caso de las remuneraciones y beneficios sociales en los que se requiere el cumplimiento de las obligaciones para el seguro social obligatorio. 2) de conformidad con los arts. 11 y 14 de la Ley de Seguro Social se establece que estos pagos son materia gravada del IESS que comprende todo ingreso regular, que en el caso de los trabajadores en relación de dependencia está comprometido por el sueldo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, etc., que tengan carácter normal en la industria o servicio. 3) Que la Administración Tributaria puede calificar la deducibilidad o no de los gastos de los sujetos pasivos siendo un requisito de deducibilidad de los sueldos, salarios, remuneraciones y beneficios sociales cuenten con el respaldo de las aportaciones al seguro social obligatorio. 4) Que en el caso que nos ocupa se puede establecer que los rubros por pagos por alto rendimiento, por reconocimientos extraordinarios y por subsidio de vehículos se han establecido con políticas para el efecto y que se vienen cumpliendo en la empresa ANDES PETROLEUM desde el año 2007, razón por la cual se constituyen pagos regulares que se encuentran esquematizados dentro de la política de la compañía y por lo tanto para ser deducibles debieron contar con el respectivo aporte al IESS al constituirse en materia gravada de dicho aporte. Razón por la cual se ratifica la glosa y se desecha la pretensión de la parte actora.* ***7.10****.-* ***Costos y Gastos de Abandono y Actividades*** *no Exitosas Manifiesta el actor que al respecto la resolución impugnada aplica el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Presentación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos para concluir de manera infundada que de acuerdo al art. 11, los costos de perforación de pozos secos determinados como tales como resultado de la perforación realizada, solo son deducibles en el ejercicio económico en que efectuaron y concluyen que los costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas correspondientes a los pozos FANNY 18B-122H y SHIRLEY 10 no podían ser considerados deducibles en el ejercicio 2011, al haberse comenzado su perforación en el año 2008 y 2009. Que en este caso el SRI pretende frente a un hecho determinado en los años 2008 y 2009 (perforación de pozos) el mismo que culminó con la sequedad de los mismos y cuyo procedimiento para su declaratoria formal concluyó con las resoluciones No. 328 y 327 de 20 de abril y 6 de mayo de 2011, se aplique un reglamento que solo puede entenderse vigente para situaciones posteriores vinculadas con el contrato de prestación de servicios, modalidad contractual que rige a partir del año 2011, con lo cual se estaría*

violando el principio de irretroactividad de las normas tributarias consagradas en el art. 300 de la Constitución y art. 3 del Código Tributario. Adicionalmente también establece el actor que el SRI interpreta de manera errada el art. 11 del Reglamento toda vez que tanto el actor como la Administración Tributaria parten de la premisa de que los pozos de desarrollo no iniciaron nunca su producción, por lo tanto la norma en que el SRI se sustenta para objetar la deducibilidad del gasto es la que indica que se considerará como costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas a los costos de perforación de pozos secos de exploración y desarrollo adicionales determinados como tales como resultado de la perforación realizada en el período. Que lo que la norma citada pretende es que como resultado de la perforación realizada en el período de perforación, que para el caso que nos ocupa corresponde a los años 2008, 2009 y 2010, se determine la existencia de un pozo seco y que los gastos de perforación así incurridos se consideren costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas. Que la norma en ningún momento condiciona la deducibilidad del gasto a que la perforación se lleve a cabo en el mismo ejercicio fiscal en que la contratista se toma el gasto y por lo tanto el SRI llega al absurdo de no permitir deducir los gastos en el 2011 y tampoco permitir que la compañía amortice las inversiones realizadas en la perforación, por lo que solicita que se dé de baja la glosa. Manifiesta el actor que a su criterio la norma que se debía aplicar es la que estaba vigente en el contrato de participación. cuando ANDES inició la perforación de los pozos esto es el Reglamento de Contabilidad de Costos aplicables a los contratos de participación y no el Reglamento de Contabilidad y de Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. ***7.10.1****.- Sobre este punto la Administración Tributaria estableció que el mismo actor en su demanda expuso que la perforación de los pozos fue en los años 2008 y 2009 y que luego de algunos estudios decidió que no son económicamente rentables, que la perforación de estos fue en años anteriores al 2011 y que por lo tanto de conformidad con el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los contratos de Prestación de Servicios en su art. 11 no pueden ser considerados como deducibles. Que es así que dichas inversiones pasaron a formar parte de contrato de servicios no pueden recibir el tratamiento normativo vigente al 31 de diciembre de 2010 con el contrato de participación. Por lo que las alegaciones de la compañía no tienen asidero, toda vez que los pozos secos en mención iniciaron su producción en años anteriores y que para el caso que nos ocupa si los pozos no fueron de producción estos estaban en trabajos en curso como lo indica el actor incluso hasta el año 2010 y en consecuencia la administración Tributaria aplicó la normativa correspondiente por lo que la compañía no puede alegar que las resoluciones de abandono y taponamiento de los pozos fueron expedidas en el año 2011, que es precisamente que por el informe de auditoría del ente de control que se desconoce tal gasto como deducible pues los pozos fueron perforados y utilizados en años anteriores.* ***7.10.2****.- A continuación es importante establecer lo que consta en la resolución impugnada en la que se estableció lo siguiente: 1) Que en base al Contrato Modificatorio a Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos estableció en su numeral 4.3.8.2 que el Reglamento de Contabilidad aplicable es el Reglamento aplicable a los Contratos de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos, que regula la contabilidad de los costos, gastos e inversiones efectuados por la contratista para la ejecución de las actividades objeto de este contrato modificatorio. 2) Que el objetivo del Reglamento es el siguiente: Art. 1.- Objetivo.- El presente reglamento regula la información contable que deben mantener y los criterios que deben aplicar las contratistas durante la vigencia del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, como también establece las normas y procedimientos que deben observar la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH) y la Secretaría de Hidrocarburos (SH) para el control y fiscalización de estos contratos. 3) Que según el art. 3 del mismo reglamento se establecen las normas generales: Art. 3.- Normas generales.- Las contratistas utilizarán planes de cuentas, sistemas y procedimientos compatibles con este reglamento, debiendo llevar la contabilidad del contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos sujetándose a lo previsto en el presente reglamento. De conformidad con el Art. 39 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, la contabilidad de las sociedades que tengan suscritos contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos se efectuará de conformidad con los criterios previstos en este*

reglamento. 4) Que el Art. 11 del mismo Reglamento establece: Art. 11.- Costos y gastos de abandono y de actividades no exitosas.- Tales como: a) Costos de perforación de pozos secos de exploración y desarrollo adicionales determinados como tales como resultado de la perforación realizada en el período; no se considerarán pozos secos aquellos que iniciaron la producción en períodos anteriores; b) Costos de medio ambiente y costos de abandono; y, c) Costos de actividades no exitosas de exploración adicional y de recuperación mejorada. 5) Que existió un cambio de contrato modificatorio a contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos y que en dicho documento se dispuso que el Reglamento de Contabilidad anexo al contrato es el que se debía aplicar al 01 de enero de 2011 siendo que el contrato de prestación de servicios se lo suscribió con fecha 23 de noviembre de 2010, fecha en la cual ANDES PETROLEUM tuvo ya a su disposición la norma contable a la que debía sujetarse. 6) Que según el informe de auditoría el año 2011 emitido por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero no reconoció la reclasificación de inversión a costo registrada por la empresa ANDES por cuanto la perforación de los pozos se había realizado en los años 2008 y 2009. 7) Que de conformidad con lo establecido en el art. 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno el ejercicio impositivo es anual y en el presente caso comprende el lapso que va del 01 de enero al 31 de diciembre de 2011. 8) Que la Administración Tributaria ratificó como gasto no deducible la cantidad de USD 8.791.600,86 que corresponde a los pozos secos perforados en ejercicios fiscales anteriores y cuyas derogaciones no pueden ser consideradas como costo del ejercicio fiscal 2011. ***7.10.3****.- Es decir que la Litis en esta glosa se establece en primer lugar porque la empresa actora manifiesta que no le era aplicable el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios sino el Reglamento de Contabilidad de Costos aplicables a los contratos de participación y por otra parte manifiesta que existe una interpretación errada del art. 11 del Reglamento aplicado por el SRI.* ***7.10.4****.- La perito Diana Salazar concluye que la empresa actora registró en resultados la baja de la inversión realizada en los pozos al momento de obtener la autorización de la Secretaria de Hidrocarburos para el abandono de los pozos y que lo registró como gasto toda vez que este no se efectuó como tal en los años 2008 y 2009 y que de aplicarse el procedimiento del SRI la compañía no podrá deducirse ese gasto en ningún ejercicio fiscal.****7.10.5****.- La perito María José Flores en su informe manifestó: Que el efecto de no reconocer el valor de USD 8.791.600,86 es incrementar el valor de los gastos no deducibles y en consecuencia incrementar el monto del impuesto a la renta del año 2011. Es decir que las dos pericias abordan las conclusiones sobre el impacto que tiene el hecho de considerar al valor de USD 8.791.600,86 como un gasto deducible o como un gasto no deducible.* ***7.10.6****.- A continuación las conclusiones de este Tribunal: 1) Que a partir del 01 de enero de 2011 entró en vigencia el contrato modificatorio a contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos contrato en el cual se estableció que se aplicará el Reglamento de Contabilidad, Control y Fiscalización de los Contratos de Prestación de Servicios cuyo principal objetivo es regular la información contable durante la vigencia del Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, y que por lo tanto quedaría descartado la aplicación del tratamiento normativo vigente para el contrato de participación hasta el 31 de diciembre de 2010. 2) Que la perforación de los pozos empezó en los años 2008 y 2009 y que por lo tanto formaron parte del saldo inicial de las inversiones con las que se negoció el Contrato de Prestación de Servicios para el año 2011, que es un contrato nuevo y diferente al contrato de participación bajo un nuevo marco legal. 3) Que es importante establecer que la autorización de taponamiento y abandono definitivo de los pozos fueron en mayo y abril del 2011, pero que su perforación se dio en los años 2008 y 2009. 4) Que a partir del 01 de enero del 2011 estaba vigente el Contrato de Prestación de Servicios el mismo que en su numeral 4.3.8.2 estableció el Reglamento de Contabilidad que debía aplicarse para esta nueva modalidad contractual en el cual se establece que se reconocerá dentro de los costos y gastos de abandono y actividades no exitosas, los costos de perforación de pozos secos realizados en el período, y no se consideraran los pozos secos que iniciaron la producción en períodos anteriores. 5) De conformidad con el informe de la ARCH no se reconoce la reclasificación de inversión a costo registrada por la empresa actora en el año 2011 ya que fueron pozos perforados en el 2008 y 2009. 6) Que en base de lo expuesto no es posible afirmar que dichos desembolsos (gastos pozos secos 2008-2009)*

se incurrieron con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos gravados del ejercicio fiscal 2011 de conformidad con el Reglamento de Contabilidad aplicable para los contratos de prestación de servicios así como en concordancia con los arts. 7 y primer inciso del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno por lo que se ratifica la glosa y se desecha la pretensión del actor".

- **(VIII y IX)** Decisión y Resolución, en la cual consta la decisión en derecho de esta Sala de casación.

CUARTO.- Es importante hacer notar, que esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, por un *lapsus calami*, en el acápite IV. -AUDIENCIA-, sub punto 4.2, se hace constar "*la Ab. Carmen Amelia Simone Lazo*"; cuando lo pertinente y como se deberá entender es: "*la Ab. Carmen Amalia Simone Lasso*". De igual manera, se enfatiza que el tema relacionado a la audiencia, se encuentra detallado en los numerales 4.1 y 4.2 del fallo:

*"**4.1**.- Auto de 29 de mayo de 2018, las 11h20, 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, que se llevó a cabo el día martes 19 de junio de 2018 a las 11h30, en el octavo piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia, la misma que fue suspendida para dictar el fallo el día 27 de junio de 2018 a las 15H00.*

***4.2**. Audiencia oral en la que fueron escuchados: Por el recurrente, el procurador judicial del SRI Dr. Patricio Vaca, y por la contraparte la Compañía ANDES PETROLEUM LTD., comparece la Ab. Carmen Amelia Simone Lazo, procuradora judicial".*

En este punto es importante hacer notar que con fecha 27 de junio de 2018 a las 15h00 se reinstaló la respectiva audiencia dentro del recurso de casación, con la única finalidad de dar a conocer a las partes el fallo al que había llegado el Tribunal, destacando que en esta audiencia no hubo ninguna intervención de las partes. Acta resumen que consta del cuadernillo de casación a fojas 49 y vlta, donde se certifica que en dicha reinstalación se dio a conocer a las partes la resolución a la que arribó este Tribunal.

QUINTO.- Queda claro, entonces, que la sentencia dictada el 29 de junio de 2018, las 16h41, por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ha sido clara, inteligible, y no presenta obscuridad en su texto, ya que no se han utilizado frases indeterminadas en el razonamiento y resolución; por consiguiente, existe claridad en lo resuelto y dispuesto; así también, ha tomado en consideración todos los argumentos esgrimidos en la fundamentación por la accionante; y, se ha motivado con claridad meridiana la decisión, lo cual ha permitido arribar a la toma de la resolución (Sentencia de mérito) de desechar la demanda interpuesta por el señor Zhao Xinjun, en su calidad de apoderado general y representante legal de la compañía ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA, y confirmar la legalidad y legitimidad de la Resolución Administrativa No. 117012016RREC119383 de 31 de agosto de 2016; y, la Determinación Tributaria No. 17201624900131016 por impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011. Se debe también recordar a la peticionaria que estos recursos horizontales no proceden contra hechos ocurridos en la audiencia oral.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, se niega los pedidos de aclaración y ampliación solicitados por La Dra. Carmen Simone Lasso, en su calidad de procuradora judicial de la compañía ANDES PETROLEUM ECUADOR LTDA. (ANDES), en consecuencia, y acorde con lo dispuesto en el fallo, devuélvase inmediatamente al proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia. En este caso interviene el doctor Wilman Terán Carrillo Conjuez Nacional mediante Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 037-2018 de 15 de marzo de 2018 con la cual se designó y posesionó a las conjuezas y conjueces de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud del Oficio No. 900-SG-CNJ-ROG de 21 de mayo de 2018, en el que la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, le llama en reemplazo del doctor Darío Velástegui Enríquez, Juez de la Sala de lo Contencioso Tributario, con las mismas atribuciones y deberes del principal, suscribiendo este auto por obligación legal. **Notifíquese y Cúmplase**.

f) Dra. Ana María Crespo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dr. Wilman Terán Carrillo, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

III

Resolución Nro. 205-2018
Recurso Nro. 09501-2015-0016
Fecha: Lunes 14 de mayo de 2018

TEMA: Impugnación de resolución que establece diferencia a pagar por concepto de impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2011, aplicación del principio de esencia sobre la forma.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La representante legal del CONSORCIO PUYANGO comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, e impugna el acto administrativo emitido por la Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas, que niega el reclamo presentado por el Consorcio en mención y ratifica la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración N° 072014200053 por concepto de Impuesto a la Renta del período fiscal 2011.- El referido Consorcio sostiene que la administración tributaria determinó ilegalmente el valor de $ 234.468,05 como gastos no deducibles sin considerar que estos se encontraban debidamente sustentados en comprobantes de venta autorizados por la propia administración y que tal inobservancia provocó el desarrollo ilegítimo de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración por la suma de $ 89.948,16.- El Tribunal de instancia, luego del análisis de los antecedentes que sirvieron de base para la expedición del acto administrativo impugnado estima que existen ciertas situaciones que no guardan una relación lógica y coherente en los enunciados expuestos por la autoridad tributaria; que la actora de la causa demostró que todas las facturas de compra realizadas a FUENTESTELAR S. A. son inferiores a $ 5.000,oo, razón por la cual no existía la obligatoriedad de utilizar el sistema financiero (bancarización); y, que no consideró las otras actividades del giro comercial de dicha Empresa, como es la venta de materiales de construcción, por lo que el Servicio de Rentas Internas, en sede administrativa, no motivó adecuadamente su acto administrativo según lo previsto en los artículos 81 del Código Tributario y 76 de la Constitución de la República que establecen dicha obligación, so pena de nulidad. En tal virtud, el Juez a quo declara con lugar la demanda y, en consecuencia, la invalidez de la Resolución impugnada.

SÍNTESIS CASACIÓN

La Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas y sus procuradores judiciales, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario, del número 16 del art. 10 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y del precedente jurisprudencial contenido en la Resolución 07-2016 publicada en el R.O. Suplemento 894, de 1 de diciembre de 2016; y, por aplicación indebida del art. 103 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, deducen 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 la representante legal del CONSORCIO PUYANGO en contra del acto administrativo emitido por la Directora Provincial recurrente, que niega el reclamo presentado por el Consorcio en mención y ratifica la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración N° 072014200053 por concepto de Impuesto a la Renta del período

fiscal 2011.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia sostiene que el segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario permite tomar en cuenta el factor económico por sobre las formas jurídicas, por lo que tal norma tiene relación con lo que la doctrina conoce como el principio de la esencia sobre la forma, y afirma que en virtud de él se pueden desconocer las formas jurídicas utilizadas por las partes y verificar la verdadera esencia económica que está detrás de dichas situaciones formales, con el único objeto de identificar y establecer la real ocurrencia de un determinado hecho económico; expresa que la ley tributaria debe ser aplicada haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas; que en el presente caso, no se encontraba en controversia la obligación de utilizar el sistema financiero para considerar como un gasto deducible del impuesto a la renta las compras efectuadas por el Consorcio PUYANGO a FUENTESTELAR S.A., sino que el objeto de la litis se centra en que las adquisiciones realizadas carecían de sustancia económica objetiva ya que la venta de materiales de construcción no tiene relación directa con la actividad del Consorcio, razón por la cual dichos gastos carecen de esencia económica; estima que de los hechos probados, se evidencia una debida justificación del criterio utilizado por la autoridad tributaria en la expedición de la Resolución impugnada, y que la obligación de motivar los actos administrativos no se ve afectada por el hecho de que la administración tributaria en el acto expedido haya considerado la relación económica subyacente para establecer la no deducibilidad de los gastos registrados por el Consorcio contribuyente, por lo que no se desconoció el registro del gasto efectuado por el Consorcio de la referencia, por falta de bancarización sino por falta de esencia económica, ante cuya falta debió proceder a analizar la subyacencia de las operaciones económicas para determinar la verdadera intención económica del contribuyente y calificar su accionar en aplicación del principio de esencia sobre la forma; y, sostiene, por último, que conforme el precedente jurisprudencial denunciado por los recurrentes, que establece que un gasto para que se considere deducible a más de cumplir los requisitos formales debe mantener una secuencia formal y material, en el presente caso tal secuencia se ve interrumpida debido a que, al ser las operaciones inexistentes en su origen, no se ha verificado la fuente de obligación, como tampoco se ha demostrado la transferencia de los bienes, lo que provoca que el registro contable con cargo al gasto realizado por el CONSORCIO PUYANGO, se convierta en un gasto no deducible debido a que éste registró operaciones carentes de esencia económica, por cuyo motivo el precedente jurisprudencial alegado no solo que es aplicable, sino que la resolución impugnada es congruente con el principio de esencia sobre la forma. En tal virtud casa la sentencia y ratifica la legitimidad y validez jurídica de la Resolución impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2015-0016

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

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

Quito, lunes 14 de mayo del 2018, las 15h47.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por la ingeniera Raquel Guzmán Recalde, en calidad de Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas; el doctor Juan Carlos Córdova Cáceres, el abogado Fidel Muñoz Freire, y la abogada Linda Ochoa Matamoros, en calidad de Procuradores de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia de 22 de mayo de 2017, las 15h27, dictada por el Tribunal

Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2015-0016, propuesto por la señora Zoila Beatriz Sánchez Apolinario, por los derechos que representa en calidad de representante legal del CONSORCIO PUYANGO, en contra de la Resolución No. 107012015RREC000302 de 13 de enero de 2015, emitida por la Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas, que negó el reclamo administrativo presentado por el referido consorcio, y ratificó la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 0720140200053, por el Impuesto a la Renta del período fiscal 2011.

1. ANTECEDENTES

1.1 La ingeniera Raquel Guzmán Recalde, en calidad de Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas; el doctor Juan Carlos Córdova Cáceres, el abogado Fidel Muñoz Freire, y la abogada Linda Ochoa Matamoros, en calidad de Procuradores de la Directora General del Servicio de Rentas, fundamentan el recurso de casación en las **causales primera y tercera** del art. 3 de la Ley de Casación. Estiman infringidas las siguientes normas de derecho: **1. Causal Tercera: "Errónea interpretación**" del art. 115 del Código de Procedimiento Civil, precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba consistente en la Resolución No. 107012015RREC000302, lo que a su vez produjo la **"errónea interpretación"** del art. 81 del Código Tributario. **2. Causal Primera: a) "Falta de aplicación"** del art. 17 del Código Tributario, así como del numeral 16 del art. 10 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno; **b) "Aplicación indebida"** del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, **c) Falta de aplicación"** del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución 07-2016, publicada en el Registro Oficial suplemento 894 de 1 diciembre de 2016. Sin embargo, la doctora Julieta Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de admisibilidad y su correspondiente aclaración, calificó de ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto la autoridad tributaria demandada, exclusivamente por los vicios al amparo de la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación.

1.2 En lo que tiene que ver con la causal y cargos admitidos, los recurrentes fundamentan su recurso de la siguiente manera: **Aplicación indebida del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** La administración tributaria, luego de transcribir la norma señalada como infringida, y los numerales 6.4 y 6.5 de la sentencia recurrida, sostiene que en la referencia que hace la Sala de instancia a la página 20 de la resolución impugnada, no se hacía referencia al artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y que la única parte en la que se hace mención al uso del sistema financiero indica: *"Adicionalmente, de los clientes que contestaron los requerimientos de información, solo tres de ellos a quienes vendió los gramos de oro presentaron los medios de pago, los demás clientes indicaron haber realizado sus pagos en efectivo sin tener ningún documento probatorio de la entrega del dinero, situación que se complementa con los montos facturados en cada comprobante de venta, que no supera los $5,000.00 evitando así la obligatoriedad de la utilización del sistema financiero"*, con lo que se entiende que la administración tributaria no negaba que las operaciones con FUENTESTELAR S.A. fuesen menores a $5.000, las cuales incluso constan en la resolución impugnada, indicaba en su análisis, que se trataba de varias facturas por supuestas operaciones, todas ellas inferiores a esa cantidad, para evitar el uso del sistema financiero, y así evadir el control de la administración, dando a entender que las supuestas transacciones se realizaron en efectivo, con el fin de que sean reconocidas las mismas, aun cuando éstas eran carentes de esencia económica, análisis que sumado al extenso examen del cumplimiento del círculo contable, era la debida motivación del mismo respecto de los valores determinados; que como lo indica la Corte Nacional de Justicia, debía demostrarse de manera efectiva la realización la transferencia del bien, lo cual no ocurrió dentro del proceso; que siempre se discutió la esencia económica de las supuestas transacciones realizadas entre CONSORCIO PUYANGO y FUENTESTELAR S.A., y no respecto a bancarización, por lo tanto, el Tribunal a *quo* incurrió en una indebida aplicación del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, lo cual fue determinante en su parte dispositiva, por cuanto se declaró la invalidez de la resolución impugnada, argumentándose que: *"6.5 (...) Por lo expuesto, en sede administrativa el Servicio de Rentas Internas no motivó adecuadamente su acto administrativo*…", cuando lo que correspondía era que el Tribunal a *quo*, una vez confirmada la debida motivación del acto en torno a esencia económica, aplique el art. 17 del Código Tributario y el numeral 16 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; que

habiéndose trabado la *litis* respecto a la deducibilidad de los supuestos costos y gastos incurridos, le correspondía al Tribunal a *quo* pronunciarse respecto a la esencia económica de las supuestas transacciones realizadas con FUENTESTELAR S.A. (art. 17 del Código Tributario: calificación del hecho generador), y a la deducibilidad de aquellos costos y gastos alegados (numeral 16 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno), sin embargo en ninguna parte de su sentencia aplica dichas normas, sino que, no sólo en el punto 6.4 analiza el tema de la bancarización aplicando indebidamente el art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sino que en el punto 6.5 incurre nuevamente en la aplicación indebida del citado artículo; los recurrentes luego de transcribir el numeral 6.5 de fallo analizado, resaltando que: *"En el presente caso, el contribuyente CONSORCIO PUYANGO demostró en la fase administrativa todas las facturas que obedecen a las compras que por concepto de materiales realizó a FUENTESTELAR S.A., por debajo de los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, donde no existía la obligatoriedad del uso del sistema financiero por el monto de las compras, como lo establece la norma antes descrita. Por lo expuesto, en sede administrativa el Servicio de Rentas Internas no motivó adecuadamente su acto administrativo…"*, de lo que afirman que, efectivamente la bancarización, es un requisito de deducibilidad según el art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto a operaciones económicas superiores a los $5.000, pero lo que se estaba discutiendo en sede judicial no era sí el CONSORCIO PUYANGO hubiere cumplido con dicha exigibilidad legal, sino respecto a la esencia económica de las supuestas transacciones descritas en las copias certificadas de las 56 facturas emitidas por FUENTESTELAR S.A., que fueron presentadas ante la administración tributaria, así como respecto a toda la investigación y análisis realizado tendiente a demostrar la carencia de aquella esencia, lo cual deja en evidencia que se configuró la aplicación indebida de la mencionada norma legal; que la aplicación indebida del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, influyó de forma directa en la resolución de la causa, al haber sido determinante en su parte dispositiva, por cuanto se declaró la invalidez de la resolución impugnada argumentándose que: a) En sede administrativa el Servicio de Rentas Internas no motivó adecuadamente su acto administrativo, cuando lo que correspondía era que el Tribunal a quo, sin entrar a temas que no eran materia de litigio como la bancarización, confirme la debida motivación del acto en torno a esencia económica, por cumplir lo establecido en el art. 81 del Código Tributario y art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador, y proceda a aplicar el art. 17 del Código Tributario y el numeral 16 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, b) Todos los costos y gastos efectuados por CONSORCIO PUYANGO, detallados en las copias certificadas de las 56 facturas emitidas por FUENTESTELAR S.A., *"obedecen a las compras que por concepto de materiales realizó a FUENTESTELAR S.A., por debajo de los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América; donde no existía la obligatoriedad del uso del sistema financiero por el monto de las compras"*, sin entrar a analizar lo que correspondía, esto es, la esencia económica de las supuestas transacciones económicas celebradas entre CONSORCIO PUYANGO y FUENTESTELAR S.A., que era materia fundamental de litigio, es decir, el debate respecto a la calificación del hecho generador contenido en el art. 17 del Código Tributario, así como la deducibilidad de los costos y gastos discutidos de conformidad con el numeral 16 del Art. 10 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. **Falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario, así como del numeral 16 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.-** Dicen los recurrentes que cuando la administración tributaria, ejerce su facultad determinadora consagrada en el art. 68 del Código Tributario, busca establecer la "existencia del hecho generador del tributo", y por ende, de esta facultad se deriva la potestad contenida en el art. 17 del Código Tributario, de proceder a la "calificación del hecho generador del tributo", razón por la cual, en el procedimiento de verificación del correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, detectó diferencias en la declaración del Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2011 del contribuyente CONSORCIO PUYANGO; que el contribuyente presentó copias certificadas de 56 facturas emitidas por FUENTESTELAR S.A., por concepto de las supuestas ventas que le había realizado durante el período fiscal 2011, sin embargo, las mismas no fueron consideradas como deducibles por carecer de sustancia económica, habiéndose notificado la Liquidación de Pago por Diferencias; que el examen de la sustancia económica, al que hace referencia el Tribunal a *quo* en el numeral 6.5 del fallo analizado, comprendía toda la recopilación de información efectuada por la administración tributaria

cuyo análisis expresaba principalmente que, a) Que no todos los gastos efectuados son deducibles, los gastos para ser deducibles, deben cumplir con los requisitos formales que la ley ha previsto para el efecto, este criterio de ninguna manera implica que los requisitos formales sean los únicos necesarios para que los gastos se consideren deducibles, pues a más de estos requisitos formales, es preciso que la esencia de los negocios jurídicos que subyacen a los elementos formales tengan el sustento conceptual correspondiente; que para que un gasto se considere deducible es preciso que concurran dos requisitos: de un lado, que el mismo esté vinculado razonablemente a la generación de ingreso presente o futuro, real o potencial; y, por otro, que cumpla con los requisitos formales determinados por la ley para sustentarlo; que el gasto cuestionado del CONSORCIO PUYANGO, no guarda relación razonable con el ingreso del contribuyente FUENTESTELAR S.A., por tanto se convierte en un gasto no deducible, acorde al art. 10 de la Ley de Régimen Tributario establece; b) Que la actividad económica principal registrada por la compañía FUENTESTELAR S.A., durante el período fiscal 2011, era la venta al por mayor de minerales metalíferos: minerales y concentrados de hierro y de metales no ferrosos, sin embargo, no existía coherencia dentro de la actividad realizada por el contribuyente FUENTESTELAR S.A., puesto que supuestamente compró USD $16.262.935,46 en gramos de oro, pero sólo vendió USD $ 5.075.644,76 gramos de dicho mineral, mientras que la mayor parte de sus supuestas ventas, esto es, USD $ 10.013.11,08 fueron de otros bienes y servicios tales como: materiales de construcción, materiales eléctricos, insumos para camaronera, fertilizantes e insumos agrícolas, repuestos automotrices, equipos satelitales, sistemas de recepción satelital, mano de obra de levantamiento y digitación de inventario y concentrado de cobre, lo cual no es posible debido a que sólo adquirió USD $ 38.234,03 en materiales de construcción, por lo que no es razonable vender bienes que no fueron adquiridos; que el contribuyente CONSORCIO PUYANGO, supuestamente realizó compras a la compañía FUENTESTELAR S.A., por un monto de $ 234.468,05, durante los meses de agosto, septiembre y octubre del año 2011, entre los productos que supuestamente adquirió se encuentran materiales de construcción, tal como consta en el cuadro No. 10 de la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración del Impuesto a la Renta del período fiscal 2011; que la compañía FUENTESTELAR S.A., supuestamente vendía bienes de diferentes tipos y en grandes cantidades, lo que implicaba que debía contar con una infraestructura física donde almacenar y exhibir sus productos, así como una estructura organizacional para manejar y administrar un gran negocio, pues por su nivel de ingresos (17 millones de dólares aproximadamente) bien se lo podría comparar con grandes y conocidas cadenas de distribución, incluso en el Sistema Nacional de RUC registró establecimientos en Guayaquil y Machala, y al realizarse la verificación por parte de la administración tributaria, se trataba de viviendas en donde sus propietarios no tenían conocimiento sobre la existencia de la compañía FUENTESTELAR S.A.; que era incongruente que con la magnitud de la compañía conforme su volumen de ventas y de compras, no contara con personal, para su normal desenvolvimiento, tampoco con vehículos registrados a su nombre, tal como se verificó en el Sistema de Matriculación Vehicular, pues se entiende que debía realizar la distribución de sus mercaderías en vehículos adecuados para la entrega, incluso al carecer de este tipo de activos, deberían constar como rubros importantes la contratación de proveedores de este servicio, lo cual no constaba en la base de datos de la administración tributaria, y se trata de un negocio que se activa sólo en el año 2011; c) Que las facultades de las que está investida la administración tributaria le permiten verificar el irrestricto cumplimiento de las normas por parte de los contribuyentes; es por ello que, tanto en la liquidación de pago por diferencias en la declaración, como en la resolución de reclamo administrativo, se verificaron los documentos de soporte de los gastos deducibles del ejercicio fiscal 2011 presentados por el propio actor, lo cual implicaba que la administración tributaria analice el hecho económico, como aquella figura de calificación del hecho generador, atendiendo a la realidad de los hechos más que a las formas jurídicas que los representan, en función del art. 17 del Código Tributario; que esta interpretación de las normas tributarias con arreglo a su significación económica y a la delimitación del hecho generador, atendiendo a conceptos económicos, que supone el tener en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen, es la que se aplicó en la resolución de redamo administrativo; que demostrada la debida motivación de la

resolución impugnada, en torno a la falta de esencia económica de los gastos alegados por CONSORCIO PUYANGO, y habiéndose trabado la *litis* respecto a la deducibilidad de los mismos, respecto a las alegadas compras realizadas a FUENTESTELAR S.A., correspondía que el Tribunal a *quo* se pronuncie respecto a la esencia económica de las transacciones antes mencionadas (art 17 del Código Tributario: calificación del hecho generador), y a la deducibilidad de los costos y gastos alegados (numeral 16 del art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno). **Falta de aplicación del Precedente Jurisprudencial Obligatorio contenido en la Resolución 07-2016, publicada en el Registro Oficial suplemento 894 de 1 diciembre de 2016.-** Señalan los casacionistas que la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado en varias de sus sentencias respecto a la deducibilidad de un gasto (Recurso 162-2012, 324-2012, 24-2012, 471.2012), y se refieren a los fundamentos del precedente, citando su art. 3, y señalan que habiéndose trabado la *litis*, respecto a la deducibilidad de los supuestos costos y gastos incurridos por parte de CONSORCIO PUYANGO, correspondía al Tribunal *a quo* pronunciarse respecto a la esencia económica de las supuestas transacciones realizadas con FUENTESTELAR S.A., y a la deducibilidad de aquellos costos y gastos alegados; que dado el extenso análisis contenido en el acto impugnado y su antecedente, respecto a la esencia económica de las supuestas transacciones realizadas entre CONSORCIO PUYANGO y FUENTESTELAR S.A. correspondía que el Tribunal *a quo* aplique el precedente jurisprudencial obligatorio citado, a efecto os de determinar que no se cumplía con el círculo contable completo, pues no podía existir fuente de la obligación, dado que FUENTESTELAR S.A. tenía reportadas supuestas compras por un valor de USD $38,234,03 en materiales de construcción, pero según los comprobantes de venta entregados por CONSORCIO PUYANGO, le había vendido $234.468,05, lo cual no resulta razonable, ya que no se puede vender bienes que no fueron adquiridos, menos aún si reporta ventas por casi 17 millones de dólares, pero no cuenta con la infraestructura física, y el recurso humano suficiente para realizar la actividad económica; todo lo cual hace imposible que se hubiese dado efectivamente la transferencia del bien, que daba como resultado final la no deducibilidad de los gastos contenidos en las copias certificadas de las 56 facturas emitidas por FUENTESTELAR S.A. al CONSORCIO PUYANGO; que la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio citado influyó de forma determinante en la decisión tomada por la Sala de instancia.

1.3 Como se mencionó *ut supra*, mediante auto de 20 de julio de 2017, las 14h12; y, el auto de aclaración de 22 de agosto de 2017, las 09h13, la doctora Julieta Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó de ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la administración tributaria, exclusivamente por los cargos de ***aplicación indebida*** del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno; ***falta de aplicación*** de los arts. 17 del Código Tributario, y 10 numeral 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, ***falta de aplicación*** de la Resolución No. 07-2016 publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 894 del 1 de diciembre de 2016, al amparo de la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación, concediendo a la empresa accionante el término de cinco días para que de contestación fundamentada al recurso interpuesto, acorde al art. 13 de la misma ley.

1.4 El sujeto pasivo CONSORCIO PUYANGO, no ha dado contestación al recurso interpuesto por la administración tributaria.

1.5 El Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, *"… declara CON LUGAR la demanda presentada por la señora Zoila Beatriz Sánchez Apolinario, en calidad de Representante Legal de CONSORCIO PUYANGO y por los derechos que representada de la misma, consecuentemente se declara la invalidez de la Resolución No. 107012015RREC000302, de fecha 13 de enero de 2015, dictada por la Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas…".*

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud de las Resoluciones Nos. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y 341-2014 de 17 de diciembre de 2014, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como por el sorteo que consta en el proceso y en atención a lo previsto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República Ecuador, 185 segunda parte, número 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y articulo 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 La administración tributaria, según el auto de admisibilidad del recurso de casación, al amparo de la **causal primera**, formula el siguiente cargo en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas: **Cargo único: "*Aplicación indebida*"** del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que conllevó a la **"*falta de aplicación*"** de los arts. 17 del Código Tributario; 10.16 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, del Precedente Jurisprudencial Obligatorio expedido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, contenido en la Resolución No. 07-2016, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 894 del 1 de diciembre de 2016.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN 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, tienen por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2 La administración tributaria invoca en su recurso la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación, que 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 en su parte dispositiva*". Esta causal es conocida en la doctrina como la violación directa de la Ley y que de configurarse el yerro jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. La causal primera tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se constituya la misma se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido; esta violación puede estar dada por ***aplicación indebida*** que se presenta cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; es decir, el juez hace obrar la norma a una situación no prevista o regulada por ella; la ***falta de aplicación***, en cambio, es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas o preceptos jurídicos que debían aplicarse a una situación concreta, conduciendo a un error grave en la decisión final; mientras que la *errónea interpretación* de normas de derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador. La invocación de la causal conlleva que la Sala de Casación verifique si la sentencia emitida por el Tribunal *a quo* riñe con el derecho (*error in iudicando*); es decir, que los hechos sobre los que se discutió en la Sala de instancia han sido dados por ciertos y aceptados por las partes procesales, por lo que, no se podrán volver a analizar las pruebas presentadas por las partes dentro de la instancia.

5.3 Los recurrentes acusan a la sentencia de instancia de incurrir en los vicios de *aplicación indebida y la falta de aplicación* de las normas de derecho señaladas en el numeral 4.1 del presente fallo, cuyos textos son los siguientes:

CÓDIGO TRIBUTARIO

"***Art. 17.- Calificación del hecho generador.-*** *Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen*".

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO

"***Art. 10.- Deducciones.-*** *En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.*

En particular se aplicarán las siguientes deducciones: (…)

***16.-** (…) Sin perjuicio de las disposiciones de este artículo, no serán deducibles los costos o gastos que se respalden en comprobantes de venta falsos, contratos inexistentes o realizados en general con personas o sociedades inexistentes, fantasmas o supuestas".*

***"Art. 103.- Emisión de Comprobantes de Venta.-** Los sujetos pasivos de los impuestos al valor agregado y a los consumos especiales, obligatoriamente tienen que emitir comprobantes de venta por todas las operaciones mercantiles que realicen. Dichos documentos deben contener las especificaciones que se señalen en el reglamento (…)*

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, a través de giros, transferencias de fondos, tarjetas de crédito y débito y cheques.

Para que el costo o gasto por cada caso entendido superior a los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América sea deducible para el cálculo del Impuesto a la Renta y el crédito tributario para el Impuesto al Valor Agregado sea aplicable, se requiere la utilización de cualquiera de los medios de pago antes referidos, con cuya constancia y el comprobante de venta correspondiente a la adquisición se justificará la deducción o el crédito tributario…".

RESOLUCIÓN No. 07-2016 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL OBLIGATORIO (Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016)

GASTO DEDUCIBLE PARA EL CÁLCULO DEL IMPUESTO A LA RENTA

***"Art. 3.- DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE, el siguiente punto de derecho:** "Para que un gasto sea considerado como deducible a efecto del cálculo del Impuesto a la Renta, se debe tener en cuenta que, además del cumplimiento de los requisitos formales, debe tener una secuencialidad formal - material, demostrándose sustentadamente a través de la emisión de los comprobantes de venta, retención y complementarios, forma de pago, acreditación en cuenta en favor del beneficiario y la verificación de la fuente de la obligación que demuestre que efectivamente se haya realizado la transferencia del bien o que se haya prestado el servicio", reiterado en las sentencias que se detallan en el numeral anterior.; y en tal virtud declarar que CONSTITUYE PRECEDENTE OBLIGATORIO a partir de la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial".*

5.4 En relación a la ***aplicación indebida*** alegada por el recurrente, el autor Luis Armando Tolosa Villabona manifiesta 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. A la norma se la entiende rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos que no contempla".* (Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Colombia, 2008, pág. 361). Sobre el vicio de ***falta de aplicación,*** esta Sala Especializada señala que, doctrinariamente *"…el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica…".* Murcia Ballén, Humberto, 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá - Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., pág. 327); Luis Armando Tolosa Villabona, en referencia a la falta de aplicación dice: *"Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…"* (Tolosa Villabona, Luis Armando,. 2008, Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá - Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 359); es decir, la falta de aplicación se configura cuando el juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que, de haberlo hecho, habrían determinado que las decisiones adoptadas en sentencia fuesen diferentes de las acogidas.

5.5 El cuestionamiento principal que formulan los casacionistas a la sentencia de instancia es que, lo que se discutió en el proceso contencioso tributario es la esencia económica de las transacciones realizadas entre el CONSORCIO PUYANGO, y la compañía FUENTESTELAR S.A., y no respecto de su bancarización, por lo tanto el Tribunal *a quo* incurrió en una indebida aplicación del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, lo cual fue determinante en su parte dispositiva del fallo recurrido, por cuanto se declaró la invalidez de la resolución impugnada, argumentando que el Servicio

de Rentas Internas no motivó adecuadamente su acto administrativo, cuando lo que correspondía por parte del Tribunal de instancia es que, al haberse trabado la *litis* respecto a la deducibilidad de los costos y gastos del actor, éste debía pronunciarse respecto de la sustancia económica de las transacciones realizadas con la compañía FUENTESTELAR S.A., es decir, sostienen que se debió aplicar el art. 17 del Código Tributario (calificación del hecho generador); el art. 10.16 de la Ley de Régimen Tributario Interno (deducibilidad), así como el precedente jurisprudencial obligatorio No. 07-2016, publicado en el suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre de 2016.

5.5.1 El Tribunal de instancia en relación a la alegación de la parte recurrente, manifestó: "**6.4.-** *De la revisión de los antecedentes que sirvieron para la resolución que es el acto administrativo impugnado y materia de la litis en este proceso, la administración tributaria al considerar al contribuyente FUENTESTELAR S.A. como una empresa fantasma o inexistente, indica que las ventas que éste realizó al contribuyente CONSORCIO PUYANGO no poseen sustancia económica y por lo tanto procede a determinar como gasto no deducible el valor de USD$ 234,468.05. La Sala al momento de realizar el análisis de los antecedentes que sirvieron para la emisión del acto administrativo, observa que existen ciertas situaciones que no guardan una relación lógica y coherente, en los enunciados esgrimidos por la autoridad tributaria. El contribuyente CONSORCIO PUYANGO presentó a la autoridad tributaria copias certificadas de las facturas del proveedor FUENTESTELAR S.A., y detalle en medio magnético y se observa que todas estas facturas están por debajo de los USD$ 5,000 (Cinco mil dólares 00/100 de los Estados Unidos de América), y por ende dichos pagos no eran exigibles a través del sistema financiero, es decir, que para realizar los pagos no era obligación que el contribuyente acuda a alguna de las instituciones financieras nacionales para proceder a pagar esas facturas, de conformidad a lo que establece en los incisos tercero y cuarto del Art. 103 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, que señala: "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, a través de giros, transferencias de fondos, tarjetas de crédito y débito, cheques o cualquier otro medio de pago electrónico. Para que el costo o gasto por cada caso entendido superior a los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América sea deducible para el cálculo del Impuesto a la Renta y el crédito tributario para el Impuesto al Valor Agregado sea aplicable, se requiere la utilización de cualquiera de los medios de pago antes referidos, con cuya constancia y el comprobante de venta correspondiente a la adquisición se justificará la deducción o el crédito tributario.". **6.5.-** Lo anterior, es reconocido expresamente por la propia Administración Tributaria en la resolución que es materia de impugnación, y que consta de foja 3 a 27 del expediente (página 20 de la resolución). En cuanto a la (sic) transacciones el análisis que realiza la autoridad tributaria del contribuyente FUENTESTELAR S.A., es que en el ejercicio fiscal 2011 compró USD$ 16,292,935.43 de gramos de oro y vendió solamente USD$ 5,075,644.76 gramos de oro, y que luego de varios requerimientos de información a terceros constató que este contribuyente vendió USD$ 10,013,111.08 en bienes y servicios tales como: materiales de construcción, materiales eléctricos, insumos para camaronera, fertilizantes e insumos agrícolas, repuestos automotrices, equipos satelitales, sistemas de recepción satelital, etc., indica que respecto de los materiales de construcción no es posible que haya vendido un valor tan alto puesto que sólo adquirió en el ejercicio fiscal 2011, el valor de USD$ 38,234,03 en materiales de construcción. Algo que llama la atención a la Sala es una inconsistencia encontrada en el acto administrativo impugnado cuando en la página 18 (foja 11 vta del expediente administrativo), en la comparecencia de la representante legal de FUENTESTELAR S.A., la Sra. Flores Rubio Liliana Mireya, indica que la actividad comercial de la empresa era el negocio del oro, compra y venta de oro, materiales de construcción e insumos agrícolas. Mientras tanto, en el mismo acto administrativo en la página 30 (17 vta del expediente administrativo), la autoridad tributaria indica que la representante legal de FUENTESTELAR S.A., la Sra. Flores Rubio Liliana Mireya mencionó que ésta se dedicaba a la venta de oro, como constaba su actividad en el RUC, y que los comprobantes de venta que soportan las transacciones del contribuyente CONSORCIO PUYNAGO (sic), corresponden a la compra o adquisición de materiales de construcción, y no considera las otras actividades que la misma representante legal de la empresa mencionó en su comparecencia de fecha 01 de julio de 2013 en las oficinas de la administración tributaria. La administración tributaria indica que examinó la sustancia económica objetiva de las transacciones y que en el caso de las transacciones comerciales entre CONSORCIO*

PUYANGO por sus compras a FUENTESTELAR S.A. por el monto de USD$ 234,468.05 no demuestran la suficiente sustancia económica para ser reconocido como un gasto realmente efectuado, por lo tanto a criterio de la administración (sic) como un gasto no deducible para el impuesto a la renta del año 2011. El contribuyente CONSORCIO PUYANGO dentro de la fase administrativa para demostrar su actividad económica y la realidad de sus transacciones comerciales, en este caso de sus compras, adjuntó comprobantes de venta recibidos por la adquisición de bienes y/o servicios, procedió a adjuntar declaraciones juramentadas y comprobantes de venta notariados de personas naturales cuyos servicios fueron contratados para realización de trabajos de construcción como el realizado en el sistema de alcantarillado de la parroquia la Victoria del cantón Las Lajas. Estas facturas recibidas fueron pagadas en efectivo mediante retiros de una cuenta de ahorros y la efectivización de cheques de una compañía relacionada SIELE S.A., así mismo adjuntó un reporte impreso de los pagos realizados por la adquisición de bienes y servicios, copias notariadas de microfilms de cheques constantes en su estado de cuenta, transferencias de dinero, y retiros de dinero en efectivo, por parte del CONSORCIO PUYANGO como de su relacionada SIELE S.A. La norma del artículo 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno es clara al señalar que para operaciones de más de cinco mil dólares existe la obligatoriedad de utilizar el sistema financiero, y para que ese costo o gasto sea deducible cuando supera los cinco mil dólares se requiere obligatoriamente la constancia del pago o transacción y el comprobante de venta correspondiente a la adquisición. En el presente caso, el contribuyente CONSORCIO PUYANGO demostró en la fase administrativa todas las facturas que obedecen a las compras que por concepto de materiales realizó a FUENTESTELAR S.A., por debajo de los cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, donde no existía la obligatoriedad del uso del sistema financiero por el monto de las compras, como lo establece la norma antes descrita. Por lo expuesto, en sede administrativa el Servicio de Rentas Internas no motivó adecuadamente su acto administrativo en virtud de todo lo expuesto en el presente numeral de esta sentencia".

5.5.2 Con estos antecedentes, para resolver el problema jurídico planteado este Tribunal de casación considera: **i)** Como quedó señalado *ut supra*, la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia; **ii)** Constan como hechos probados en la sentencia recurrida (fs. 574 vta.), los siguientes: "**6.4.-** *…El contribuyente CONSORCIO PUYANGO presentó a la autoridad tributaria copias certificadas de las facturas del proveedor FUENTESTELAR S.A., y detalle en medio magnético y se observa que todas estas facturas están por debajo de los USD$ 5,000 (..), y por ende dichos pagos no eran exigibles a través del sistema financiero, es decir, que para realizar los pagos no era obligación que el contribuyente acuda a alguna de las instituciones financieras nacionales para proceder a pagar esas facturas, de conformidad a lo que establece en los incisos tercero y cuarto del Art. 103 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno…"; **"6.5** …En cuanto a la (sic) transacciones el análisis que realiza la autoridad tributaria del contribuyente FUENTESTELAR S.A., es que en el ejercicio fiscal 2011 compró USD$ 16,292,935.43 de gramos de oro y vendió solamente USD$ 5,075,644.76 gramos de oro, y que luego de varios requerimientos de información a terceros constató que este contribuyente vendió USD$ 10,013,111.08 en bienes y servicios tales como: materiales de construcción, materiales eléctricos, insumos para camaronera, fertilizantes e insumos agrícolas, repuestos automotrices, equipos satelitales, sistemas de recepción satelital, etc., indica que respecto de los materiales de construcción no es posible que haya vendido un valor tan alto puesto que sólo adquirió en el ejercicio fiscal 2011, el valor de USD$ 38,234,03 en materiales de construcción. Algo que llama la atención a la Sala es una inconsistencia encontrada en el acto administrativo impugnado cuando en la página 18 (foja 11 vta del expediente administrativo), en la comparecencia de la representante legal de FUENTESTELAR S.A., la Sra. Flores Rubio Liliana Mireya, indica que la actividad comercial de la empresa era el negocio del oro, compra y venta de oro, materiales de construcción e insumos agrícolas. Mientras tanto, en el mismo acto administrativo en la página 30 (17 vta del expediente administrativo), la autoridad tributaria indica que la representante legal de FUENTESTELAR S.A., la Sra. Flores Rubio Liliana Mireya mencionó que ésta se dedicaba a la venta de oro, como constaba su actividad en el RUC, y que los comprobantes de venta que soportan las transacciones del contribuyente CONSORCIO PUYNAGO (sic), corresponden a la compra o adquisición de materiales de construcción, y no considera las otras actividades que la misma representante legal de la empresa mencionó en su comparecencia…"* ***iii)*** El art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es el que establece la obligación de los sujetos pasivos de la

emisión de comprobantes de venta por todas las operaciones mercantiles que realicen, y particularmente se establecen dos supuestos respecto a las operaciones de más de cinco mil dólares, el primero, en que se establece la obligatoriedad de utilizar a cualquier institución del sistema financiero para realizar el pago, a través de giros, transferencias de fondos, tarjetas de crédito y débito y cheques; y, el segundo, que para que el costo o gasto por cada caso entendido sea deducible para el cálculo del Impuesto a la Renta, se requiere la utilización de cualquiera de los medios de pago antes referidos, con cuya constancia y el comprobante de venta correspondiente a la adquisición se justificará la deducción. Por su parte el art. 10.16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, determina que no serán deducibles los costos o gastos que se respalden en comprobantes de venta falsos, contratos inexistentes o realizados en general con personas o sociedades inexistentes, fantasmas o supuestas. En tanto que, en lo relativo al art. 17 del Código Tributario, se ha de observar que su segundo inciso, permite tomar en cuenta el factor económico por sobre las formas jurídicas, es decir, dicha norma tiene relación con lo que la doctrina conoce como **el principio de la esencia sobre la forma,** esto es, que se pueden desconocer las formas jurídicas utilizadas por las partes y verificar la verdadera esencia económica que está detrás de dichas situaciones formales, con el único objeto de identificar y establecer la real ocurrencia de un determinado hecho económico, supliendo la forma en muchos casos; de ahí que la aplicación del segundo inciso del art. 17 del Código Tributario, mandatoriamente dispone que: "*Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen*", en otras palabras, la ley tributaria debe ser aplicada haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas, en cuyo caso la Administración Tributaria cuenta con la facultad de calificar los hechos generadores conforme a su esencia sobre la forma adoptada por los contribuyentes, tomando en cuenta las relaciones económicas que efectivamente existan. Y la Resolución No. 07-2016, que constituye un precedente jurisprudencial obligatorio, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 894 del 1 de diciembre de 2016, establece que para que un gasto sea considerado como deducible, este debe cumplir con los requisitos formales y materiales para este fin. **iv)** En la especie, según el mismo texto de la sentencia recurrida (fs. 574 vta.), el principal cuestionamiento de la controversia gira en torno a que se considera al contribuyente FUENTESTELAR S.A., como una empresa "*fantasma o inexistente",* y por tanto las ventas realizadas por esta empresa a la actora, no poseen "*sustancia económica",* Sobre el tema, se observa en el considerando 6.4 de la sentencia analizada, que a decir del Tribunal de instancia, existen ciertas situaciones que no guardan relación lógica y coherente en los enunciados de la administración tributaria, como el que la compañía actora presentó copias certificadas de las facturas del proveedor FUENTESTELAR, cuyos valores están por debajo de los USD$ 5.000,00, sosteniendo que, por tanto los pagos no eran exigibles a través del sistema financiero, sustentando dicha afirmación en el art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno; luego, en el considerando 6.5 de su fallo, el Tribunal a quo, al referirse al contenido del acto impugnado, dice que el análisis realizado por la administración tributaria del contribuyente FUENTESTELAR S.A., es que, dicha compañía compró en el año 2011 USD$ 16.292.935,43 gramos de oro, y vendió USD$ 5.075.644,76 gramos de oro; y, que por requerimiento de información de terceros, se constató que el mismo contribuyente vendió USD$ 10.013.111,08 en bienes y servicios, tales como: materiales de construcción materiales eléctricos, insumos para camaroneras, fertilizantes e insumos agrícolas, repuestos automotrices, equipos satelitales, sistemas de recepción satelital, etc., señalando que en el caso de los materiales de construcción, dicho proveedor de la actora, solo adquirió en año 2011 el valor de USD$ 38.234,03; además el Tribunal de instancia señala que, le llama la atención una inconsistencia en el acto administrativo impugnado, ya que, la representante legal de la empresa FUENTESTELAR S.A., al comparecer ante la autoridad tributaria, señaló que la actividad de la compañía que ella representa, es la compra y venta de oro, materiales de construcción e insumos agrícolas, en tanto que en el acto impugnado se señaló que dicha representante legal mencionó que dicha compañía se dedicaba la compra venta de oro, como consta en su RUC, y que los comprobantes que sustentas las transacciones de la actora, corresponden a la compra de materiales de construcción, sin considerar las otras actividades que la misma representante legal de la proveedora mencionó en

su comparecencia; y es en base a estos argumentos que la Sala de instancia llega a concluir que el Servicio de Rentas Internas, no motivó adecuadamente el acto administrativo ahora impugnado. Se infiere entonces que a criterio de la Sala de instancia, por el hecho de que las facturas del proveedor FUENTESTELAR S.A., son inferiores a los cinco mil dólares, no era necesario para su pago el uso del sistema financiero (bancarización), y que con ello se desvanece la presunción de que dichas operaciones (ventas del proveedor) carecen de esencia económica, asociando dicho argumento a que la representante legal de la compañía proveedora, afirma que es parte de las operaciones de la compañía la compra venta de materiales de construcción. En definitiva, constan como hechos probados, por una parte, que el monto de los documentos de sustento de las operaciones de la actora con la compañía FUENTESTELAR S.A., son inferiores a los cinco mil dólares, lo que aunado al objeto de la *litis* reconocido por los juzgadores de instancia, conlleva fundamentalmente a considerar que, al no existir controversia respecto a la bancarización de las compras realizadas por la compañía actora, se vuelve en inoficiosa e improcedente la apreciación del Tribunal de instancia al exponer que *"…que para realizar los pagos no era obligación que el contribuyente acuda a alguna de las instituciones financieras nacionales para proceder a pagar esas facturas…"*, pues, en el presente caso no se encontraba en controversia la obligación de utilizar el sistema financiero para considerar a las adquisiciones de la actora como un gasto deducible del impuesto a la renta, como lo señala el art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sino que, el objeto de la litis se centraba en que las operaciones realizadas por la compañía CONSORCIO PUYANGO (por las adquisiciones) con la compañía FUENTESTELAR S.A. (por las ventas), carecían de sustancia económica objetiva, es decir, a criterio de la administración tributaria, la compañía proveedora de los materiales de construcción, por sus propias operaciones, es considerada como una compañía inexistente, cuya consecuencia es que dichas operaciones carecen de esencia económica; dicho argumento de la administración es confirmado por la Sala a quo, ya que, consta también como hecho probado en el fallo examinado, el que del análisis realizado por parte de la autoridad tributaria (como parte de sus facultades) a la compañía FUENTESTELAR S.A., se identificó que ésta adquirió oro en gramos por un valor de USD$ 16.292.935,43, sin embargo, sus ventas se conforman de: USD$ 5.075.644,76 de gramos de oro, y USD$ 10.013.111,08, entre bienes y servicios tales como: materiales de construcción, materiales eléctricos, insumos para camaroneras, fertilizantes e insumos agrícolas, repuestos automotrices, equipos satelitales, sistemas de recepción satelitales, etc., y específicamente de los materiales de construcción, la administración tributaria determina que FUENTESTELAR S.A. únicamente habría adquirido en el período 2011 USD$ 38.234,03; de este hecho probado se puede inferir que, se denota efectivamente una inconsistencia en las operaciones realizadas por este contribuyente, que conlleva sin lugar a dudas a establecer la falta de esencia económica de dichas operaciones, pues, si dicho proveedor adquirió únicamente USD$ 38.234,03 de materiales de construcción (en valores monetarios), implicaría que la misma empresa al vender la totalidad de sus adquisiciones (materiales de construcción) a la compañía CONSORCIO PUYANGO, el valor de USD$ 234.468,05, habría vendido dichos productos con una rentabilidad superior al 600% (en el supuesto de la venta total del inventario de materiales de construcción adquiridos), lo cual evidencia justamente la carencia de esencia económica de esta operación así entendida, o en su defecto, vendió en valores monetarios, lo que no mantenía como inventario, es decir, aparentó vender materiales de construcción, apoyándose económicamente en las compras de gramos de oro, que realmente fue su mayor adquisición, o dicho de otra manera compró oro y vendió materiales de construcción, operación que igualmente conduce a que exista una falta de esencia económica; de aquí que, cualquiera que sea el supuesto utilizado por este proveedor, efectivamente permite evidenciar una falta de razonabilidad de dichas operaciones, lo que conlleva *prima facie,* a establecer un deficiencia en la sustancia económica de dichas operaciones. A más de lo expuesto, se debe considerar que, para que un gasto se considere deducible acorde a la Ley de Régimen Tributario Interno, entre otros requisitos, es necesario que éste tenga relación directa la generación del ingreso gravado, de aquí que, no solo que las operaciones de empresa proveedora FUENTESTELAR S.A., evidencian una carencia de esencia económica, sino que, el tipo de productos vendidos (materiales de construcción) por el proveedor FUENTESTELAR S.A., y adquiridos por el CONSORCIO PUYANGO, no tienen relación directa a la actividad de la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

compañía actora, razón por la cual dichos gastos carecen de esencia económica, respecto a su actividad económica, aspecto que no ha sido desvirtuado por la compañía actora, ante la presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo impugnado, y que erradamente el Tribunal juzgador pretende justificar al manifestar (fs. 575) que: *"…El contribuyente CONSORCIO PUYANGO dentro de la fase administrativa para demostrar su actividad económica y la realidad de sus transacciones comerciales, en este caso de sus compras, adjuntó comprobantes de venta recibidos por la adquisición de bienes y/o servicios, procedió a adjuntar declaraciones juramentadas y comprobantes de venta notariados de personas naturales cuyos servicios fueron contratados para realización de trabajos de construcción como el realizado en el sistema de alcantarillado de la parroquia la Victoria del cantón Las Lajas…"*; y luego vuelve a insistir en su razonamiento respecto a la bancarización de dichos documentos, con sustento en el art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, lo cual le lleva a concluir erradamente y sin fundamento que: *"…el Servicio de Rentas Internas no motivó adecuadamente su acto administrativo…"*, ya que, como hemos observado de los hechos probados, existió la debida justificación del criterio utilizado por la autoridad tributaria en el caso en particular. **v)** A criterio de esta Sala de Casación, si bien es cierto que la normativa constitucional y tributaria exige que las resoluciones y los actos administrativos de los poderes públicos deberán ser motivados (art. 76.7 letra l) de la Constitución y art. 81 del Código Tributario), este deber no se ve afectado por el hecho de que la administración tributaria en su acto haya considerado la relación económica subyacente para establecer la no deducibilidad de los gastos registrados por la actora, como consecuencia de que las actividades operativas de la empresa FUENTESTELAR S.A., hayan carecido de la necesaria esencia económica, pues como se señaló ut supra, el vender a la actora materiales de construcción con un sobre valor del 600% (acorde a las adquisiciones) o en su defecto vender simuladamente mercancía que no poseía, conlleva justamente a la presunción de falta de esencia económica de dichas operaciones; de aquí que, si dichas operaciones carecen de esencia económica en su origen, es evidente que el registro contable como gastos deducibles de los materiales de construcción, carecen también de esencia económica, siendo por tanto no deducibles para la compañía CONSORCIO PUYANGO; y, en el mismo sentido, la actora al haber registrado en su contabilidad como gasto deducible dichas adquisiciones de materiales de construcción, tampoco toma en cuenta que, para determinar la base imponible del impuesto a la renta, se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos, es decir, se deducirán los gastos relacionados a la actividad económica del sujeto pasivo, por lo tanto, era obligación de la accionante el justificar, cómo estos gastos coadyuvaron a la generación del ingreso gravable, lo cual no se evidencia en el presente caso, ante lo cual, no se puede descuidar el hecho que la cuenta materiales de construcción per se, es una cuenta de activo y no de gasto, ya que por su naturaleza se vincula a la construcción de bienes inmuebles, lo que nuevamente ratifica la deficiencia en la sustancia económica de las operaciones así registradas. Es oportuno recordar que para que un gasto sea considerado como deducible, éste debe cumplir con los requisitos formales y materiales para tal fin, entonces ante la evidente falta de esencia económica de las operaciones realizadas por la compañía proveedora, concordante además, con la falta de esencia económica del registro contable por parte de la compañía CONSORCIO PUYANGO, es notorio el incumplimiento de la materialidad de las citadas operaciones, lo que conlleva en sí mismo, a una distorsión en la realidad económica y material, cuyo objeto es el de modificar la base imponible del impuesto a la renta (por el uso de comprobantes de venta), con fines fiscales, motivo por el cual se hace imprescindible el revisar la subyacencia de dichos actos o determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible. En este sentido, en el presente caso, es perfectamente aplicable el segundo inciso del art. 17 del Código Tributario, que a letra dispone: *"Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen"*, fundamento normativo por el cual, es posible analizar lo que realmente desea hacer el contribuyente (*intentio factis)* o sus fines perseguidos, respecto a la figura jurídica (*intentio juris*) utilizada; en este contexto, al haberse desdeñado por parte del Tribunal de instancia, la carencia de esencia económica de las operaciones del proveedor FUENTESTELAR S.A., así como del registro como gasto deducible por parte de la compañía

actora de dichas operaciones, y remitirse exclusivamente al art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto a la bancarización de los pagos de dichas transacciones, con el objeto de desvirtuar la falta de esencia económica de las operaciones señaladas, conlleva a la indebida aplicación de dicho art. 103, pues, no se desconoció por parte de la administración tributaria el gasto por falta de la concebida bancarización, sino que se desconoció el gasto de materiales de construcción por falta de esencia económica, lo que denota el yerro del Tribunal de instancia al no aplicar el precepto contenido en el art. 17 del Código Tributario, y más específicamente en su inciso segundo, ya que, ante la falta de esencia económica señalada, se debía proceder a analizar la subyacencia de dichas operaciones económicas, con el objeto de determinar la verdadera intención económica del contribuyente, y así calificar el actuar de la compañía actora, en aplicación del principio de esencia sobre la forma. Además es indudable que ante esta falta de esencia económica de las operaciones de la empresa FUENTESTELAR S.A., la Sala a quo, incurre en una falta de aplicación del numeral 16 del 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, ya que dicha norma determina con claridad que no serán deducibles los costos o gastos que se respalden en comprobantes de venta realizados en general con sociedades inexistentes, fantasmas o supuestas, que es justamente el fundamento por el cual se establece la falta de esencia económica de las operaciones así efectuadas, y por lo tanto, la consecuencia es que el gasto por compra de materiales de construcción, es un gasto no deducible para el CONSORCIO PUYANGO, lo cual fue evidentemente omitido por el Tribunal *a quo.* Se debe anotar que la línea jurisprudencial plasmada en el precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución No. 07-2016, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 894 del 1 de diciembre de 2016, ratifica el criterio mantenido por esta Sala Especializada, en el sentido de que un gasto para que se considere deducible a más de cumplir con los requisitos formales, éste debe mantener una secuencia formal y material (Ver recursos 334-2016 y 344-2016), de ahí que en el caso en particular, esta secuencia formal y material se ve interrumpida, debido a que al ser las operaciones inexistentes en su origen (FUENTESTELAR), no se ha verificado la fuente de la obligación, y por lo tanto tampoco se ha demostrado que la transferencia de los bienes se haya efectuado, lo que provoca que el registro contable con cargo al gasto realizado por el CONSORCIO PUYANGO, se convierta en un gasto no deducible, debido a que éste registró operaciones carentes de esencia económica, bajo las circunstancias anotadas *ut supra*, de tal forma que la línea jurisprudencial contenida en la referida Resolución, no solo que es perfectamente aplicable al caso en particular, sino que dicha resolución es congruente con el principio de esencia sobre la forma, por lo que su aplicación era necesaria para la decisión de la causa, y sin embargo de esto, no fue advertido por el Tribunal juzgador al emitir su fallo. Por todo lo expuesto, este Tribunal de casación considera que en la especie, sí se configuran los cargos de indebida aplicación del art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno, falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario, falta de aplicación del art. 10.16 de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución No. 07-2016, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N o. 894 del 1 de diciembre de 2016, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, invocada por el Servicio de Rentas Internas.

6. DECISIÓN

6.1 Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario**, Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República,** resuelve:

7. SENTENCIA:

7.1 CASAR la sentencia de 22 de mayo de 2017, las 15h27, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

7.2 RATIFICAR la legitimidad y validez jurídica de la Resolución No. 107012015RREC000302 de 13 de enero de 2015, emitida por la Directora Provincial de El Oro del Servicio de Rentas Internas

7.3 Sin costas.

7.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dr. Rómulo Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV
Resolución Nro. *411-2018*
Recurso Nro. *09501-2017-00257*
Fecha: *28 de septiembre del 2018*

TEMA: Aplicación de métodos de valoración de determinación del valor en aduana de las mercancías importadas por parte de la SENAE. Valoración de las mercancías en aduana y su carácter confidencial o protegido que consta en las bases de datos de la SANAE.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor comparece a juicio impugnando la Resolución Nro. SENAE-DGN-2017-0062-RE de rectificación de tributos por valores FOB de mercancías de las declaraciones aduaneras de importación, emitida por el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

El actor considera que el funcionario aduanero al realizar la rectificación de tributos descarta los métodos de valoración sin fundamentar uno a uno los métodos para descartarlos. Por su parte la autoridad demandada no plantea excepciones previas.

El Tribunal determina que las características de las mercancías referidas en las facturas solo sirven para determinar la descripción de la mercancía, ya que las cifras constantes no coinciden entre lo declarado y lo transferido al exterior. Por su parte el informe pericial sostiene que debía aplicarse el sexto método de valoración y no el tercero.

Por otra parte sostiene que de conformidad a lo dispuesto en la Decisión 571 de la Comunidad Andina, el valor en aduanas de las mercaderías importadas no se determinará por el valor de la transacción, ya sea por falta de respuesta del importador como cuando las pruebas aportadas no sean idóneas o suficientes para demostrar la veracidad o exactitud del valor. Por tanto al no poder aplicar el primer método de valoración, consideran que es pertinente utilizar el valor de transacción de mercancías similares y para determinar esto se debe considerar entre otros factores, su calidad, prestigio comercial y marca.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil sostiene que dejó de motivarse la rectificación de tributos en lo que corresponde a la identificación de los referentes empleados para la modificación del valor en aduana, y que la administración aduanera efectuó determinaciones sin dar detalles ni identificar el origen del comparable. Por estas consideraciones declara con lugar la demanda y deja sin efecto la resolución impugnada.

SÍNTESIS CASACIÓN

El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador impugna la sentencia sustentando su recurso en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, ya que considera que no se ha aplicado los artículos 41 de la Resolución 1684 de la Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, el artículo 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; artículo 62 de la Resolución 846 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571; y 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

La Sala Especializada de lo Tributario de la Corte Nacional de Justicia señala que el artículo 41 de la Decisión 1684 impone los pasos que debe cumplir la administración aduanera para la aplicación del tercer método de valoración de mercancía en aduana, esto implica que primero se debe identificar qué otras mercancías importadas pueden

ser consideradas similares, y luego determinar si las mercancías comparadas han sido vendidas al mismo nivel comercial. A éste respecto, el Tribunal de instancia se basa en el" Trato Aplicable a los Vehículos de Motor Usados", mientras que las mercancías importadas corresponden al rubro de las fotocopiadoras, por tanto se dejó de aplicar lo dispuesto en los artículos 41 y 42 de la Resolución 1684 que se refiere a la Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571, esta falta de aplicación tuvo trascendencia en la decisión puesto que se ocasionó perjuicio al Servicio Nacional de Aduana.

Por otro lado en relación a la falta de aplicación del artículo 225 del Código Orgánico de la Producción y del artículo 63 numerales 2 y 4 de la Resolución 1684, que se refiere al contenido protegido de la base de datos del SENAE, la Sala considera que bien pudo el actor solicitar al Tribunal de Instancia que ordene judicialmente que el SENAE revele dichos valores, que era la única vía para revelar ésta información, necesaria para poder realizar la comparación aplicable al método de valoración y poder sustentar motivadamente la resolución. Por esta razón, la Sala considera que el hecho de que no se revele la información comercial con la que se comparó el valor de las mercancías, no constituye falta de motivación.

En virtud de lo expuesto, toda vez que las conclusiones del Tribunal a quo, transgreden la normativa interna y externa aplicable a la información protegida, la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, casa la sentencia y declara la legitimidad y validez de la resolución de rectificación de tributos expedida por la SENAE.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2017-00257-COGEP

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
Quito, viernes 28 de septiembre del 2018, las 15h04.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el abogado Isidro Andrey Sellan Deleg, en calidad de Procurador Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), en contra de la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2017, a las 09h35, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2017-00257, propuesto por el señor Cristóbal Fernando Espinoza Macías, en calidad de representante legal de la compañía FAXMIR S.A., en contra de la Resolución No. SENAE-DGN-2017-0062-RE, emitida por el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, el 16 de enero de 2017, que ha declarado sin lugar el reclamo administrativo de impugnación No. 373-2016, interpuesto por la referida compañía, y en consecuencia ha ratificado la legalidad y validez del acto administrativo contenido en la Rectificación de Tributos No. JRP1-2016-0349-D001, suscrita por el Director Regional 1 de Intervención de la Dirección Nacional de Intervención del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- El abogado Isidro Andrey Sellan Deleg, en calidad de Procurador Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el 7 de septiembre de 2017, a las 09h35, en la que: "… *DECLARA CON LUGAR LA DEMANDA, DEJÁNDOSE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA Y LA DETERMINACIÓN QUE FUE SU ANTECEDENTE…*".

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, Conjuez de esta Sala, en el que califica de ADMISIBLE el recurso de casación, exclusivamente por el cargo de *falta de aplicación* de los arts. 41 de la Resolución No. 1684, de la "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduanas de las Mercancías Importadas"; 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 62 de la Resolución No. 846 del "Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas"; (actual art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN); y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), al amparo del caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos.

1.2.2 Sorteo de la causa número 09501-2017-00257, efectuado por la Presidencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante el que se radicó la competencia en el Tribunal de Casación integrado por el doctor José Luis Terán Suárez, Juez Nacional Ponente; la doctora Ana María Crespo Santos, Jueza Nacional; y, el doctor Rómulo Darío Velástegui Enríquez, Juez Nacional.

1.2.3 Auto de 12 de septiembre de 2018, las 13h18, 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 lunes 24 de septiembre de 2018, a las 11h30, 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: Las partes procesales a través de sus procuradores judiciales: Por el recurrente Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), el Ab. Luis Renato Salas Erazo, Mat. Foro Abogados 09-2017-120, CC: 0603793175; y, por la parte actora, compañía FAXMIR S.A., el Ab. Mario Enrique Lozada Chávez, Mat. Foro Abogados 09-2010-0443, CC. 0918856980, quienes presentaron sus argumentos y alegaciones en defensa de sus mandantes, conforme consta en el Acta que obra a fojas 35 y 35 y vuelta del expediente de casación.

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. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 y 009-2018 del 23 enero de 2018, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero 2018 y 02-2018 de 1 de febrero de 2018, 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 aduanera, en la fundamentación del recurso de casación y en la audiencia convocada para conocer y resolver el mismo, sustentó el recurso en el caso 5 del art. 268 del COGEP, por cuanto a criterio del recurrente la sentencia dictada por el Tribunal de instancia se encuentra viciada de **falta de aplicación** de los

artículos 41 de la Resolución No. 1684 de la "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduanas de las Mercancías Importadas"; 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 62 de la Resolución No. 846 del "Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (actual art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN); y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC).

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación interpuesto por el abogado Isidro Andrey Sellan Deleg, en calidad de Procurador Judicial del Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), se fundamenta en el caso 5 del art. 268 del COGEP que establece: *"Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto"*. Este caso es conocido en la doctrina como la violación directa de la Ley y que de configurarse el yerro jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. El caso quinto del art. 268 del COGEP tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se configure el mismo se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido; esta violación puede estar dada por aplicación indebida que se presenta cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; es decir, el juez hace obrar la norma a una situación no prevista o regulada por ella; ***la falta de aplicación***, en cambio, es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas o preceptos jurídicos que debían aplicarse a una situación concreta, conduciendo a un error grave en la decisión final; mientras que la errónea interpretación de normas derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador. Por lo tanto, la invocación del caso quinto conlleva a que la Sala de Casación verifique si la sentencia emitida por el Tribunal a quo riñe con el derecho (error *in iudicando*); es decir, que los hechos sobre los que se discutió en la Sala de instancia han sido dados por ciertos y aceptados por las partes procesales, por lo que, no se podrán volver a analizar las pruebas presentadas por las partes dentro de la instancia.

3.1.1 El Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, a través de su defensa técnica, en la audiencia convocada para conocer y resolver el presente recurso de casación, alegó y argumentó lo siguiente: Que la controversia tiene como antecedente el inicio del control posterior a la importación realizada por la compañía FAXMIR S.A., bajo los referendos 028-2014-10-00129251 y 028-2014-10-00538109, de FOTOCOPIADORAS RICOH; que la auditoría inició mediante oficio JRP1-2016-0349-R001 de 18 de febrero de 2016, notificado con fecha 08 de marzo de 2016, en el cual, se solicitó documentación bancaria y contable específica, con el fin de constatar el valor pagado a su proveedor en el exterior, con el valor declarado en aduana; que el importador no presentó la documentación requerida durante el control posterior; concluyendo éste con la Rectificación de Tributos Nro. JRP1-2016-0349-R001, en aplicación del tercer método de valoración: mercancías similares; que la compañía FAXMIR, presentó reclamo administrativo signado con el No. 373-2016, sin presentar la documentación solicitada por la administración aduanera en etapa de control posterior; que ante la ausencia de elementos que desvirtúen la duda razonable detectada en el proceso de la rectificación de tributos, concluyó sin lugar el reclamo administrativo; que en cuanto al objeto de la controversia fijado por la Sala de instancia *"…6.1.3) Determinar si fue aplicado correctamente el tercer método de valoración…"*, en el considerando 7.8 de la sentencia, se señala: *"…En caso de que se considere que las mercancías comparables son idénticas a las que fueron objeto de ajuste, y que pese a ello la administración aduanera las ha considerado semejantes, ello no acarrea impacto tributario alguno. Pues no existen diferencias entre el segundo y el tercer método de valoración (salvo la condición de igualdad o similitud de las mercancías). en cuanto a las otras condiciones exigidas para que aplique el segundo o tercer método (proximidad en el tiempo, origen y cantidades), por lo que no constituiría motivo alguno de nulidad que la administración haya*

considerado como similares mercancías que en realidad son idénticas … ", es decir la Sala determina que el método a aplicarse para la valoración de la mercancía en análisis, es el tercer método de valoración de la mercancía en aduana, esto es el método del valor de transacción de mercancías similares; que el art. 41 de la Decisión 1684, establece los aspectos generales de aplicación del tercer método de valoración y la manera de cómo debe aplicarse este método de valoración, así: *"2. La Administración Aduanera tendrá en primer lugar que identificar cuáles otras mercancías importadas pueden ser consideradas como similares y. a continuación, comprobar que correspondan a valores en aduana establecidos con el Método del Valor de Transacción (…) 3. Al aplicar este método. el valor en aduana se determinará utilizando el Valor de Transacción de Mercancías Similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración."*; que este artículo impone los pasos que debe cumplir la administración aduanera para la aplicación del tercer método de valoración de mercancía en aduana: es decir se debe: Identificar cuáles otras mercancías importadas pueden ser consideradas como similares, y para su aplicación se debe determinar que las mercancías comparadas han sido vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades, lo cual es corroborado en el art. 42 de la Resolución No. 1684 Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas; que esta normativa impone que para la aplicación del tercer método de valoración de la mercancía en aduana, se debe recurrir a estos articulados, y en cumplimiento a éstos se verifica si la mercancía cumple con los elementos exigidos, es decir esta normativa impone la manera de cómo se aplica el tercer método de valoración y los ajustes que debe hacer la aduana para su aplicación; que la Sala en el punto 7.9 de su sentencia se basa en el *"ESTUDIO: TRATO APLICABLE A LOS VEHÍCULOS DE MOTOR USADOS"*, señalando que de conformidad con el **ESTUDIO 1.1.- TRATO APLICABLE A LOS VEHÍCULOS DE MOTOR USADOS**, la administración aduanera para la aplicación de cualquier método secundario en mercancías usadas debía realizar un análisis del nivel de uso e incluso de reparación, restauración, instalación de accesorios, cuando la precitada norma lo único que analiza y regula es la valoración de los vehículos de motor usado; que al aplicar los parámetros contendidos en este estudio, dejó de aplicar lo dispuesto en los arts. 41 y 42 de la Resolución No. 1684 Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas, mismo que señala y dispone los criterios y procedimientos para la aplicación del tercer método de valoración de la mercancías, es decir se debe determinar que las mercancías comparadas han sido vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades. **Incidencia o trascendencia del vicio en la decisión**.- Que como consecuencia del vicio, se declaró con lugar la demanda presentada por un importador que no justificó la veracidad de los valores declarados en aduana por sus mercancías importadas, **LO CUAL INCLUSO FUE RATIFICADO POR LA SALA**, en el numeral 7.5 de la sentencia, ocasionando un perjuicio a los intereses del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, y al Estado; que la Sala contraviene normativa supranacional que respalda la manera cómo se aplica el tercer método de valoración de mercancías en aduana, ya que al disponer que la administración aduanera tenía la obligación de realizar un análisis del nivel de uso e incluso de reparación, restauración, instalación de accesorios para la comparación de mercancías usadas, pretende que el SENAE inaplique y transgreda normativa que determina taxativamente los elementos y procedimientos comparativos para la aplicación del tercer método de valoración de mercancía en aduana; que en el punto 7.12 de la sentencia que se recurre, la Sala asocia la motivación de la rectificación de tributos (antecedente del acto impugnado), con la revelación del valor en aduana de las mercancías similares con el que se ha comparado para realizar el respectivo ajuste de valor al precio declarado por el importador en aduana, inobservando las normas acusadas de su falta de aplicación en el presente recurso, que prohíben tales exigencias; que conforme a los arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), 63 numerales 2 y 4 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" de la Comunidad Andina de Naciones, y 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, NO PODRÍA REVELAR EL CONTENIDO DE SU BASE DE VALOR como lo manifiesta la Sala en su sentencia, ya que

su contenido es información protegida, y además ÚNICAMENTE MEDIANTE ORDEN JUDICIAL, ésta puede ser revelada, ya que dichas normas le brindan el carácter de información reservada; que el art. 225 del COPCI señala que: "*El contenido de las base de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida...*", lo cual se corrobora en el numeral 4 del art. 63 de la Resolución 1684 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (anterior art. 62 de la Resolución 846 de la CAN); que cuando existan motivos para descartar el primer método de valoración (Valor de la transacción), como lo dispone el art. 17 de la Decisión 571 de la CAN, **TAL COMO ASÍ LO HA CORROBORADO EL TRIBUNAL EN LA PRESENTE SENTENCIA, HA OCURRIDO EN EL PRESENTE CASO**; se procede a la aplicación de los métodos secundarios de valoración, utilizando la información de transacciones comerciales contenidas en la Base de Datos del SENAE, información que según la normativa nacional como el art. 225 del COPCI así como la supranacional como en el numeral 4 del art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN (anterior art. 62 de la Resolución 846 de la CAN), le brindan el carácter de CONFIDENCIAL a dicha información; el recurrente se pregunta: ¿Pero qué significa que dicha información de transacciones comerciales sea de carácter confidencial?, sostiene que la respuesta está en el mismo art. 63 pero numeral 2 de la Resolución 1684 de la CAN, mismo que dispone que justamente por tener carácter confidencial dicha información comercial, ya que fue aportada por otros importadores con la finalidad de que dicha información NO SEA DIVULGADA, sino únicamente para objeto de estudio de la Administración Aduanera, no puede ser revelada sino bajo la misma autorización de quien la proporcionó, o en su defecto por orden judicial; que esto guarda relación con el art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el cual tampoco fue considerado por la Sala; que conforme lo establece el precepto universal sobre la carga de la prueba, cada parte está obligada a probar sus alegaciones, en virtud de dicho razonamiento de la Sala, de conformidad con el art. 63 pero numeral 2 de la Resolución 1684 de la CAN, la parte actora pudo solicitar al Tribunal de instancia que ordene judicialmente que el SENAE revele dicho valores, ya que dicha forma era la única vía para poder revelar lo que la Sala tanto exige que forme parte de la motivación de la rectificación de tributos; que el art. 225 del COPCI, es claro respecto a la calidad de "información protegida" de los datos que reposan en la Base de Datos del SENAE, y dicha calificación que le otorga la propia ley, no puede ser una arbitrariedad; que dicha información es RESTRINGIDA por su naturaleza y por la utilidad que la misma reviste para efectos de realizar las acciones de control a las que está facultado el SENAE, por lo que si la Sala de instancia, aplicando el principio de legalidad quería revisar si el acto que sirvió de antecedente a la resolución impugnada se encontraba debidamente motivado, ésta debió aplicar la normativa señalada como infringida ya que la misma debió ser aplicada al verificar la legalidad de la rectificación de tributos, ya que dichas normativas PROHÍBEN lo que la Sala pretende que el SENAE cumpla; que la Sala señala en su sentencia que: "*no existe ninguna constancia de cuál es el valor en aduana de las mercancías similares con el que se ha comparado para la aplicación de este método*", sin embargo, CON DICHO ARGUMENTO DEJA DE APLICAR LO DISPUESTO EN LAS NORMAS ANTES SEÑALADAS QUE AMPARAN LA CONFIDENCIALIDAD DE LA BASE DE VALOR, y que más bien limitan a la administración aduanera de NO poder brindar o "individualizar" con fecha y número de refrendo que se extrajo para hacer el respectivo ajuste sin orden judicial como requiere la Sala, por ser información comercial por su naturaleza y por ende de carácter confidencial, ya que de lo contrario, el SENAE estaría infringiendo lo dispuesto en las normas de la CAN así como del art. 225 del COPCI; el casacionista cita extractos de los fallos Nos. 17751-2016-0381, 17751-2016-0364, 17751-2014-0538, 17751-2016-0446, 17751-2016-0047, 17751-2016- 0527, 17751-2016- 0521, 17751-2016- 0603, emitidos por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia; que la Sala en el punto 7.9 de su sentencia, señala que de conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal l), para que el acto administrativo de rectificación de tributos cumpla con el requisito de la motivación, el mismo al momento de la aplicación del tercer método de valoración de mercancías en aduana, debe divulgar la información de los comparables y esta afirmación "... debe estar respaldada con nombres y apellidos de o los importadores que han realizado la misma importación, del mismo producto, del mismo país de origen, dentro del mismo tiempo de la

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

importación... "; que si bien es cierto que toda decisión judicial y administrativa debe contener los requisitos para su motivación, para que de aquella forma todo sujeto (pasivo en el presente caso) pueda contradecir en lo que se crea afectado; no es menos cierto que en materia de valoración aduanera, de conformidad con el art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN, el sujeto pasivo debe solicitar mediante **ORDEN JUDICIAL** la revelación de los refrendos utilizados para el respectivo ajuste de valor que fueron extraídos de la Base de Valor del SENAE, **de aquella forma el sujeto tendría la oportunidad de defenderse de creerlo conveniente, y el SENAE no contradeciría normativa comunitaria alguna actuando de oficio**; que de ahí que la decisiones tomadas por la administración aduanera no cumplan con lo dispuesto el art. 76 numeral 7 de la Constitución es FALSO, ya que la misma se encuentra enmarcada dentro de la legislación vigente y cumple con los presupuestos jurídicos contemplados en el art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución del Ecuador, en concordancia con el art. 81 del Código Tributario, es decir el acto administrativo impugnado señala claramente cuáles son las normas legales en la que se fundamenta la decisión tomada, así como la pertinencia de la aplicación de las normas de derecho y métodos de valoración, en relación a los hechos sujetos a controversia. **Incidencia o trascendencia del vicio en la decisión**.- Que como consecuencia trascendental del vicio en la decisión tomada por el Tribunal de instancia, se procedió a declarar con lugar la demanda; que la Sala está contraviniendo normativa supranacional que respalda la manera cómo se aplica el tercer método de valoración de mercancías en aduana, ya que al disponer que la administración aduanera tenía la obligación de realizar un análisis del nivel de uso e incluso de reparación, restauración, instalación de accesorios para la comparación de mercancías usadas, pretende que el SENAE inaplique y transgreda normativa que determina taxativamente los elementos y procedimientos comparativos para la aplicación del tercer método de valoración de mercancía en aduana.

3.1.2 Por su parte, la defensa técnica de la compañía FAXMIR S.A., a través de su procurador judicial Ab. Mario Enrique Lozada Chávez, con cédula de ciudadanía No. 0918856980 y matrícula profesional No. 09-2010-0443, argumentó y alegó lo siguiente: Que una de las facultades que posee la Aduana es el control que realiza sobre las importaciones, y que los jueces de instancia observaron que esta facultad se cumplió en el presente caso; que sin embargo, acorde al art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, y el art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), relativo a la exhibición de la información por orden judicial, la Sala a quo deja constancia que en la audiencia preliminar, y básicamente en el proceso, que esta orden (de exhibición de información), si consta y que además consta el oficio de aplicación del método en estudio; que al actor le corresponde justificar el primer método de valoración, esto es el método de transacción de mercancías y que a la Aduana le correspondía justificar el tercer método de valoración; que en este caso se trata de copiadoras usadas que deben ser valoradas por un perito independiente, por lo que no es suficiente mencionar que se aplicó el tercer método de valoración de mercancías, sino que debió demostrarse que la comparación entre la mercancías es la pertinente, y en este sentido el actor se señala a fallos dictados por la Corte Constitucional, los mismos que se refieren a la motivación que deben contener los actos administrativos; insiste en el hecho de que solicitó en la audiencia preliminar, esta información protegida, y por lo tanto consta en el expediente el oficio respectivo; que la Aduana por consiguiente, no aplicó correctamente el tercer método de valoración, ya que los comparables no son los que demuestran dicha aplicación, y que justamente dicha aplicación de los comparables es lo que se alegó en la audiencia de juicio; que la Aduana al hacer el ajuste del valor de la mercancía importada, jamás demostró en vía judicial, que está aplicado correctamente el tercer método de valoración; que en el numeral 7.10 de la sentencia analizada, se señala que uno de los ítems no corresponde al método de valor en aduana, es decir que son distintos los comparables y que además uno de ellos no concuerda con el valor FOB; que hay una contradicción en el informe del perito de la administración aduanera ya que concluye que la comparación está mal realizada, lo que evidencia que el acto administrativo carece de motivación, e insiste que la información se solicitó en sede judicial y que dicho oficio consta dentro del expediente.

3.2 De la resolución del problema jurídico planteado.- El casacionista manifiesta que en la sentencia recurrida *existe falta de aplicación* de los arts.

41 de la Resolución No. 1684 de la "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduanas de las Mercancías Importadas"; 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 62 de la Resolución No. 846 del "Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (actual art. 63 de la Resolución 1684 de la CAN); y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), conforme consta en los argumentos detallados en el considerando 3.1.1 de esta sentencia. Consecuentemente, a fin de establecer si se configura o no el cargo alegado, este Tribunal Especializado empieza su análisis transcribiendo las normas derecho que el recurrente estima infringidas.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES

*"**Art. 225**.- Base de datos.- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y el Servicio de Rentas Internas, cuando éstas lo requieran, tendrán libre acceso y sin restricciones, ya sea vía informática o física, y en forma permanente y continua, a toda la información de las actividades de comercio exterior que repose en los archivos y bases de datos del Banco Central del Ecuador, Policía de Migración, Registro Civil, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Superintendencias, Agencia de Calidad del Agro, Instituto Ecuatoriano de Normalización, Registro Mercantil, Unidad de Inteligencia Financiera y demás entidades que participan en el comercio exterior ecuatoriano directa o indirectamente. Los servidores públicos que no entreguen la información o que pongan obstáculos o interferencias para obtenerlas, serán sancionados con la destitución de sus cargos.*

El contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida, su acceso no autorizado o la utilización indebida de la información contenida en ella, será sancionado conforme el Código Penal".

RESOLUCIÓN No. 1684 "ACTUALIZACIÓN DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE LA DECISIÓN 571 VALOR EN ADUANA DE LAS MERCANCÍAS IMPORTADAS" DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES"

"Artículo 41.- Aspectos Generales de Aplicación.

1. Cuando no se pueda aplicar el Método del Valor de Transacción de Mercancías Idénticas, el valor en aduana se establecerá según el Método del Valor de Transacción de Mercancías Similares teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 3 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, su Nota Interpretativa y las definiciones y requisitos del artículo 15 del mismo Acuerdo.

2. La Administración Aduanera tendrá en primer lugar que identificar cuáles otras mercancías importadas pueden ser consideradas como similares y, a continuación, comprobar que correspondan a valores en aduana establecidos con el Método del Valor de Transacción, según lo dispuesto en el capítulo I anterior. Dichos valores deberán haber sido previamente aceptados por la aduana cumpliendo con lo señalado en el párrafo 4 de la Nota Interpretativa al artículo 3 del acuerdo mencionado y según lo dispuesto en el artículo 60 de este Reglamento.

3. Al aplicar este método, el valor en aduana se determinará utilizando el Valor de Transacción de Mercancías Similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración. De comprobarse diferencias en el nivel comercial y/o en la cantidad que influyan en el precio o en el valor, se harán los ajustes necesarios, de conformidad con lo previsto en el Comentario 10.1 del Comité Técnico de Valoración.

Si por el contrario, las diferencias atribuidas al nivel comercial y/o a la cantidad no influyen en el precio o en el valor, se utilizará el valor de transacción previamente identificado como una venta de mercancía similar, sin efectuar ajuste alguno por estos conceptos".

***"Artículo 63**. Obligación de suministrar información.*

1. Para comprobar y/o determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, el importador o cualquier persona directa o indirectamente relacionada con las operaciones de importación de las mercancías de que se trate o con las operaciones posteriores relativas a las mismas mercancías, así como cualquier otra persona que posea los documentos y datos de la Declaración en Aduana de las mercancías importadas y de la Declaración Andina del Valor, estarán obligados a suministrar de manera oportuna, la información, documentos y pruebas que a tal efecto le sean requeridos por la Autoridad Aduanera, en la forma y condiciones establecidas por las legislaciones nacionales.

2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la información suministrada, que por su especial naturaleza, sea confidencial o aportada con ese carácter, no será revelada por la Autoridad Aduanera sin la expresa autorización de la persona o del gobierno que la haya proporcionado, salvo orden de autoridad judicial.

3. Los documentos privados como son, los contratos, en especial los de compraventa, de propiedad intelectual, de licenciamiento, de distribución, entre otros, y en general, la información relativa a la negociación e importación de la mercancía, por su naturaleza serán considerados confidenciales y no podrán ser hechos públicos, sujetándose a lo dispuesto en el inciso anterior. 4. La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la Administración Aduanera, constituyen información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo".

ACUERDO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO VII DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO DE 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC)

*"**Artículo 10**. Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial".*

3.2.1 De la revisión de la sentencia impugnada se advierte que el Tribunal a quo en el numeral 6.1 (fs. 2135), al referirse al objeto de la controversia, expone: *"…El objeto de la controversia se contrajo a: 6.1.1) Determinar si debe aplicarse el primer método de valoración; 6.1.2) Determinar si se fundamentó el descarte del segundo método de valoración; 6.1.3) Determinar si fue aplicado correctamente el tercer método de valoración; 6.1.4) Determinar si se ha violado el derecho de igualdad en lo que respecta al tratamiento de la administración aduanera sobre otras importaciones en lo que tiene que ver con la aceptación de facturas consolidadas"*. De los cuatro puntos controvertidos, por tener relación con el objeto del presente recurso de casación, nos interesa el tercer punto "6.1.3", que se refiere a la aplicación del tercer método de valoración (mercancías similares). Sobre la aplicación de este método, el Tribunal de instancia realiza su análisis, para lo cual, en el considerando SEXTO, numeral 6.10 (fs. 2135 vta. y 2136) señala: *"6.10) De la documentación referente a los comparables empleados en la aplicación del método secundario de valoración (fojas 1851 a 1935 vuelta) así como el análisis pericial en lo que respecta a tales comparables (páginas 12 a 27, fojas 2080 vuelta a 2088) se evidencia que todos son productos usados, de la misma marca que la mercancía objeto de ajuste; y que además todos, salvo un ítem (el 13, páginas 16 y 17 del informe pericial, fojas 2082 vuelta a 2083), los productos importados y los comparables seleccionados son del mismo modelo 6.11) En cuanto a las cantidades, las importadas por el actor son de un solo dígito al igual que los comparables empleados, salvo los ítem 23, 27, 6, 8, 13 y 18…"*. El Tribunal de instancia acota en el considerando SÉPTIMO, numeral 7.5 (fs. 2136 y vta.) que: "… *La parte actora, para desvanecer los supuestos en que se basó la administración para la rectificación de tributos, confirmada en la resolución impugnada, debía justificar las inconsistencias de la documentación que entregó (diferencias entre montos facturados y montos transferidos). Conforme a lo referido en los apartados 6.4 a 6.7 de esta sentencia, no lo hizo, por lo que se considera procedente el descarte del primer método de valoración que la administración aduanera realizó*"; y luego de citar la normativa pertinente a la valoración de la mercancía importada en aduana, en el numeral 7.8 (fs. 2137) sostiene que: "…*Como quedó evidenciado en el apartado 6.10 del numeral 6 de esta sentencia, los productos comparables son, al igual que la mercancía objeto de ajuste, usados y de la misma marca; y que en su inmensa mayoría, los productos comparables eran del mismo modelo que las mercancías objeto de ajuste. En caso de que se considere que las mercancías comparables son idénticas a las que fueron objeto de ajuste, y que pese a ello la administración aduanera las ha considerado semejantes, ello no acarrea impacto tributario alguno, pues no existen diferencias entre el segundo y el tercer método de valoración (salvo la condición de igualdad o similitud de las mercancías), en cuanto a las otras condiciones exigidas para que aplique el segundo o tercer método (proximidad en el tiempo, origen y cantidades), por lo que no constituiría motivo alguno de nulidad que la administración haya considerado como similares mercancías que en realidad son idénticas. Pese a lo ya indicado, debe analizarse si mercancías usadas pueden ser consideradas como iguales o incluso similares*"; de lo que se infiere que las mercancías comparadas, y que fueron objeto de ajuste por la administración aduanera, son del mismo modelo (salvo 1 ítem), pero en cantidades diferentes (sin exceder de 1 dígito), sin embargo el criterio de dicha Sala es que aun cuando las mercancías son "idénticas", el que la administración aduanera las

haya considerado "similares", esto no tiene ningún impacto tributario, a pesar de ello diferencian tanto la condición de "igualdad" (idéntica) del segundo método de valoración de las mercancías, y la condición de "similitud" del tercer método de valoración (a más de las otras condiciones), concluyendo al respecto que este obrar de la administración (utilizar los comparables como similares), no constituye motivo de nulidad (del acto impugnado); es decir, la misma Sala está aceptando la correspondencia de aplicación del tercer método de valoración de las mercancías, esto es el de mercaderías "similares"; luego la Sala juzgadora en el numeral 7.9 (fs. 2137), a pesar de reconocer que la Resolución 961 de la Comunidad Andina "Procedimiento de los Casos Especiales de Valoración Aduanera", establece en términos generales que aplican los mismos métodos de valoración ante el descarte del primer método, a efecto de que pueda aplicarse el valor unitario del comparable; dice que debe asegurarse que se trate de bienes intercambiables, razón por la cual sostiene que las normas de valoración (Reglamento de la Resolución 846, y de la Resolución 1684, de la Decisión 571), recogen el "ESTUDIO 1.1.- TRATO APLICABLE A LOS VEHÍCULOS DE MOTOR USADOS", afirmando de este estudio que: "*El referido estudio analiza únicamente lo referente a los vehículos de motor, sin embargo su reflexión apunta a que el nivel de uso e incluso de reparación, restauración, instalación de accesorios, que dificultan la comparabilidad. En este caso no ha existido análisis alguno respecto al nivel de uso de los bienes objeto de ajuste de valor y el nivel de uso de los comparables*"; es decir, para la Sala de instancia, la administración aduanera para la aplicación del tercer método de valoración (como método secundario), en que se reajusta los valores de mercancías usadas con base en los comparables, debe primero realizar un análisis del nivel de uso, que incluiría la reparación, restauración e instalación de accesorios, de esas mercancías importadas usadas, lo cual transgrede la norma específica que señala expresamente los elementos y procedimientos comparativos para la aplicación del tercer método de valoración (art. 41 de la Resolución 1684); y luego en el numeral 7.10 dice: "…*El informe pericial del ingeniero Carlos Vallejo Veloz, que en su sustentación reveló que de uno de los ítem (sic) no correspondía el método de valoración tercero, especifica en varios ítem (sic) la aplicación de comparables de mercancía importada bajo condiciones de negociación distintas al FOB. Aunque ese particular no ocasiona necesariamente que el valor unitario revelado en los cuadros del informe, hayan incluido los valores de flete y seguro imputables a esos bienes; no hay una explicación en ese sentido que permita asegurar que la referencia a otros incoterm no se refleja en los valores unitarios que se aplicaron como comparables*"; posteriormente en el numeral 7.11 (fs. 2137 vta.) el Tribunal juzgador concluye que: "…*ha quedado evidenciado que la forma de aplicación del método secundario de valoración no ha sido realizada en forma tal que permita asegurar una condición de intercambiabilidad de las mercancías, que es la condición para aplicar el método de valoración secundario, más aún cuando en varios rubros no puede asegurarse ni siquiera que el valor unitario era el FOB*". Finalmente, el Tribunal a quo en el numeral 7.12, sostiene que "…*En todo caso, la información de los comparables no fue proporcionada en los actos de determinación, lo que fue uno de los reproches efectuados en la demanda "la aduana en su acto administrativo de rectificación de tributos señala que reajusta el valor de las mercancías argumentando que en su base de valor se encuentran precios similares a los declarados, esta afirmación no está respaldada con nombres y apellidos de o los importadores que han realizado la misma importación, del mismo producto, del mismo país de origen, dentro del mismo tiempo de la importación 2014" (página 22, foja 1798 vuelta). En consecuencia, dejó de motivarse la rectificación de tributos en lo que corresponde a la identificación de los referentes empleados para la modificación del valor en aduana de las mercancías en función de métodos secundarios de valoración. En la resolución impugnada tampoco se identificaron los referentes. La motivación debe ser efectuada en la determinación y no posteriormente. Si se permite a la administración aduanera efectuar determinaciones desde una base de datos, sin dar el mínimo detalle de aquella ni revelar identificar el origen del comparable que la conforma y que se aplica al caso específico, no habría la seguridad (al momento en que el sujeto pasivo recibe el acto de determinación) de que esa base de datos está conformada por datos reales e idóneos, esto es, de una importación con valor de transacción, respecto de mercancía lo más similar posible, importada en el tiempo lo más aproximado posible, y del mismo país de exportación; e indicando si hay un solo comparable, o si habiendo varios comparables, el seleccionado es el de más bajo valor. La referencia a que se accedió a una base de datos, sin identificar los detalles de cada uno de los referentes que se aplican, torna en ilusorios y líricos los requisitos establecidos en la normatividad*

comunitaria para la aplicación de métodos secundarios de valoración, ya que los montos fijados por la administración tributaria no podrían ser contrastados ni cuestionados (esto es, se impide que el importador verifique que el comparable es real y no es ficticio, y que corresponde a una importación similar en calidad, condiciones, fecha de importación, cantidad y origen, y por tanto no tendría el importador la oportunidad de controvertir la procedencia de la aplicación de ese comparable por parte de la administración aduanera), ocasionando su indefensión; y además con ello se omite el requisito de "pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho" exigido por el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución para que el acto administrativo tenga motivación, que es el requisito indispensable para su validez". (El subrayado nos pertenece).

Sobre el tema en análisis, este Tribunal de Casación señala que precisamente para evitar cualquier tipo de duda sobre la veracidad de la información obtenida de la base de datos de la aduana, la normativa comunitaria ha previsto la posibilidad de que ésta puede ser revelada exclusivamente si existe autorización expresa de la persona o del gobierno que la haya proporcionado o por orden de autoridad judicial. No se puede entonces partir de presunciones fácticas derivadas de la suposición del juzgador como las señaladas en la sentencia cuando afirma: "…*Si se permite a la administración aduanera efectuar determinaciones desde una base de datos, sin dar el mínimo detalle de aquella ni revelar identificar el origen del comparable que la conforma y que se aplica al caso específico, no habría la seguridad (al momento en que el sujeto pasivo recibe el acto de determinación) de que esa base de datos está conformada por datos reales e idóneos*", o cuando sin fundamento dice que: "…*los montos fijados por la administración tributaria no podrían ser contrastados ni cuestionados (esto es, se impide que el importador verifique que el comparable es real y no es ficticio, y que corresponde a una importación similar en calidad, condiciones, fecha de importación, cantidad y origen*…". Si el contribuyente o el juzgador tenían interés en conocer el detalle minucioso de los datos y demás características de las mercancías similares con las que se ha comparado, existen los mecanismos y procedimientos legales establecidos en el COGEP para dicho fin, de tal manera que la sentencia no puede sustentarse en elucubraciones carentes de fundamento legal y material, y de esta forma llegar a la infundada conclusión de que la autoridad aduanera no hizo una cabal aplicación del tercer método de valoración basado en el valor de transacción de mercancías similares, cuando no existe ninguna constancia procesal al respecto. Además, la conclusión a la que arriba el Tribunal a quo, al exponer que "…*En consecuencia, dejó de motivarse la rectificación de tributos en lo que corresponde a la identificación de los referentes empleados para la modificación del valor en aduana de las mercancías en función de métodos secundarios de valoración (…) con ello se omite el requisito de "pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho" exigido por el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución para que el acto administrativo tenga motivación, que es el requisito indispensable para su validez*"; es una conclusión sobre la cual el recurrente sostiene que el Tribunal de instancia, CON DICHO ARGUMENTO DEJA DE APLICAR LO DISPUESTO EN LAS NORMAS ANTES SEÑALADAS QUE AMPARAN LA CONFIDENCIALIDAD DE LA BASE DE VALOR.

En efecto, a criterio de esta Sala Especializada, si bien es cierto que la normativa constitucional y tributaria exige que las resoluciones y los actos administrativos de los poderes públicos deberán ser motivados (art. 76.7 letra l) de la Constitución y art. 81 del Código Tributario), este deber no se ve afectado por el hecho de que no aparezca en el la resolución impugnada o en su antecedente la rectificación de tributos, la divulgación de la información comercial con la que la administración tributaria aduanera comparó el valor de las mercancías objeto de la presente controversia, puesto que en materia de valoración aduanera dicha información, que tiene el carácter de confidencial, sólo puede ser revelada por la autoridad aduanera con la autorización expresa de la persona o del gobierno que la haya proporcionado o mediante orden de autoridad judicial. De ahí que, el argumento propuesto por el accionante en su demanda, y que lo hace suyo el Tribunal juzgador, en el sentido de que '… *la información de los comparables no fue proporcionada en los actos de determinación, lo que fue uno de los reproches efectuados en la demanda "la aduana en su acto administrativo de rectificación de tributos señala que reajusta el valor de las mercancías argumentando que en su base de valor se encuentran precios similares a los declarados, esta afirmación no está respaldada con nombres y apellidos de o los importadores que han realizado la misma importación, del mismo producto, del mismo país de origen, dentro del mismo tiempo de la importación 2014*"', de lo que se infiere que los comparables existen en el acto

administrativo impugnado, y sin embargo la insistencia del tribunal de instancia versa sobre la develación de los datos de la Base de Valor del SENAE, respecto de los comparables, lo que conlleva a que el criterio esgrimido por dicho Tribunal, sea desproporcionado y discordante, que contraviene expresamente la normativa aplicable en materia de valoración aduanera que prohíbe tales exigencias. Por lo tanto, el argumento de que no existe transparencia respecto a los valores que se tomaron como referencia para la determinación del valor en aduana de las mercancías, no constituye fundamento suficiente para concluir que existe una falta de motivación del acto impugnado, ya que para que aquello ocurra la resolución administrativa debe adolecer de falta de requisitos, entre ellos, que no se señalen con precisión los motivos, razones o fundamentos que han inducido a la administración a tomar tal decisión y además que no se enuncien las normas de derecho en que se funda la resolución y que no se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, lo cual no acontece en el presente caso; pues en la misma sentencia consta como hecho probado en los numerales 6.10 y 6.11 (fs. 2136) que: "*6.10 …los productos importados y los comparables seleccionados son del mismo modelo 6.11) En cuanto a las cantidades, las importadas por el actor son de un solo dígito al igual que los comparables empleados*…"; y luego en referencia a estos numerales, en el numeral 7.8 (fs. 2137) consta que: "…*Como quedó evidenciado en el apartado 6.10 del numeral 6 de esta sentencia, los productos comparables son, al igual que la mercancía objeto de ajuste, usados y de la misma marca; y que en su inmensa mayoría, los productos comparables eran del mismo modelo que las mercancías objeto de ajuste*…" (El subrayado fuera de texto); con lo que se reitera que los comparables se encuentran plenamente identificados en el acto administrativo ahora impugnado. Lo que sucede es que en materia de valoración aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) no puede revelar el contenido de su base de valor porque según lo previsto en el art. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), "*El contenido de las bases de datos del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es información protegida*", lo cual es concordante con lo dispuesto en el numeral 4 del art. 63 de la Resolución 1684 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 (anterior 62 de la Resolución No. 846), que establece: "*La información de la transacción comercial contenida en los bancos de datos a los efectos de valoración aduanera a que se refiere el artículo 25 de la Decisión 571, así como los valores que se encuentren en proceso de investigación o estudio por la Administración Aduanera, constituyen información confidencial, sujetándose a lo señalado en el numeral 2 del presente artículo",* numeral éste que dispone que*: "En aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la información suministrada, que por su especial naturaleza, sea confidencial o aportada con ese carácter, no será revelada por la Autoridad Aduanera sin la expresa autorización de la persona o del gobierno que la haya proporcionado, salvo orden de autoridad judicial*"; disposiciones éstas que son coherentes con lo dispuesto en el art. 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, se señala: "*Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que se suministre con carácter de tal a los efectos de la valoración en aduana será considerada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la revelarán sin autorización expresa de la persona o del gobierno que haya suministrado dicha información, salvo en la medida en que pueda ser necesario revelarla en el contexto de un procedimiento judicial*". En definitiva, el contenido de la Base de Valor del SENAE es información confidencial o protegida, la cual puede ser revelada únicamente mediante orden judicial. De tal suerte que, si el importador tiene interés en conocer la información tomada de la base de datos de la aduana, para ejercer su derecho a la defensa, la misma norma comunitaria le faculta a que se levante dicho sigilo mediante orden de autoridad judicial competente. En tal virtud, el juzgador de instancia no puede presumir que la aduana no hizo una cabal aplicación del tercer método de valoración basado en el valor de transacción de mercancías similares, cuando no tuvo acceso a la Base de Valor de la Aduana para verificar tal argumento; y en este sentido, consta como hecho probado en el numeral 7.10 (fs. 2137 vta.) de la sentencia analizada que "…*El informe pericial del ingeniero Carlos Vallejo Veloz, que en su sustentación reveló que de uno de los ítem (sic) no correspondía el método de valoración tercero, especifica en varios ítem (sic) la aplicación de comparables de mercancía importada bajo condiciones de negociación distintas al FOB. Aunque ese particular no ocasiona necesariamente que el valor unitario revelado en los cuadros del informe, hayan incluido los valores de flete y seguro imputables a esos bienes*…", de lo

que se infiere en primer lugar, que no necesariamente los valores (comparables) sean disimiles a los necesarios en el análisis; y, en segundo lugar que a pesar de que el referido perito en su informe manifestaba que en uno de los ítems analizados, no le correspondía el tercer método de valoración, lo cual aunado a que dentro las constancias procesales (demanda) se observa que la compañía actora solicitó, a través de los juzgadores, que el SENAE remita la apertura de la Base de Valor empleada en la presente causa (aunque no consta dicho pedido en el acta resumen de la audiencia preliminar), a pesar de esto, el Tribunal de instancia, a más de no analizar los dichos del perito de la administración aduanera, en torno a un adecuado análisis de la aplicación del tercer método de valoración, por parte de la Aduana, insiste erróneamente en que no se ha cumplido con el requisito de motivación en el acto impugnado. Es oportuno observar que consta en el fallo recurrido como un hecho probado en el numeral 7.5 (fs. 2136 y vta.), que: "…*La parte actora, para desvanecer los supuestos en que se basó la administración para la rectificación de tributos, confirmada en la resolución impugnada, debía justificar las inconsistencias de la documentación que entregó (diferencias entre montos facturados y montos transferidos). Conforme a lo referido en los apartados 6.4 a 6.7 de esta sentencia, no lo hizo, por lo que se considera procedente el descarte del primer método de valoración que la administración aduanera realizó*" (El subrayado fuera de texto); por lo que ante el descarte del primer método de valoración de mercancías en aduana, y aunados los hechos probados referidos ut supra, esto es la existencia de los comparables por mercancías similares, lo procedente es la aplicación del tercer método de valoración, conforme lo estatuye el art. 41 de la Resolución No. 1684, de la "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduanas de las Mercancías Importadas", pues de forma clara esta norma señala en el segundo numeral que "… *La Administración Aduanera tendrá en primer lugar que identificar cuáles otras mercancías importadas pueden ser consideradas como similares y. a continuación, comprobar que correspondan a valores en aduana establecidos con el Método del Valor de Transacción*…"; y su tercer numeral establece que: "…*Al aplicar este método. el valor en aduana se determinará utilizando el Valor de Transacción de Mercancías Similares vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades que las mercancías objeto de la valoración*…"; es decir, dicha norma señala que para la aplicación del tercer método de valoración (mercancías similares), en este caso el SENAE para su análisis, debe primero identificar las mercancías importadas que pueden ser consideradas como similares; y, en segundo lugar que las mercancías comparadas han sido vendidas al mismo nivel comercial y sustancialmente en las mismas cantidades; por lo tanto, si el proceder de la administración aduanera (acorde a los hechos probados), se encajó en los presupuestos definidos por la norma de derecho señalada, era necesaria la aplicación de la misma en el fallo recurrido, lo cual no aconteció. Es por lo expuesto que esta Sala Especializada, en varios fallos (Recursos Nos. 538-2014; 364-2016; 381-2016; 446-2016; 544-2016; 635-2016, entre otros), ha sostenido que: 1. El tercer método de valoración de mercancías está previsto en el art. 3 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y su nota interpretativa; para establecer qué se entiende por mercancías similares nos remitimos al art. 15.2.b) de dicho Acuerdo que señala que son similares aquellas mercancías que sin ser iguales en todo, "*tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables*", y para determinar si las mercancías son similares habrá de considerarse, entre otros factores: (i) su calidad, (ii) su prestigio comercial y (iii) la existencia de una marca comercial. **2.** La aplicación del método en cuestión permite a la administración aduanera, para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas, efectuar los ajustes necesarios para equiparar el precio de venta de las mercancías importadas al valor que dicho precio, que de acuerdo a la ley, debía alcanzar. En todo caso, dichos ajustes deben realizarse sobre la base de datos comprobados que demuestren claramente que aquéllos son razonables y exactos, tanto si suponen un aumento como una disminución del valor. **3.** Los datos almacenados en una base de datos sobre valoración deberán tratarse de conformidad con las disposiciones sobre confidencialidad que son de aplicación; así, en el caso en concreto, son pertinentes y aplicables las disposiciones constantes en los arts. 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI); 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571-Valor en Aduana de las Mercancías Importadas" (anterior art. 62 de la Resolución 846) de la Comunidad Andina de Naciones, y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General

sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC); y, que han sido alegadas como infringidas por la autoridad tributaria aduanera en el presente recurso de casación. **4.** Del contenido de la normativa expuesta en el considerando 3.2 del presente fallo, no cabe duda que la información empleada para evaluar los riesgos potenciales con respecto a la veracidad o exactitud del valor en aduana declarado por las mercancías importadas, es de carácter confidencial, por lo que los funcionarios de la administración aduanera autorizados para la obtención de la información, análisis y uso de la herramienta de perfiles de riesgo deberán guardar absoluta reserva y confidencialidad en razón del ejercicio de sus funciones. De esta forma, la información que reposa en la Base de Valor del SENAE es restringida, pues protege la confidencialidad de la información que la administración tributaria aduanera obtiene de los contribuyentes, responsables o terceros para el cumplimiento de sus fines, garantizando los distintos niveles de control e indicadores de riesgo. **5.** Por lo expuesto, las conclusiones del Tribunal a quo constantes en el fallo recurrido a las que hemos hecho referencia en líneas anteriores, transgreden la normativa interna y externa aplicable a la calidad de "*información protegida*" de los datos que reposan en la Base de Valor del SENAE, ya que es indudable que en el proceso de control posterior, como parte de la facultad determinadora de la administración tributaria aduanera, se determinó un perfil de riesgo para la compañía importadora FAXMIR S.A., que ha dado origen a la verificación y la posterior rectificación de tributos en las importaciones de mercancías realizadas por la citada importadora. **6.** Las normas derecho que tienen relación con la valoración de las mercancías en aduana, resguardan el carácter confidencial o protegido de la información contenida en las Bases de Valor del SENAE, la cual para el caso en particular, ha sido utilizada, en primer lugar, para establecer el perfil de riesgo, y en segundo lugar, para realizar la valoración y rectificación de tributos de las mercancías importadas por la compañía FAXMIR S.A.; y, dado que esta información por su particular característica de ser confidencial, solo podía ser revelada por pedido expreso de quien la suministró o por orden judicial, en aplicación del principio dispositivo, quedaba a criterio del accionante, dentro de la instancia administrativa o jurisdiccional, el solicitarla con el objeto de que una autoridad judicial ordene su exhibición. Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso 5 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se parte de los hechos probados en la sentencia, de la revisión de ésta no consta como hecho probado que exista tal orden de autoridad judicial que haya sido inobservada por parte de la autoridad aduanera; motivo por el cual, este Tribunal de Casación considera que el vicio alegado por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, de *falta de aplicación* de los artículos 41 de la Resolución No. 1684, de la "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduanas de las Mercancías Importadas"; 225 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 63 de la Resolución No. 1684 "Actualización del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduanas de las Mercancías Importadas" de la Comunidad Andina de Naciones (anterior art. 62 de la Resolución 846); y, 10 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración de la OMC), en la especie, sí se configura, y por ende también el caso quinto invocado por el SENAE.

4. DECISIÓN

4.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la Corte Nacional de Justica, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República**, resuelve:

5. SENTENCIA

5.1 CASAR la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2017, a las 09h35, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

5.2 RATIFICAR la legitimidad y validez jurídica de la Resolución No. SENAE-DGN-2017-0062-RE, emitida por el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, el 16 de enero de 2017.

5.3 Sin costas.

5.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dr. Rómulo Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

V

Juicio Nro. *09504-2014-0136*
Recurso Nro. *17751-2016-0577*
Resolución Nro. *250-2018*
Fecha: *12 de junio del 2018; las 16h23*

TEMA: Principio *nullum tributum sine ledge* (no hay tributo sin ley) y el principio de legalidad, así como criterios doctrinarios relativos a la naturaleza del hecho generador, su calificación, la esencia económica y la compensación.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor de la causa Vicepresidente Ejecutivo y representante legal del Banco Bolivariano C.A. comparece ante el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, y plantea acción directa de pago indebido de $ 1'202.371,39 (más intereses y recargos) correspondiente a liquidaciones por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas por los meses de marzo y diciembre de 2011 y febrero de 2012; estas liquidaciones han sido confirmadas por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur en resolución administrativa 109012014RREC082900, de 8 de octubre de 2014, mediante la cual niega los reclamos administrativos formulados al respecto por el accionante y ratifica las liquidaciones de pago por tales diferencias, bajo la consideración de que el hecho generador del Impuesto a la salida de divisas lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de giros de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza, realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero, como es el caso de las compensaciones que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior.- El representante legal del Banco Bolivariano C.A. expresa, entre otras alegaciones, que no se ha demostrado la salida del dinero del país sin pagar dicho Impuesto, que todas las salidas han pagado lo que corresponde en tal concepto y que el Banco no adeuda valor alguno, por lo que la Administración Tributaria no puede catalogar a las compensaciones que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior, como un hecho generador del mismo, por contravenir principios básicos del Código Tributario.- A su vez, la parte demandada niega los argumentos formulados por el actor de la causa y sostiene que los actos administrativos tributarios gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad; se ratifica en el contenido de la resolución aludida y sostiene que el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas se configura por cuanto la institución accionante realiza pagos de remesas al exterior con recursos disponibles en el país y como consecuencia de ello efectúa un traslado de divisas al exterior.- El Tribunal de instancia considera, en lo principal, que el impuesto a la salida de divisas fue creado para gravar las operaciones y transacciones monetarias realizadas en el exterior, que el hecho generador de tal impuesto constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero, y que el supuesto hecho jurídico descrito por el Servicio de Rentas Internas no constituye traslado de divisas al exterior de ningún tipo y la determinación efectuada no se encuadra dentro de ninguno de los hechos generadores del impuesto a la salida de divisas, ni tampoco dentro de los casos de presunción del mencionado

hecho generador, en cuya virtud, la subsunción realizada por la Administración Tributaria es improcedente y el pago realizado es ilegal tornándose en indebido; estima, además, que tampoco procede la figura de la compensación determinada como hecho generador en la circular recordatorio N° NAC-DGECCGC12-00017 del Director General de Rentas, de 25 de septiembre de 2012, porque ésta fue emitida con posterioridad a los meses en que se produjo el supuesto hecho generador de " compensaciones internacionales realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior"; que la fórmula utilizada por el Servicio de Rentas Internas para la determinación efectuada, al no haber sido normada produce resultados antojadizos y que de acuerdo al artículo 1671 del Código Civil, la compensación se produce cuando dos personas son deudoras una de otra, operándose entre ellas una compensación que extingue ambas deudas. Por tales consideraciones, el juez de instancia declara con lugar la demanda, deja sin efecto la Resolución 109012014RREC082900, de 8 de octubre de 2014 y dispone que el Servicio de Rentas Internas liquide y devuelva al accionante el valor pagado indebidamente, con los intereses de ley que correspondan.

SÍNTESIS CASACIÓN

El Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, por falta de aplicación del artículo 17 del Código Tributario y por aplicación indebida del artículo 1671 del Código Civil, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio propuesto por el Vicepresidente y representante legal del Banco Bolivariano C.A. en contra de la resolución que establece el pago de diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas correspondientes a los meses de marzo y diciembre de 2011 y febrero de 2012.- El fallo de instancia declara con lugar la demanda propuesta por el accionante y por consiguiente deja sin efecto la Resolución Administrativa aludida, y dispone que el Servicio de Rentas Internas liquide y devuelva al accionante el valor pagado indebidamente con los intereses de ley.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia invoca el principio de nullum tributum sine ledge (no hay tributo sin ley) y el principio de legalidad, así como criterios doctrinarios relativos a la naturaleza del hecho generador, su calificación, la esencia económica y la compensación, para sostener que la actividad económica del Banco Bolivariano C.A. no se encasilla dentro del presupuesto legal (esencia económica) del Impuesto a la Salida de Divisas; que no se evidencia la intención del contribuyente de trasladar recursos monetarios fuera del país; que el incremento de los valores de las cuentas en el exterior resulta indiferente al presupuesto legal que configura el nacimiento de la obligación tributaria bajo la figura jurídica de impuesto a la salida de divisas en razón de que el hecho generador no se perfecciona con ese hecho económico sino con el traslado que es el que se constituye en el objeto gravado mediante ley, por lo que no se configuran los vicios de errónea interpretación y falta de aplicación alegados por el recurrente, en relación con los artículos 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y 17 del Código Tributario.- La Sala sostiene, además, que el término compensación contable no es aplicable para entender su esencia, pues a la fecha de los giros bancarios efectuados, las leyes tributarias no le atribuyen a ese hecho un significado normativo que pueda constituirse en un presupuesto legal y menos aún otorgarle significancia económica ya que la compensación en la Ley tributaria se

contempla como una forma de extinguir las obligaciones tributarias y es perfectible respecto de deuda y créditos tributarios y deudas tributarias y créditos no tributarios y no puede ser utilizado para nombrar el hecho económico que pueda constituirse en presupuesto legal para perfeccionar el impuesto a la salida de divisas y, en consecuencia, el nacimiento de una obligación, por cuyo motivo no verifica el vicio de indebida aplicación del artículo 1671 del Código Civil. En tal virtud, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en fallo de mayoría resuelve no casar la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 9504-2014-0136
Juez Ponente: Dr. Darío Velástegui Enríquez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
Quito, a martes 12 de junio del 2018, las 16h23**.-**
VISTOS: (17751-2016-577)
I. ANTECEDENTES:
1.1. El economista Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8, del Servicio de Rentas Internas, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, el 19 de agosto de 2016, las 08h07, dentro del juicio de impugnación No. 09504-2014-0136, deducido por el señor Vicente Vallarino Marcos, Vicepresidente Ejecutivo y representante legal del BANCO BOLIVARIANO C.A., en contra de la Resolución No. 109012014RREC082900, de fecha 8 de octubre de 2014, emitida por el Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, fallo que en su parte relevante señala: *"(…) declara CON LUGAR a la demanda propuesta por el señor VICENTE VALLARINO MARCOS, en calidad de VICEPRESIDENTE EJECUTIVO SUBROGANTE DEL PRESIDENTE EJECUTIVO DEL BANCO BOLIVARIANO C.A., y por consiguiente deja sin efecto la Resolución Administrativa No. 109012014RREC082900 del 8 de octubre del 2014, disponiendo que el Servicio de Rentas Internas, liquide y devuelva al accionante el valor pagado indebidamente de conformidad a lo resuelto en la presente sentencia, con los intereses de ley que correspondan. Sin costas ni honorarios que regular (…)*".
1.2. La pretensión jurídica del economista Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8, del Servicio de Rentas Internas, es que: *"(…) se case la sentencia recurrida y se dicte en su lugar una que ratifique su totalidad del contenido de la resolución No. 109012014RREC082900, así como las Liquidaciones de Pago por Diferencias en Declaraciones del Impuesto a la Salida de Divisas de los meses de marzo y diciembre del 2011 y febrero del 2012, por las razones expuestas a lo largo del presente recurso (…)*" (transcripción del escrito correspondiente);
1.3. El recurso de casación admitido a trámite por el tribunal juzgador mediante auto de 15 de septiembre de 2016; las 16h44, ante la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competente para conocer y resolver este recurso;
II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:
2.1. Esta Sala Especializada conformada por la doctora Ana María Crespo Santos; y, los doctores José Luis Terán Suárez y Darío Velástegui Enríquez, es competente para conocer y resolver el presente recurso de casación, en virtud del sorteo que consta a fs.81, del proceso, así como por las Resoluciones N° 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 y la Resolución N° 009-2018 de 23 de enero del 2018, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; así como las Resoluciones N° 01-2018 de 26 de enero del 2018 y 02-2018 de 1 de febrero de 2018, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; 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 art. 1 de la Codificación de la Ley de Casación.
III. VALIDEZ
3.1. Para la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se ha observado el cumplimiento de las solemnidades inherentes para esta clase de impugnaciones; por tanto al no existir ninguna circunstancia que puede afectar la validez procesal

y al no existir nulidad alguna que declarar, con autos para resolver se considera:

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

4.1. El economista Juan Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8, del Servicio de Rentas Internas, fundamenta su recurso en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, cuyos yerros los sustenta de la siguiente manera: Por los siguientes cargos: errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario; y, aplicación indebida del art. 1671 del Código Civil. Mismo que, mediante auto de 10 de octubre de 2016, las 11h17, la doctora Magaly Soledispa, en su calidad de Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia a esa fecha, declaró la admisibilidad del recurso de casación al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, por la causal y vicios alegados.

4.1.1. Al respecto de la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario; y, aplicación indebida del art. 1671 del Código Civil, el casacionista manifiesta: *"(…) El impuesto de Salida de Divisas, como en todos los impuestos, se evidencia en virtud a las prestaciones tributarias señaladas en la ley que lo regule, una relación jurídica tributaria previamente establecida entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), sustentada primordialmente en la existencia de un hecho generador tal como lo prescribe el artículo 15 del Código Tributario; esto significa que para establecer la existencia de una obligación de naturaleza tributaria es imperiosa la comprobación de la existencia del presupuesto legal que constituye el tributo. Para el caso del Impuesto a la Salida de Divisas, el hecho generador está contenido en el artículo 136 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria (sic), el cual de manera expresa señala que su nacimiento se da por las operaciones o transacciones de carácter monetario que tengan implícita la transferencia o salida de divisas al exterior. La misma norma legal contiene en su texto no como una presunción sino como materia gravada del impuesto a los pagos efectuados desde el exterior ya sea que el mismo sea realizado por personas naturales o sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas en el Ecuador (…)"* más adelante expone que: *"(…) Tal como fue detallado y explicado de manera clara y precisa en las liquidaciones por diferencia en declaraciones Nos. 0920140200053, 0920140200054, 092014020092, que fueron confirmadas en la resolución No. 109012014RREC082900, esta Administración Tributaria consideró como transferencias de divisas al exterior la compensación, la que corresponde al mecanismo contable establecido por el actor que tiene como consecuencia el mantener divisas en el exterior que debieron ingresar al país, en el exterior, incrementando de manera evidente el saldo de sus cuentas ubicadas fuera del Ecuador. La Sala justifica la decisión tomada en la supuesta falta de de (sic) disposición legal o reglamentaria que regule el esquema implantado por el actor, sin considerar que este mecanismo compensa con recursos monetarios locales el dinero que debían ser remitidos al Ecuador, constituyéndose la misma en una práctica que puede ser denominada como elusiva, tanto así que de manera posterior fue considerada como tal dentro de la resolución No. NAC-DGECCGC12-0015, resolución que al errado criterio de la Sala fue aplicada de manera retroactiva, cuando de la simple lectura del acto se desprende que la misma es referida de manera didáctica, sin que implique su aplicación violación de manera alguna al principio de retroactividad, puesto que en el presente caso nos encontramos ante un criterio legal constante en la resolución que no establece nuevos presupuestos para la generación del hecho imponible u otorga derechos y obligaciones sino que tal criterio coincide con la presunción que fue establecida en el acto impugnado y en su antecedente*. Para finalmente, establecer que: *"(…) El error de interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, aplicación indebida del artículo 1671 del Código Civil y falta de aplicación del artículo 17 del Código Tributario, han sido determinantes en el vicio contenido en la parte dispositiva del fallo, ya que la Sala de instancia ha considerado que la operación analizada y objetada por esta Administración no encuadra dentro del hecho generador el impuesto a la Salida de Divisas, sin interpretar de manera correcta el alcance del mismo, así mismo no ha considerado en su decisión que por esencia económicas(sic) las operaciones realizadas por el banco provocan de manera directa un incremento de los valores localizados en el exterior de propiedad del actor, al no haber sido enviados al país sino compensados con recursos locales, aduciendo finalmente que las operaciones analizadas no pueden ser consideradas como compensaciones al no cumplirse los presupuestos contenidos en el artículo 1671 de Código Civil, figura aplicada de manera indebida por la Sala, puesto que como se ha explicado esta Administración no aplicado de manera alguna a la compensación como*

una forma de extinción de obligaciones, sino que ese el término con el que se ha denominado al mecanismo implementado por el actor, dentro de las transacciones analizadas en el acto impugnado y sus antecedentes; no considerando dentro de su análisis los presupuestos contenidos en el artículo 17 del Código Tributario en lo relacionado a la correcta calificación de hecho generador desde el punto de vista económico.

4.2. Realizado el traslado al BANCO BOLIVARIANO C.A., dando contestación al recurso de casación planteado, en lo que se refiere al art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria manifiesta: *"(…) el hecho generador del expuesto Impuesto a la Salida de Divisas, se encuentra expresamente reglado en el art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; (…) El simple hecho de que la Autoridad Tributaria* ***estire la interpretación sobre lo que constituye hecho generador en este Impuesto****, de por sí estaría "creando" una obligación tributaria que no está definida en ninguna ley… es decir, se está obligando a satisfacer un tributo que no existe.* ***Y el Impuesto a la Salida de Divisas es*** *un "impuesto a la salida de divisas",* ***no un "impuesto a la divisa salida" ni tampoco un "impuesto al ingreso de divisas"****. Empero, para la Administración Tributaria, este Impuesto ahora no sólo se origina por la* ***transferencia o modalidad de SALIDA de divisas****, sino que, inclusive, hasta por lo que dejó de INGRESAR al país (…) De esta forma, en relación a este punto,* ***es improcedente el recurso presentado: no ha existido ni se ha configurado el invocado error de interpretación****.. (…)"* Respecto de la falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario, el Banco, establece que: *"(…) En el aludido escrito, al referirse a este defecto o vicio, la Administración Tributaria simplemente colige que la Sala supuestamente dejó de considerar que esa Administración "aplicó de manera razonable el principio de realidad económica de las transacciones analizadas", alegando que el Banco dizque "ha distorsionado la realidad económica de las compensaciones realizadas". Ahora bien, en dicho escrito, la Administración Tributaria invoca señaladamente al* ***segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario*** *(…) inciso que supuestamente no ha sido aplicado, y que la Sala de Instancia debió hacerlo, al momento de tomar su decisión. Empero la Sala no estaba obligada a aplicar esa norma, particularmente dado que el "hecho generador" de este impuesto no se delimita simplemente en cuestiones económicas, no siendo necesario hacer una calificación en cuanto a las situaciones o relaciones económicas que existen; y si así fuera del caso,* ***igualmente nos conlleva a que el Banco Bolivariano C.A. no se encuentra en el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas****. (…) De esta forma, en relación a este punto,* ***es igualmente improcedente el recurso presentado: no ha existido ni se ha configurado la invocada falta de aplicación*** *que ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia recurrida. (…)"* Finalmente, sobre la aplicación indebida del art. 1671 del Código Civil, la institución financiera en referencia, manifiesta que: *"(…) El Banco no efectúa compensación de valor alguno, ni local ni internacionalmente; ni ha utilizado la figura de compensaciones de cualquier tipo:* ***tampoco realiza cruce alguno de cuentas… el Banco no ha olvidado desembolsos de valores al exterior ni ha evitado realizar pagos o transferencias al exterior; no tiene acreedores fuera del país con quienes hubiere dizque compensado valores****. Tampoco puede decirse que el Banco hubiere hecho transferencia de "montos netos", para dizque evitar transferencias dobles. En definitiva,* ***el Banco Bolivariano C.A. no ha hecho compensaciones, ni siquiera ha "pagado por compensación"****. (…) De esta forma, en relación a este punto,* ***es improcedente el recurso presentado: no ha existido ni se ha configurado la invocada aplicación indebida****. (…)"*

V. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

5.1. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, examinará si la sentencia recurrida por el economista Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8, del Servicio de Rentas Internas, se enmarca dentro de la causal y cargos propuestos:

CAUSAL PRIMERA: El recurrente considera que en el fallo del Tribunal A quo, se configura la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, por los vicios de: **Errónea Interpretación** del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; **Falta de Aplicación** del art. 17 del Código Tributario; y, **Aplicación Indebida** del art. 1671 del Código Civil.

VI. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CASACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

6.1. La casación desde la concepción doctrinaria se ha enmarcado en un campo aplicativo de naturaleza jurídica extraordinaria, formal y de alta técnica jurídica, autores como: Hernando Devis Echandía, al referirse al recurso de casación han manifestado 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."[1]; así mismo, Jaime Guasp señala que: "*La casación se concibe como un recurso donde se platean estrictamente cuestiones de derecho, y no cuestiones de hecho, es decir, que se trata de un proceso de impugnación destinado a rescindir un fallo judicial por razones estrictamente jurídicas, y no por razones fácticas, por lo que quedarían fuera de la casación todas aquellas motivaciones que pretendieran la eliminación, sustitución del fallo impugnado a base de su desajuste con los hechos. La casación se perfila así como una figura de significado netamente jurídico, porque solo las cuestiones jurídicas tendrían acceso a ella, lo cual limitaría, extraordinariamente y significativamente, su concepto*."[2] Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica de la Casación, señala que: "*El recurso de casación es extraordinario, discrecional, reglado y taxativo. Pretende quebrar, anular y romper una sentencia o auto, violatorios de la ley sustancial (errores in iudicando) o de la ley procesal (errores in procedendo)*."[3]. De la Rúa señala que: "*la casación es un verdadero y propio medio de impugnación, un recurso acordado a las partes en el proceso, bajo ciertas condiciones, para pedir y obtener el reexamen de las sentencias desde el punto de vista de su corrección jurídica*"[4]. Criterios doctrinarios que reafirman la concepción inicialmente expuesta y que se constituye en el lineamiento establecido por la Corte Nacional de Justicia. Siendo por tanto los objetivos principales de este recurso por un lado la protección del ordenamiento jurídico imperante bajo las premisas de la correcta interpretación y aplicación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior, es decir en sentido estricto el control de legalidad sobre las decisiones judiciales y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia.

6.2. Esta Sala Especializada, respecto al problema jurídico planteado considera que, el art. 3 de la Ley de Casación con respecto a su causal primera dispone: "*Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva*"; por tanto se deberá entender que por esta causal, se imputa a la sentencia los errores in iundicando, en otras palabras, la violación directa de la norma de derecho o sustantiva, en razón de que no se ha subsumido de manera adecuada los hechos que ha sido probados, en consecuencia no cabe la revalorización de los mismos; pues, se parte de la base correcta de aceptación de los mismos por el Tribunal a-quo. Sobre los cargos que propone, doctrinariamente se los entiende de la siguiente manera: Indebida Aplicación: "*ocurre cuando el juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u obrar en el caso debatido. La norma es entendida rectamente en su alcance y significado, pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos no contemplados en el precepto*."[5]; Falta de Aplicación: "*La falta de aplicación ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia*."[6]; y, Errónea Interpretación: "*Así como las normas jurídicas, como proposiciones racionales de carácter abstracto y general que son, tienen que ser individualizadas, incorporadas al hecho, situación o relación que están llamadas a regir. Pero para individualizarlas y aplicarlas se debe empezar por determinar su sentido y alcance. A esta investigación se llama interpretación o hermenéutica, que como función humana es susceptible de error. De todo ello resulta que hay interpretación errónea en los casos en que la norma se aplica, pero sin darle su verdadero sentido*."

[1] Hernando Devis Echandía, *"Nociones Generales de Derecho Procesal Civil"* pág. 797
[2] Juan Lovato Vargas citando a Jaime Guasp en, Programa Analítico del Derecho Procesal, Quito: Corporación Editorial Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, 148.
[3] Tolosa Villabona, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación,* 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2008, pág. 13.
[4] De la Rúa, Fernando. El recurso de casación en el derecho positivo argentino, Editorial V. P. de Zavalla, Buenos Aires, 1986, pág. 50.
[5] Tolosa Villabona, Luis Armando. Ob. Cit., pág. 359.
[6] Tolosa Villabona, Luis Armando. Ob. Cit., pág. 359.

6.2.1. Para el análisis de problema propuesto, corresponde a esta Sala transcribir el contenido del considerando SEXTO del fallo recurrido: "*(…) RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO. Una vez que se ha establecido que el problema gira en torno al hecho generador o hecho imponible del impuesto a la Salida de Divisas, es necesario realizar las siguientes precisiones respecto al mismo: Sobre el Hecho generador. Según el libro "Derecho Tributario", del tratadista argentino Osvaldo H. Soler, establece que "el hecho imponible, como categoría normativa, describe una circunstancia que puede producirse o no producirse en la realidad, por lo tanto es un hipotético (…) El hecho imponible, viene a constituirse así en el factor desencadenante del nacimiento de la obligación tributaria, en tanto la voluntad de los particulares ha estado dirigida a crear otra relación jurídica distinta y subjetivamente desconectada de aquella, pues la intención humana no ha de ser, seguramente , realizar un hecho imponible, sino, en verdad, realizar un hecho jurídico". Es necesario citar la definición de hecho generador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del Código Tributario: "Art. 16.- Hecho generador.- Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo." Es evidente que el hecho generador o imponible, es el presupuesto establecido en la ley para configurar cada tributo; por tanto, es necesario remitirse a las normas referidas por la autoridad tributaria en la resolución impugnada que establecen el objeto del impuesto a la Salida de Divisas, cual es el hecho generador del mismo y su aplicación al Banco Bolivariano. En la resolución impugnada, sobre el Impuesto a la Salida de Divisas, se cita el artículo 155 y 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época, que establecen lo siguiente: "Art. 155.- Creación del Impuesto a la Salida de Divisas.- Créase el impuesto a la Salida de Divisas (ISD) sobre el valor de todas las operaciones y transacciones monetarias que se realicen al exterior, con o sin intervención de las instituciones que integran el sistema financiero." "Art. 156.- Hecho generador.- El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior. Todo banco extranjero que opere en el Ecuador, mensualmente deberá declarar que han pagado el Impuesto quienes hayan efectuado remesas de dinero, aun cuando sea bajo un sistema de courier o sistema expreso, en sobre cerrado, de que tenga conocimiento la institución financiera. Todos los couriers autorizados para operar en el Ecuador, antes de tramitar cualquier envío al exterior, deberán recabar del ordenante una declaración en formulario, del que sea destinatario el Servicio de Rentas Internas, expresando que en el sobre o paquete no van incluidos cheques o dinero al exterior." De acuerdo a las normas citadas, el impuesto a la salida de divisas fue creado para grabar las operaciones y transacciones monetarias realizadas en el exterior; el hecho generador del mismo, constituye de acuerdo a la norma "la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero". Una vez determinado con claridad el alcance del hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, es necesario mencionar de qué forma establece la administración tributaria en su resolución, que el Banco Bolivariano se encuadra en el mismo. Los numerales 26.8.19, 26.8.20, 26.8.21, 26.8.22, 26.8.23 y 26.8.24, de la parte resolutoria de la resolución que ordena el pago, establecen lo siguiente: "26.8.19. En tal sentido, toda operación que represente una transferencia o un traslado de divisas al exterior, realizada directa o indirectamente mediante pagos de cualquier naturaleza, locales o en el exterior (efectivo, cheques retiros, etc.), causa el Impuesto a la Salida de Divisas, debiendo por ende efectuarse el correspondiente pago del impuesto, en caso de que este no haya sido retenido. 26.8.20. Para el caso de las instituciones del sistema financiero, tales como el contribuyente reclamante, se tiene que éstas en razón del ejercicio de sus actividades debidamente autorizadas, actúan como intermediarios de las transferencias y envíos realizados desde el exterior cuyos beneficiarios son personas naturales o sociedades residentes en el país. 26.8.21. Como se observa, en las dos situaciones anteriores, las instituciones financieras, al actuar como intermediarias, son las encargadas de efectivizar dichas transferencias, mediante el envío o recepción de recursos financieros desde o hacia el exterior; sin embargo, existen casos en los cuales los recursos monetarios enviados hacia el Ecuador, bien sea por remesas, comercio exterior, inversión, etc., no ingresan efectivamente al país, ya que estas son pagadas, por las instituciones*

financieras a sus beneficiarios, con dinero que se encuentra ya en el país, producto de las operaciones propias de las instituciones financieras, mientras que el dinero correspondiente a la instrucción recibida se queda en cuentas de la institución financiera del exterior. 26.8.22. Como resultado de esta operación, la institución financiera nacional ve incrementada la cantidad de recursos monetarios en el exterior , situación que en la práctica se traduce en salida de divisas del país, hecho por el cual debe verificarse el pago del ISD en tales operaciones, toda vez que se cumple con el hecho generador del mencionado impuesto. 26.8.23 Cabe resaltar que el hecho generador del ISD se cumple en el momento en que la institución financiera nacional efectúa el pago de la transferencia de los beneficiarios de estas, ya que es en este momento en el cuales se perfecciona la transferencia y los recursos recibidos en el exterior pasan a ser propiedad de la institución financiera nacional. 26.8.24 Considerando la naturaleza del impuesto, la calidad de contribuyentes de las instituciones financieras y la normativa tributaria vigente en los periodos analizados, aquellos envíos de divisas realizados por parte de instituciones financieras, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en Ecuador, causan ISD, por lo que en las correspondientes declaraciones mensuales del impuesto a realizarse por parte de las instituciones financieras, debe efectuarse adicionalmente la correspondiente liquidación y pago del ISD causado en este tipo de operaciones, en atención al artículo 161 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y demás normas contenidas en el ordenamiento jurídico tributario que regula el impuesto a la salida de divisas.". (Lo subrayado es nuestro). De acuerdo a la parte resolutiva de la decisión impugnada, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, se cumple una vez que el Banco, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en Ecuador; y, específicamente, cuando cancela a sus clientes con dineros que se encuentran en el país y pasan a ser suyos las divisas recibidas en el exterior. En virtud de lo señalado por la Administración Tributaria, en necesario determinar lo siguiente: El hecho generador, de acuerdo al artículo 156, numeral 1 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época y contenida en la resolución que ordena el pago, establece que el hecho generador constituye: "la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero". El supuesto hecho jurídico descrito por la administración tributaria, esto es los recursos monetarios enviados hacia el Ecuador, recibidos en el exterior, que son cancelados en nuestro país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en el Ecuador, no constituye traslado de divisas al exterior de ningún tipo, como determina la norma referida; por lo cual, es evidente que el Banco Bolivariano no se encuadra en el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas. La Administración Tributaria describe la conducta del Banco en dos partes: 1) La recepción de divisas del exterior con la finalidad de que sean enviados a Ecuador; 2) El pago a quienes se le remite las divisas del exterior, con dinero que ya se encuentre en el país; el Servicio de Rentas Internas pretende que estos dos hechos jurídicos distintos, se encuadren como una conducta única y subsumirla en la norma que contiene el hecho generador. El supuesto no retorno de divisas al país, que según la administración debían ingresar, a través de los dos hechos jurídicos descritos, no constituye ni independientemente ni conjuntamente transferencia o traslado al exterior, a través de ninguna de las formas detalladas en la norma, esto es, no representan un giro de un cheque, una transferencia, envío, retiro o pago de cualquier naturaleza desde el Ecuador, hacia el exterior, como lo requiere clara y expresamente la norma señalada. Por tal concepto, una vez que el Banco Bolivariano no cumple los parámetros contenidos para que se configure el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, de acuerdo a lo señalado en la resolución citada, la subsunción realizada por el Servicio de Rentas Internas es improcedente; y, por tanto, los pagos realizados fueron exigidos ilegalmente, tornándose en pagos indebidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario. Sobre la circular recordatorio y la "compensación". La Administración Tributaria, en la resolución de los reclamos presentados, expone como una de las supuestas normas jurídicas que avala las liquidaciones por cobro de diferencias del impuesto a la Salida de Divisas, la circular recordatorio No. NAC-DGECCGC12-00017, emitida por el Director del Servicio de Rentas Internas el 25 de septiembre del 2012 y publicada en el registro oficial N. 806 del 9 de Octubre de 2012, que en su parte pertinente señala: "5.- Hecho generador De conformidad con las disposiciones normativas señalas en la presente Circular, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas lo constituye la

transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza, realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero; en tal sentido las compensaciones internacionales, realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior, causan ISD. (Énfasis añadido). Con fundamento en lo mencionado, las transferencias al exterior realizadas mediante compensaciones de cualquier tipo, causan el Impuesto a la Salida de Divisas sobre la totalidad de la operación y no únicamente sobre el saldo neto transferido; en virtud de lo expuesto, los contribuyentes deben efectuar la correspondiente liquidación y pago del impuesto, así como también las instituciones financieras deben realizar la retención respectiva, según corresponda, de conformidad con la normativa tributaria aplicable." Respecto a la referida circular, es necesario señalar que la misma fue emitida y publicada en el Registro Oficial con posterioridad a los meses en los que se produjo el supuesto hecho generador (marzo y diciembre 2011; y febrero de 2012), por lo cual no es procedente considerarla para el caso concreto, una vez que no recuerdan nada que se encuentre dentro del texto del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador vigente a la época, sino que pretende ampliar el hecho generador de la misma, a través de la inclusión al hecho generador legal, de un supuesto nuevo, esto es "las compensaciones internacionales, realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior". Además de lo manifestado, que tiene relación con el principio de reserva legal en materia tributaria, contenido en el artículo 301 de la Constitución, los artículos 4, 5, 15, 16 y 18 del Código Tributario, así como el derecho a la seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 de la Constitución, impide en este caso preciso la aplicación de la circular, por aumentar un presupuesto nuevo al hecho generador legal, lo que se convertiría en una aplicación retroactiva de ese contenido jurídica; consecuentemente, tampoco procede la figura de la compensación referida en la circular, no procede al caso controvertido, una vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1671 del Código Civil, única norma legal que establece el alcance de la misma, señala que se produce cuando dos personas son deudoras una de otra, operándose entre ellos una compensación que extingue ambas deudas; de acuerdo al caso analizado en la resolución referida, el Banco no tiene deudas a compensar con el cliente que en el exterior envía dinero al Ecuador; ni tampoco con la persona que lo va a recibir en el país, por lo que es evidentemente incongruente e ilegal se pretenda encuadrar hechos jurídicos como "compensación", que no tienen relación alguna con el significado y alcance del mencionado medio de pago. 3). CONCLUSIÓN. El Banco Bolivariano C.A., no cumple con los presupuestos determinados en la norma respecto al hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, contenido en el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época, por lo que el pago realizado por la institución financiera fue exigido indebidamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario, por lo que debe aceptarse la acción interpuesta y ordenarse la devolución de los montos indebidamente pagados. Al respecto se considera que el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador señala como hecho generador la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo, a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizado con o sin la intermediación de las instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con la intervención de las instituciones del sistema financiero, como es el presente caso, será constitutivo del mismo el débito a cualquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior. En este caso, no existe ningún débito efectuado a una cuenta en el Ecuador con el fin de trasladar divisas al exterior, lo que indica la administración tributaria es que el Banco debe cancelar el Impuesto a la Salida de Divisas determinado mediante las "Liquidaciones de Pago por Diferencias" por un dinero que no entró siquiera al país y que no sirvió para pagos al exterior, lo cual no se configura como hecho generador de acuerdo con la norma citada. Ahora bien, toca establecer también si la determinación efectuada por la administración tributaria constituye uno de aquellos casos señalados como presunción del hecho generador, para dicho efecto, la Ley señala como caso de presunción del Impuesto a la Salida de Divisas a las Importaciones que realice el sujeto pasivo cuando los pagos se realicen con recursos en el exterior; en el presente caso, no estamos ante una importación, ya que el objeto social y actividad de toda institución financiera como el Banco, no es la importación habitual de bienes sino la intermediación financiera, por lo que al no caer dentro de la presunción el caso analizado tampoco cabe el pago del Impuesto a la Salida de Divisas. Posteriormente,

mediante reforma a los incisos terceros y cuarto del artículo 156 publicado en el Registro Oficial 583 del 24 de noviembre de 2011 se incorporaron otros casos de presunción de hechos generadores de ISD, los que se deben analizar. Así, la norma estableció que causa ISD todo pago efectuado desde el exterior, aun cuando los pagos no se hagan mediante remesa o transferencia sino directamente con recursos en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros, lo cual tampoco se encuadra dentro del caso señalado por la administración tributaria, puesto que ella indica que está gravado con ISD el dinero de sus clientes que no entró al Ecuador. Para finalizar, la reforma al artículo 156 introdujo otro caso de presunción en el caso de los exportadores, al señalar que se presume haberse efectuado una salida de divisas cuando se realicen actividades económicas de exportación y las divisas correspondientes a las mismas no ingresen al Ecuador, señalando que el pago del ISD definido en este caso de presunción está sujeto a descuento con aquel ISD causado por pagos efectuados al exterior, el cual debe ser declarado de manera anual en la forma plazos y demás requisitos que establezca el Servicio de Rentas Internas. Por lo tanto, la determinación efectuada por el Servicio de Rentas Internas no se encuadra dentro de ninguno de los hechos generadores del Impuesto a la Salida de Divisas, ni tampoco cae dentro de los casos de presunción de dicho hecho generador, configurándose entonces lo señalado en el artículo 122 del Código Tributario vigente que indica "Pago indebido.- Se considerará pago indebido el que se realice por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; el efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador. En iguales condiciones, se considerará pago indebido, aquel que se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal."

6.2.2. A fin de establecer si configuran o no los vicios alegados por la Administración Tributaria, consistentes en **Errónea Interpretación** del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; **Falta de Aplicación** del art. 17 del Código Tributario; y, **Aplicación Indebida** del art. 1671 del Código Civil, se procede a transcribir las normas infringidas

- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

Art. 156.- *"(…) El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior.*

Todo banco extranjero que opere en el Ecuador, mensualmente deberá declarar que han pagado el Impuesto quienes hayan efectuado remesas de dinero, aun cuando sea bajo un sistema de courier o sistema expreso, en sobre cerrado, de que tenga conocimiento la institución financiera. Todos los couriers autorizados para operar en el Ecuador, antes de tramitar cualquier envío al exterior, deberán recabar del ordenante una declaración en formulario, del que sea destinatario el Servicio de Rentas Internas, expresando que en el sobre o paquete no van incluidos cheques o dinero al exterior.

Todo pago efectuado desde el exterior por personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador, se presume efectuado con recursos que causen el ISD en el Ecuador, aun cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros.

También se presumirá haberse efectuado la salida de divisas, causándose el correspondiente impuesto, en el caso de exportaciones de bienes o servicios generados en el Ecuador, efectuadas por personas naturales o sociedades domiciliadas en Ecuador, que realicen actividades económicas de exportación, cuando las divisas correspondientes a los pagos por concepto de dichas exportaciones no ingresen al Ecuador. En este caso, al impuesto causado en las divisas no ingresadas, se podrá descontar el valor del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) generado en pagos efectuados desde el exterior, referidos en el párrafo anterior. El pago del ISD definido en este párrafo, se efectuará de manera anual, en la forma, plazos y demás requisitos que mediante resolución de carácter general establezca el Servicio de Rentas Internas. (…)"

- Código Tributario.

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

Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas

que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen. (…)"

Código Civil.

Art. 1671.- *"(…) Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse (…)"*

6.2.3. De la revisión de la sentencia recurrida se advierte que, el Tribunal A quo, ha establecido como hechos probados y problema jurídico que: *"(…) 6.1) La demanda señala que el objeto de la litis se centra en la existencia del pago indebido que reclama, el cual corresponde a USD $. 1´202,371.39, por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas ISD, incluyendo intereses y recargo, cantidad que fuera pagada por el Banco al tenor de lo dispuesto en la Resolución Administrativa No. 109012014RREC082900 del 8 de octubre del 2014, emitida por Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur actual Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, mediante la cual negó las reclamaciones presentadas por el BANCO BOLIVARIANO C. A. y, por ende, ordenó según el actor de manera ilegal e indebidamente pagar un valor por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas, en contra de lo que el Banco había reclamado administrativamente, por unas Liquidaciones de Pago por Diferencias del referido impuesto correspondientes de marzo del 2011, a diciembre del 2011 y a febrero del 2012. Alega el actor, que El (sic) Servicio de Rentas Internas el 1 de abril de 2014 y 14 de abril del mismo año, emitió las denominadas liquidaciones de pago por diferencias en la declaración Nos. 0920140200053 y 0920140200054; y 0920140200092 respectivamente, por concepto de impuesto a la salida de divisas correspondientes a los meses de marzo y diciembre del 2011; y febrero del 2012. El 5 y 16 de mayo de 2014, el señor Fernando José Ramón Salazar Arrarte, en su calidad de representante legal de la compañía BANCO BOLIVARIANO C.A. ingresó tres reclamos administrativos signados con trámites 109012014062811, 109012014062812 y 109012014069672, mediante los cuales impugnó las referidas liquidaciones, solicitando se den de baja y se deje sin efecto las glosas contenidas en las liquidaciones mencionadas. Los referidos reclamos fueron acumulados y la administración tributaria resolvió, el 8 de octubre de 2014, mediante resolución administrativa No. 109012014RREC082900, negar los reclamos presentados por el Banco, ratificando las declaraciones emitidas por el SRI. El 20 de octubre del 2014, el Banco Bolivariano C.A., pagó la totalidad de las liquidaciones antes señaladas, por la cantidad de U.S. $ 1,202,371.39, por concepto de la supuesta diferencia en el impuesto a la salida de divisas. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER: El problema Jurídico a resolver, de acuerdo a las alegaciones presentadas por las partes es el siguiente: ¿El Banco Bolivariano C.A., cumplió, como supuesto sujeto pasivo del impuesto a la Salida de Divisas, con el hecho generador señalado por el Servicio de Rentas Internas en la resolución del reclamo administrativo? Es así que, en caso de constituirse el Banco como legitimado pasivo del tributo y cumplir con el hecho generador, correspondería verificar si las liquidaciones de pago por diferencias del impuesto se encuentran correctamente realizadas; caso contrario, al no cumplir con el presupuesto señalado como hecho generador, el Banco no debía cancelar diferencia alguna respecto al ISD, y por tanto, el valor cancelado fuere considerado como pago indebido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario.(…)"*, centrando su análisis en el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas y a su calificación para dilucidar el problema jurídico, siendo en este recurso de casación la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, falta de aplicación del segundo inciso del art. 17 del Código Tributario, la aplicación indebida del art. 1671 del Código Civil, los temas de verificación.

6.2.3.1. Partiendo de la concepción *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley), cabe recalcar que al momento de establecer la relación jurídico tributaria, es primordial el principio de reserva de Ley, mismo que en materia tributaria como lo expone Ricardo Lobo Torres en su trabajo "Legalidad Tributaria y armonía entre los poderes del Estado" en Estudios de derecho tributario constitucional e internacional, Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar, (Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005), 246 *"(…) la expresión "reserva absoluta" es empleada en el derecho tributario para expresar la posibilidad de pleno cierre de los conceptos jurídicos y para restringir la competencia de la Administración en el ejercicio del poder reglamentario. (…)*"; bases con las que se produce la normativa tributaria, y con observancia del principio de legalidad (ya que todos los tributos deben estar previamente establecidos en la ley), se garantiza certeza y seguridad jurídica en cuanto a las afectaciones del

patrimonio del contribuyente, por efecto de las prestaciones obligatorias que debe realizar a favor del sujeto activo, en ese sentido la Constitución de la República del Ecuador, en el art. 301, al respecto del principio de reserva de ley establece que: *"(…) Solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuesto. (…)"* Art. 4 del Código Tributario: *"(…) Las leyes tributarias determinaran el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código. (…)"* Culminando nuestro ordenamiento jurídico a que el hecho generador, elemento constitutivo del tributo, sea contenido irrestrictamente en una ley tributaria. Con este criterio, en lo que respecto al Impuesto de Salida de Divisas el art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, aplicable al caso y concerniente a los meses de marzo y diciembre de 2011 y febrero de 2012, contiene el presupuesto legal para configurar dicho tributo, mismo que establece que: *"(…) El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o* ***pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero***.; en base en los hechos probados, la Administración Tributaria, expone que este impuesto se configuró: *"(…) De acuerdo a la parte resolutiva de la decisión impugnada, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, se cumple una vez que el Banco, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en el Ecuador; y, específicamente, cuando cancela a sus clientes con dineros que se encuentran en el país y pasan a ser suyos las divisas recibidas en el exterior.(…)"* afirmando más adelante el Tribunal que: *"(….) La Administración Tributaria describe la conducta del Banco en dos partes: 1) La recepción de divisas del exterior con la finalidad de que sean enviados a Ecuador; 2) el pago a quienes se le remite las divisas del exterior, con dinero que ya se encuentre en el país; el Servicio de Rentas Internas pretende que estos dos hechos jurídicos distintos, se encuadren como una conducta única y subsumirla en la norma que contiene el hecho generador. El supuesto no retorno de divisas al país, que según la administración debían ingresar, a través de los dos hechos jurídicos descritos, no constituye ni independiente ni conjuntamente transferencia o traslado al exterior, a través de ninguna de las formas detalladas en la norma, esto es, no representan un giro de un cheque, una transferencia, envío, retiro o pago a cualquier naturaleza desde el Ecuador, hacia el exterior, como lo requiere clara y expresamente la norma señalada.(…)"*, afirmación del tribunal-quo, que a criterio del Servicio de Rentas Internas no es acertada, ya que la interpretación dada al contenido de la norma es errado en cuanto a la comprobación de la existencia del presupuesto legal que constituye el tributo para establecer la existencia de una obligación tributaria, ya que, afirma que la norma en cuestión de manera expresa señala que: *"(…) su nacimiento se da por las operaciones o transacciones de carácter monetario que tengan implícita la transferencia o salida de divisas al exterior. La misma norma legal contiene en su texto no como una presunción sino como materia gravada del impuesto a los pagos efectuados desde el exterior ya sea que el mismo sea realizado por personales naturales o sociedades nacionales o extrajeras domiciliadas en el Ecuador. (…)"* y que en mérito a esta norma *"(…) la Administración Tributaria consideró como transferencia de divisas al exterior la compensación, la que corresponde al mecanismo contable establecido por el actor que tiene como consecuencia el mantener divisas en el exterior que debieron ingresar al país, en el exterior, incrementando de manera evidente el saldo de sus cuentas ubicadas fuera del Ecuador. (…)"* para dilucidar lo antes expuesto, es necesario entender la esencia del hecho generador, por lo que doctrinariamente, José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, en el libro Derecho Tributario I (Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994), 190; considera que: *"(…) Ese supuesto de hecho* realizada *o supuesto fáctico (también denominado riqueza gravada u objeto material del tributo) constituye, naturalmente, un elemento de la realidad social, que conviene tener perfectamente diferenciado de la forma en que él mismo es contemplado por el legislador tributario y transportado a la norma, convirtiéndolo así en un supuesto normativo, esto es, en un hecho jurídico, (…)"* ahora bien; esta acepción se encuentra reglada en el art. 17 de la Ley de Régimen Tributario, mismo que establece dos formas para calificar el hecho generador: ***1.-*** *Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la*

forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.; ***2.-*** *Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen. (…)";* en el caso concreto el Servicio de Rentas Internas, expone que debía aplicarse el segundo método, es decir que el presupuesto legal atienda a una valoración económica; por lo que al respecto, para su correcta aplicación cabe hacer las siguiente consideraciones: **a)** la realidad económica, obligatoriamente debe interpretarse dentro de la situación que ha sido normada por el legislador, en otras palabras con limitaciones al contenido de dicha norma, **b)** Este criterio de esencia económica deberá ser aplicado sin violar el principio de legalidad; pues, si esta forma de establecer el hecho generador prescinde de las formas utilizadas por el contribuyente o sujeto pasivo del tributo, ya sea este de hecho o de derecho, su aplicación no puede responder únicamente a pretensiones netamente económicas, pues la prevalencia de los principios del derecho tributario, protege a los contribuyentes de este mecanismo que puede llegar a lesionar principios de certeza y seguridad jurídica. Así mismo, al respecto de este método de calificación del hecho generador, Catalina García Viscaíno, en su obra Tratado de Derecho Tributario, (Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A., 2014), establece que: *"(…) Resalta García Belsunce que el aspecto más importante del "método" de la realidad económica "finca no ya en lo relativo a la interpretación de la ley, sino en lo concerniente a la interpretación de los hechos que deben caer bajo el ámbito de la ley (…) Es la preeminencia de la intentio facti por sobre la intentio iuris, es decir, la consideración a los fines tributarios, de la relación real y efectiva creada por la voluntad de las partes, la voluntad empírica según la terminología adoptada por Jarach, prescindiendo de la norma jurídica, que hace que el acto encuadre dentro de un determinado instituto del derecho privado.(…)"* Sobre este particular el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, identifica que, la Administración Tributaria avala las liquidaciones por cobro de diferencias del Impuesto a la Salida de Divisas en la circular recordatorio No. NAC-DGECCGC12-00017, emitida por el Director del Servicio de Rentas Internas el 25 de septiembre del 2012 y publicada en el Registro Oficial No. 806 del 9 de octubre de 2012, por lo que se permite hacer las siguientes reflexiones: **1.-** *"(…) la misma fue emitida y publicada en el Registro Oficial con posterioridad a los meses en los que se produjo el supuesto de hecho generador (marzo y diciembre 2011; y febrero de 2012), por lo cual no es procedente considerarla para el caso concreto (…)"* **2.-** *"(…) una vez que no recuerdan nada que se encuentre dentro del texto del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador(sic) vigente a la época, sino que pretende ampliar el hecho generador de la misma, a través de la inclusión al hecho generador legal, de un supuesto nuevo, esto es "las compensaciones internacionales, realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior" (…)"* razones por las que, con base en principios constitucionales y normas sustantivas tributarias seguidamente concluye que: *"(…) impide en este caso preciso la aplicación de la circular, por aumentar un presupuesto nuevo al hecho generador legal, lo que se convertiría en una aplicación retroactiva de ese contenido jurídica(sic); consecuentemente, tampoco procede la figura de la compensación referida en la circular(…)"*. En ese sentido, la Administración Tributaria, al respecto de su aplicación afirma que: *"(…) En virtud de la facultad determinadora esta Administración Tributaria esta posibilitada para verificar la existencia real del hecho generador de un tributo, esto implica que al momento de determinar se tome en consideración la situación económica y contable real, estas situaciones deben ser analizadas para comprobar la existencia de la prestación y el valor de ella, con la finalidad de adaptar los presupuestos legales que configuran los tributos con la realidad del sujeto pasivo, calificando el hecho generador en la forma prescrita en el art. 17 del Código Tributario. La Sala de Instancia debió al momento de tomar la decisión del caso aplicar el segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario, ya que se demostró dentro del acto impugnado y sus antecedentes, que el mecanismo implementado por el actor produce equivocadamente un incremento de los valores de los saldos de sus cuentas en el exterior y que esto se constituye en una forma compensación, lo que la Sala deja de considerar es que esta Administración aplicó de manera razonable el principio de realidad económica de las transacciones analizadas, puesto que se ha verificado que el actor ha distorsionado la realidad económica de las compensaciones realizadas pretendiendo utilizar una forma jurídica inapropiada para justificar la*

supuesta no adecuación de las operaciones al hecho generador del impuesto a la salida de divisas, de haber aplicado el artículo antes mencionado la Sala hubiera llegado a la conclusión de que los valores compensados se encuentran efectivamente gravados con el impuesto a la salida de divisas": verificándose en la sentencia recurrida que la figura utilizada por BANCO BOLIVARIANO C.A., es la "compensación"; sobre la que el Juzgador ha considerado que: *"(…) tampoco procede la figura de la compensación referida en la circular, no procede al caso controvertido, una vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1671 del Código Civil, única norma legal que establece el alcance de la misma, señala que se produce cuando dos personas son deudoras una de otra, operándose entre ellos una compensación que extingue ambas deudas; de acuerdo al caso analizado en la resolución referida, el Banco no tiene deudas a compensar con el cliente que en el exterior envía dinero al Ecuador; ni tampoco con la persona que lo va a recibir en el país, por lo que es evidentemente incongruente e ilegal se pretenda encuadrar hechos jurídicos como "compensación", que no tiene relación alguna con el significado y alcance del mencionado medio de pago.(…)"*; adicionalmente, en la página 340 y 340 vlta. del expediente de instancia, el juzgador, hace una análisis sobre aquellos casos que son señalados como presunción del hecho generador y que gravan el impuesto a la salida de divisas, descartando una a una la posible subsunción de estos a los hechos probados; análisis efectuado que le lleva a concluir que: *"(…) la determinación efectuada por el Servicio de Rentas Internas no se encuadra dentro de ninguno de los hechos generadores del Impuesto a la Salida de Divisas, ni tampoco cae dentro de los casos de presunción de dicho hecho generador (…)"*. Aplicación de esta norma que el recurrente considera indebida, pues: *"(…) esta Administración concluyó que tal operación refleja una transferencia de divisas, por compensación contable, la cual no puede ni debe ser confundida con la compensación contemplada en el artículo 1671 del Código Civil y la compensación a la que se refiere el acto impugnado y sus antecedentes, ya que lo que hace esta Administración es dar un nombre al mecanismo implementado por el Banco Bolivariano C.A., denominado al mismo como compensación, dicha denominación debe ser considerada y analizada en virtud a su significancia económica tal como lo prescribe el artículo 13 del Código Tributario, sin confundir como lo hace la sala al término empleado en el acto impugnado con el concepto de compensación perteneciente al derecho civil, puesto que es más evidente que no se ha usado la figura de compensación para la existencia de obligaciones, sino que se ha buscado emplear un término que aduce a la forma en la cual la actora opera sus cuentas en el exterior provocando un incremento en ellas evitando el traslado de divisas al exterior por lo que ésta transacción debe ser gravada con el impuesto a la salida de divisas. (…)"*

6.2.3.2. Esta Sala considera que, con base en los hechos probados y argumentos expuestos por los sujetos procesales, concatenados con criterios doctrinarios sobre la naturaleza del hecho generador, calificación del hecho generador, esencia económica y compensación, que la actividad económica realizada por el BANCO BOLIVARIANO C.A., no se encasilla dentro del presupuesto legal (esencia económica) del impuesto a la salida de divisas, ya que, tomando en consideración el espíritu de la ley, el motivo de su creación es el de controlar la fuga del recurso monetario de nuestro país hacia el exterior y evitar la disminución del circulante monetario que afecte la economía nacional, en ese sentido, toda vez que si bien se genera un hecho real, que es, el ingreso de recursos monetarios a la entidad financiera en el exterior y cancelados a sus beneficiarios en nuestro país con uso de recursos financieros que ya se encuentran en el Ecuador, no evidencia la intención del contribuyente de trasladar recursos monetarios fuera del país, que es la esfera de acción de este impuesto, que es el sustento alegado por la falta de aplicación del inciso segundo del art. 17 del Código Tributario, el cual como se expuso debe responder a un límite de interpretación para su aplicación (reserva de ley y principio de legalidad), de lo contrario, caeríamos en un uso abusivo y desmesurado de esta forma de calificar el hecho generador, transgrediendo el principio de seguridad jurídica. Así mismo el sustento del incremento de los valores de las cuentas en exterior, resulta indiferente al presupuesto legal que configura el nacimiento de la obligación tributaria bajo la figura jurídica de "impuesto a la salida de divisas", pues el hecho generador de este tributo no se perfecciona según lo establece el art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, con en ese hecho económico, sino con el "traslado" que es el que se constituye en el objeto económico gravado mediante ley. Por lo tanto, este Sala evidencia que no se han configurado la errónea interpretación del art. 156 de la

Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, y la falta de aplicación del segundo inciso del art. 17 del Código Tributario en la sentencia recurrida.

6.2.3.3. Por otro lado, al respecto del término utilizado por la Administración Tributaria, "compensación contable" cabe establecer que conforme el art. 13 del Código Tributario, que es argumento propuesto por la propia Administración para entender su significancia y cuyo contenido se refiere a que, *"(…) las palabras empleadas en la ley tributaria se enteran conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente. (…)"*, no es aplicable para entender la esencia del termino en cuestión, pues el mismo, a la fecha de ocasionados los giros bancarios, las leyes tributarias no contemplan un significado que se le pueda atribuir normativamente con un hecho que pueda constituirse en un presupuesto legal y menos aún dotarle de una significancia económica como pretende el Servicio de Rentas Internas; pues, la compensación en la Ley Tributaria, se contempla como una forma de extinguir las obligaciones tributarias (art. 37 numeral 2 del Código Tributario), y es perfectible respecto de deuda y créditos tributarios y deudas tributarias y créditos no tributario (arts. 51 y 52 de la misma norma ibídem), y en observancia de su sentido jurídico, este término utilizado por la Administración conforme los lineamientos insinuados en su recurso, no puede ser empleado para nombrar el hecho económico y que pueda constituirse en el presupuesto legal para perfeccionar el impuesto de salida de divisas, y consecuentemente el nacimiento de una obligación tributaria. Por lo tanto, esta Sala se ve imposibilitada de establecer jurídicamente, si se adecua a la operación económica que efectivamente realice el contribuyente a dicha figura contable; en consecuencia, no se verifica la configuración de la indebida aplicación del art. 1671 del Código Civil, por la figura empleada por la Administración Tributaria.

DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, Resuelve: No Casar la sentencia dictada el 19 de agosto del 2016, las 08h17, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil. Actúe la doctora Ivonne Marlene Guamaní León, en calidad de secretaria relatora encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud del oficio No. 011-PSCT-CNJ-18 de 17 de mayo de 2018, suscrito por la presidenta de la Sala, Dra. Ana María Crespo Santos. Sin Costas.-

Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

f) Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL;

VOTO SALVADO

Juicio No. 9504-2014-0136

Juez Ponente: Dr. Darío Velástegui Enríquez

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

Quito, martes 12 de junio del 2018, las 16h23.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Econ. Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia dictada el 19 de agosto del 2016, a las 08h07, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N°2, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación N° 09504-2014-0136, deducido por el Sr. Vicente Vallarino Marcos, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y por lo tanto representante legal del BANCO BOLIVARIANO C.A., propuesto en contra de la Resolución N° 109012014RREC082900 de 8 de octubre de 2014, por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas de los meses de marzo y diciembre de 2011 y febrero de 2012.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 14 de septiembre de 2016

propuesto por el Econ. Miguel Avilés Murillo, en calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, el cual se fundamentó en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, expresó que se produjo errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, falta de aplicación del Art. 17 del Código Tributario y aplicación indebida del Art. 1671 del Código Civil.

1.1.1.- Con relación a la causal primera cuando fundamenta los vicios de "errónea interpretación" del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, "falta de aplicación" del Art. 17 del Código Tributario y "aplicación indebida" del Art. 1671 del Código Civil dice: *"(…) En el Impuesto a la Salida de Divisas, como en todos los impuestos, se evidencia en virtud a las prestaciones tributarias señaladas en la ley que lo regule, una relación jurídica previamente establecida entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), sustentada primordialmente en la existencia de un hecho generador tal como lo prescribe el artículo 15 del Código Tributario; esto significa que para establecer la existencia de una obligación de naturaleza tributaria es imperiosa la comprobación de la existencia del presupuesto legal que constituye el tributo. Para el caso del Impuesto a la Salida de Divisas, el hecho generador está contenido en el artículo 136 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, el cual de manera expresa señala que su nacimiento se da por las operaciones o transacciones de carácter monetario que tengan implícita la transferencia o salida de divisas al exterior. (…) Tal como fue detallado y explicitado de manera clara y precisa las liquidaciones por diferencia en declaraciones N° 0920140200053, 0920140200054, 092014020092, que fueron determinadas en la resolución (sic) N° 109012014RREC082900, esta Administración Tributaria consideró como transferencia de divisas al exterior la compensación, la que corresponde al mecanismo contable establecido por el actor que tiene como consecuencia el mantener divisas en el exterior que debieron ingresar al país, en el exterior, incrementando de manera evidente el saldo de sus cuentas ubicadas fuera del Ecuador. La Sala justifica la decisión tomada en la supuesta falta de disposición legal o reglamentaria que regule el esquema implantado por el actor, sin considerar que este mecanismo compensa con recursos monetarios locales el dinero que debían ser remitidos al Ecuador, constituyéndose la misma en una práctica que puede ser denominada como elusiva, tanto así que de manera posterior fue considerada como tal dentro de la resolución (sic) N° NAC-DGECCGC12-0015, resolución que al errado criterio de la Sala fue aplicada de manera retroactiva, cuando de la simple lectura del acto se desprende que la misma es referida de manera didáctica, sin que implique su aplicación violación de manera alguna al principio de retroactividad, puesto que en el presente caso nos encontramos ante un criterio legal constante en la resolución que no establece nuevos presupuestos para tal generación del hecho imponible u otorga derechos y obligaciones sino que tal criterio coincide con la presunción que fue establecida en el acto impugnado y en su antecedente. (…) La Sala de Instancia debió al momento de tomar la decisión del caso aplicar el segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario, ya que se demostró dentro del acto impugnado y sus antecedentes que el mecanismo implementado por el actor produce inequívocamente un incremento de los valores de los saldos de sus cuentas en el exterior y que esto se constituye en una forma de compensación, lo que la Sala deja de considerar es que esta Administración aplicó de manera razonable el principio de realidad económica de las transacciones analizadas, puesto que se ha verificado que el actor ha distorsionado la realidad económica de las compensaciones realizadas pretendiendo utilizar una forma jurídica inapropiada para justificar la supuesta no adecuación de las operaciones al hecho generador del impuesto a la salida de divisas (sic), de haber aplicado el artículo antes mencionado la Sala hubiera llegada a la conclusión de que los valores compensados se encuentran efectivamente gravados con el impuesto a la Salida de Divisas (sic). Los valores glosados por el impuesto a la salida de divisas (sic) se sustentan en la comprobación de las cuentas de la actora las cuales demuestran que las cuentan de la institución financiera ubicadas en el exterior se vieron incrementadas, por el pago con fondos locales de los giros remitidos desde el exterior hacia el país, esta Administración concluyó que tal operación reflejada una transferencia de divisas, por compensación contable, la cual no puede ni debe ser confundida con la compensación contemplada en el artículo 1671 del Código Civil, norma que ha sido aplicada de manera indebida por la Sala de Instancia, esta aplicación es indebida puesto que no existe relación entre la compensación establecida en el Código Civil y la compensación a la que se refiere el acto impugnado y sus antecedentes, ya que lo hace esta Administración es dar un nombre al mecanismo implementado por el Banco Bolivariano C.A., denominando al mismo como compensación, dicha denominación debe ser considerada y analizada en virtud*

a su significancia económica tal como lo prescribe el artículo 13 del Código Tributario, sin confundir como lo hace la sala (sic) al término empleado en el acto impugnado con el concepto de compensación perteneciente al derecho civil, puesto que es más que evidente que no se ha usado la figura de compensación para la extinción de obligaciones, sino que se ha buscado emplear un término que aduce a la forma en la cual la actora opera sus cuentas en el exterior provocando un incremento en ellas evitando el traslado de divisas al exterior por lo que ésta transacción debe estar gravada con impuesto a la salida de divisas (sic). (…) Como resultado de los evidentes vicios alegados por esta Administración, el juzgador toma una decisión que es totalmente contraria a la normativa aplicable al caso de análisis, lo que lo lleva a afirmar la supuesta existencia de valores pagados indebidamente por el actor, al considerar de manera errada que las operaciones de compensación de cuentas no se encuentran contenidas en el hecho generador del impuesto a la salida de divisas (sic), sin considerar que lo regulado por este impuesta considera como gravadas a las divisas de fuente ecuatoriana a las transferencias que impliquen una salida de estos recursos inclusive si dichos se encuentran en el exterior, ya que el mecanismo implementado incrementa el patrimonio del Banco, al volverse las mismas de la propiedad de la actor luego de la compensación realizada, puesto que de haberse realizado las transacciones de acorde a la naturaleza del negocio y a lo ordenado por lo clientes (sic), los valores hubieran ingresado al país y habrían tenido que trasladarse para encontrarse en el exterior, en oposición a lo que se evidenció en este caso. (…)".

1.2.- En consideración al auto de fecha 10 de octubre de 2016, a las 11h17, 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, por la errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, falta de aplicación del Art. 17 del Código Tributario y aplicación indebida del Art. 1671 del Código Civil. 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.- Con fecha 17 de octubre del 2016 el actor, Banco Bolivariano da contestación referente al recurso de casación manifestando que el impuesto a la salida de divisas no es un impuesto a la divisa salida ni tampoco un impuesto al ingreso de divisas, pero que según la administración tributaria el impuesto ahora se origina incluso por lo que dejó de ingresar al país razón por la cual expone no se configura la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, en lo que respecta a la falta de aplicación del Art. 17 del Código Tributario así como de la aplicación indebida del artículo 1671 del Código Civil manifiesta que dichos vicios no se han configurado y en tal virtud solicita que se niegue el recurso por improcedente.

1.4.- Finalmente, es esencial manifestar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, la misma que en su parte considerativa indica: *"(…)* ***SEXTO. 6.1)*** *La demanda señala que el objeto de la litis se centra en la existencia del pago indebido que reclama, el cual corresponde a USD $. 1´202,371.39, por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas ISD, incluyendo intereses y recargo, cantidad que fuera pagada por el Banco al tenor de lo dispuesto en la Resolución Administrativa No. 109012014RREC082900 del 8 de octubre del 2014, emitida por Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur actual Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, mediante la cual negó las reclamaciones presentadas por el BANCO BOLIVARIANO C. A. y, por ende, ordenó según el actor de manera ilegal e indebidamente pagar un valor por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas, en contra de lo que el Banco había reclamado administrativamente, por unas Liquidaciones de Pago por Diferencias del referido impuesto correspondientes de marzo del 2011, a diciembre del 2011 y a febrero del 2012. Alega el actor, que El Servicio de Rentas Internas el 1 de abril de 2014 y 14 de abril del mismo año, emitió las denominadas liquidaciones de pago por diferencias en la declaración Nos. 0920140200053 y 0920140200054; y 0920140200092 respectivamente, por concepto de impuesto a la salida de divisas correspondientes a los meses de marzo y diciembre del 2011; y febrero del 2012. El 5 y 16 de mayo de 2014, el señor Fernando José Ramón Salazar Arrarte, en su calidad de representante legal de la compañía BANCO BOLIVARIANO C.A. ingresó tres reclamos administrativos signados con trámites 109012014062811, 109012014062812 y 109012014069672, mediante los cuales impugnó las referidas liquidaciones, solicitando se den de baja y se deje sin efecto las glosas contenidas en las liquidaciones mencionadas. Los referidos reclamos fueron*

acumulados y la administración tributaria resolvió, el 8 de octubre de 2014, mediante resolución administrativa No. 109012014RREC082900, negar los reclamos presentados por el Banco, ratificando las declaraciones emitidas por el SRI. El 20 de octubre del 2014, el Banco Bolivariano C.A., pagó la totalidad de las liquidaciones antes señaladas, por la cantidad de U.S. $ 1,202,371.39 por concepto de la supuesta diferencia en el impuesto a la salida de divisas. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER: El problema Jurídico a resolver, de acuerdo a las alegaciones presentadas por las partes es el siguiente: ¿El Banco Bolivariano C.A., cumplió, como supuesto sujeto pasivo del impuesto a la Salida de Divisas, con el hecho generador señalado por el Servicio de Rentas Internas en la resolución del reclamo administrativo? Es así que, en caso de constituirse el Banco como legitimado pasivo del tributo y cumplir con el hecho generador, correspondería verificar si las liquidaciones de pago por diferencias del impuesto se encuentran correctamente realizadas; caso contrario, al no cumplir con el presupuesto señalado como hecho generador, el Banco no debía cancelar diferencia alguna respecto al ISD, y por tanto, el valor cancelado fuere considerado como pago indebido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario. RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO. Una vez que se ha establecido que el problema gira en torno al hecho generador o hecho imponible del impuesto a la Salida de Divisas, es necesario realizar las siguientes precisiones respecto al mismo: Sobre el Hecho generador. Según el libro "Derecho Tributario", del tratadista argentino Osvaldo H. Soler, establece que ?el hecho imponible, como categoría normativa, describe una circunstancia que puede producirse o no producirse en la realidad, por lo tanto es un hipotético (…) El hecho imponible, viene a constituirse así en el factor desencadenante del nacimiento de la obligación tributaria, en tanto la voluntad de los particulares ha estado dirigida a crear otra relación jurídica distinta y subjetivamente desconectada de aquella, pues la intención humana no ha de ser, seguramente, realizar un hecho imponible, sino, en verdad, realizar un hecho jurídico". Es necesario citar la definición de hecho generador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del Código Tributario: "Art. 16.- Hecho generador.- Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo." Es evidente que el hecho generador o imponible, es el presupuesto establecido en la ley para configurar cada tributo; por tanto, es necesario remitirse a las normas referidas por la autoridad tributaria en la resolución impugnada que establecen el objeto del impuesto a la Salida de Divisas, cual es el hecho generador del mismo y su aplicación al Banco Bolivariano. En la resolución impugnada, sobre el Impuesto a la Salida de Divisas, se cita el artículo 155 y 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época, que establecen lo siguiente: "Art. 155.- Creación del Impuesto a la Salida de Divisas.- Créase el impuesto a la Salida de Divisas (ISD) sobre el valor de todas las operaciones y transacciones monetarias que se realicen al exterior, con o sin intervención de las instituciones que integran el sistema financiero." "Art. 156.- Hecho generador.- El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior. Todo banco extranjero que opere en el Ecuador, mensualmente deberá declarar que han pagado el Impuesto quienes hayan efectuado remesas de dinero, aun cuando sea bajo un sistema de courier o sistema expreso, en sobre cerrado, de que tenga conocimiento la institución financiera. Todos los couriers autorizados para operar en el Ecuador, antes de tramitar cualquier envío al exterior, deberán recabar del ordenante una declaración en formulario, del que sea destinatario el Servicio de Rentas Internas, expresando que en el sobre o paquete no van incluidos cheques o dinero al exterior." De acuerdo a las normas citadas, el impuesto a la salida de divisas fue creado para grabar las operaciones y transacciones monetarias realizadas en el exterior; el hecho generador del mismo, constituye de acuerdo a la norma "la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero". Una vez determinado con claridad el alcance del hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, es necesario mencionar de qué forma establece la administración tributaria en su resolución, que el Banco Bolivariano se encuadra en el mismo. Los numerales 26.8.19, 26.8.20, 26.8.21, 26.8.22, 26.8.23 y

26.8.24, de la parte resolutoria de la resolución que ordena el pago, establecen lo siguiente: "26.8.19. En tal sentido, toda operación que represente una transferencia o un traslado de divisas al exterior, realizada directa o indirectamente mediante pagos de cualquier naturaleza, locales o en el exterior (efectivo, cheques retiros, etc.), causa el Impuesto a la Salida de Divisas, debiendo por ende efectuarse el correspondiente pago del impuesto, en caso de que este no haya sido retenido. 26.8.20. Para el caso de las instituciones del sistema financiero, tales como el contribuyente reclamante, se tiene que éstas en razón del ejercicio de sus actividades debidamente autorizadas, actúan como intermediarios de las transferencias y envíos realizados desde el exterior cuyos beneficiarios son personas naturales o sociedades residentes en el país. 26.8.21. Como se observa, en las dos situaciones anteriores, las instituciones financieras, al actuar como intermediarias, son las encargadas de efectivizar dichas transferencias, mediante el envío o recepción de recursos financieros desde o hacia el exterior; sin embargo, existen casos en los cuales los recursos monetarios enviados hacia el Ecuador, bien sea por remesas, comercio exterior, inversión, etc., no ingresan efectivamente al país, ya que estas son pagadas, por las instituciones financieras a sus beneficiarios, con dinero que se encuentra ya en el país, producto de las operaciones propias de las instituciones financieras, mientras que el dinero correspondiente a la instrucción recibida se queda en cuentas de la institución financiera del exterior. 26.8.22. Como resultado de esta operación, la institución financiera nacional ve incrementada la cantidad de recursos monetarios en el exterior, situación que en la práctica se traduce en salida de divisas del país, hecho por el cual debe verificarse el pago del ISD en tales operaciones, toda vez que se cumple con el hecho generador del mencionado impuesto. 26.8.23 Cabe resaltar que el hecho generador del ISD se cumple en el momento en que la institución financiera nacional efectúa el pago de la transferencia de los beneficiarios de estas, ya que es en este momento en el cuales se perfecciona la transferencia y los recursos recibidos en el exterior pasan a ser propiedad de la institución financiera nacional. 26.8.24 Considerando la naturaleza del impuesto, la calidad de contribuyentes de las instituciones financieras y la normativa tributaria vigente en los periodos analizados, aquellos envíos de divisas realizados por parte de instituciones financieras, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en Ecuador, causan ISD, por lo que en las correspondientes declaraciones mensuales del impuesto a realizarse por parte de las instituciones financieras, debe efectuarse adicionalmente la correspondiente liquidación y pago del ISD causado en este tipo de operaciones, en atención al artículo 161 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y demás normas contenidas en el ordenamiento jurídico tributario que regula el impuesto a la salida de divisas.". (Lo subrayado es nuestro). De acuerdo a la parte resolutiva de la decisión impugnada, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, se cumple una vez que el Banco, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en Ecuador; y, específicamente, cuando cancela a sus clientes con dineros que se encuentran en el país y pasan a ser suyos las divisas recibidas en el exterior. En virtud de lo señalado por la Administración Tributaria, en necesario determinar lo siguiente: El hecho generador, de acuerdo al artículo 156, numeral 1 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época y contenida en la resolución que ordena el pago, establece que el hecho generador constituye: "la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero". El supuesto hecho jurídico descrito por la administración tributaria, esto es los recursos monetarios enviados hacia el Ecuador, recibidos en el exterior, que son cancelados en nuestro país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en el Ecuador, no constituye traslado de divisas al exterior de ningún tipo, como determina la norma referida; por lo cual, es evidente que el Banco Bolivariano no se encuadra en el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas. La Administración Tributaria describe la conducta del Banco en dos partes: 1) La recepción de divisas del exterior con la finalidad de que sean enviados a Ecuador; 2) El pago a quienes se le remite las divisas del exterior, con dinero que ya se encuentre en el país; el Servicio de Rentas Internas pretende que estos dos hechos jurídicos distintos, se encuadren como una conducta única y subsumirla en la norma que contiene el hecho generador. El supuesto no retorno de divisas al país, que según la administración debían ingresar, a través de los dos hechos jurídicos descritos, no constituye ni independientemente ni conjuntamente transferencia o traslado al

exterior, a través de ninguna de las formas detalladas en la norma, esto es, no representan un giro de un cheque, una transferencia, envío, retiro o pago de cualquier naturaleza desde el Ecuador, hacia el exterior, como lo requiere clara y expresamente la norma señalada. Por tal concepto, una vez que el Banco Bolivariano no cumple los parámetros contenidos para que se configure el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, de acuerdo a lo señalado en la resolución citada, la subsunción realizada por el Servicio de Rentas Internas es improcedente; y, por tanto, los pagos realizados fueron exigidos ilegalmente, tornándose en pagos indebidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario. Sobre la circular recordatorio y la "compensación". La Administración Tributaria, en la resolución de los reclamos presentados, expone como una de las supuestas normas jurídicas que avala las liquidaciones por cobro de diferencias del impuesto a la Salida de Divisas, la circular recordatorio No. NAC-DGECCGC12-00017, emitida por el Director del Servicio de Rentas Internas el 25 de septiembre del 2012 y publicada en el registro oficial N. 806 del 9 de Octubre de 2012, que en su parte pertinente señala: "5.- Hecho generador De conformidad con las disposiciones normativas señalas en la presente Circular, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza, realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero; en tal sentido las compensaciones internacionales, realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior, causan ISD. (Énfasis añadido). Con fundamento en lo mencionado, las transferencias al exterior realizadas mediante compensaciones de cualquier tipo, causan el Impuesto a la Salida de Divisas sobre la totalidad de la operación y no únicamente sobre el saldo neto transferido; en virtud de lo expuesto, los contribuyentes deben efectuar la correspondiente liquidación y pago del impuesto, así como también las instituciones financieras deben realizar la retención respectiva, según corresponda, de conformidad con la normativa tributaria aplicable." Respecto a la referida circular, es necesario señalar que la misma fue emitida y publicada en el Registro Oficial con posterioridad a los meses en los que se produjo el supuesto hecho generador (marzo y diciembre 2011; y febrero de 2012), por lo cual no es procedente considerarla para el caso concreto, una vez que no recuerdan nada que se encuentre dentro del texto del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador vigente a la época, sino que pretende ampliar el hecho generador de la misma, a través de la inclusión al hecho generador legal, de un supuesto nuevo, esto es "las compensaciones internacionales, realizadas mediante cualquier mecanismo, y que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior". Además de lo manifestado, que tiene relación con el principio de reserva legal en materia tributaria, contenido en el artículo 301 de la Constitución, los artículos 4, 5, 15, 16 y 18 del Código Tributario, así como el derecho a la seguridad jurídica, contenido en el artículo 82 de la Constitución, impide en este caso preciso la aplicación de la circular, por aumentar un presupuesto nuevo al hecho generador legal, lo que se convertiría en una aplicación retroactiva de ese contenido jurídica; consecuentemente, tampoco procede la figura de la compensación referida en la circular, no procede al caso controvertido, una vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1671 del Código Civil, única norma legal que establece el alcance de la misma, señala que se produce cuando dos personas son deudoras una de otra, operándose entre ellos una compensación que extingue ambas deudas; de acuerdo al caso analizado en la resolución referida, el Banco no tiene deudas a compensar con el cliente que en el exterior envía dinero al Ecuador; ni tampoco con la persona que lo va a recibir en el país, por lo que es evidentemente incongruente e ilegal se pretenda encuadrar hechos jurídicos como "compensación", que no tienen relación alguna con el significado y alcance del mencionado medio de pago. ***3). CONCLUSIÓN****. El Banco Bolivariano C.A., no cumple con los presupuestos determinados en la norma respecto al hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, contenido en el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época, por lo que el pago realizado por la institución financiera fue exigido indebidamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario, por lo que debe aceptarse la acción interpuesta y ordenarse la devolución de los montos indebidamente pagados. Al respecto se considera que el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador señala como hecho generador la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo, a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizado con o sin la intermediación de las instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con la intervención de las instituciones del sistema financiero, como es el presente*

caso, será constitutivo del mismo el débito a cualquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior. En este caso, no existe ningún débito efectuado a una cuenta en el Ecuador con el fin de trasladar divisas al exterior, lo que indica la administración tributaria es que el Banco debe cancelar el Impuesto a la Salida de Divisas determinado mediante las "Liquidaciones de Pago por Diferencias" por un dinero que no entró siquiera al país y que no sirvió para pagos al exterior, lo cual no se configura como hecho generador de acuerdo con la norma citada. Ahora bien, toca establecer también si la determinación efectuada por la administración tributaria constituye uno de aquellos casos señalados como presunción del hecho generador, para dicho efecto, la Ley señala como caso de presunción del Impuesto a la Salida de Divisas a las Importaciones que realice el sujeto pasivo cuando los pagos se realicen con recursos en el exterior; en el presente caso, no estamos ante una importación, ya que el objeto social y actividad de toda institución financiera como el Banco, no es la importación habitual de bienes sino la intermediación financiera, por lo que al no caer dentro de la presunción el caso analizado tampoco cabe el pago del Impuesto a la Salida de Divisas. Posteriormente, mediante reforma a los incisos terceros y cuarto del artículo 156 publicado en el Registro Oficial 583 del 24 de noviembre de 2011 se incorporaron otros casos de presunción de hechos generadores de ISD, los que se deben analizar. Así, la norma estableció que causa ISD todo pago efectuado desde el exterior, aun cuando los pagos no se hagan mediante remesa o transferencia sino directamente con recursos en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros, lo cual tampoco se encuadra dentro del caso señalado por la administración tributaria, puesto que ella indica que está gravado con ISD el dinero de sus clientes que no entró al Ecuador. Para finalizar, la reforma al artículo 156 introdujo otro caso de presunción en el caso de los exportadores, al señalar que se presume haberse efectuado una salida de divisas cuando se realicen actividades económicas de exportación y las divisas correspondientes a las mismas no ingresen al Ecuador, señalando que el pago del ISD definido en este caso de presunción está sujeto a descuento con aquel ISD causado por pagos efectuados al exterior, el cual debe ser declarado de manera anual en la forma plazos y demás requisitos que establezca el Servicio de Rentas Internas. Por lo tanto, la determinación efectuada por el Servicio de Rentas Internas no se encuadra dentro de ninguno de los hechos generadores del Impuesto a la Salida de Divisas, ni tampoco cae dentro de los casos de presunción de dicho hecho generador, configurándose entonces lo señalado en el artículo 122 del Código Tributario vigente que indica "Pago indebido.- Se considerará pago indebido el que se realice por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; el efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria, conforme a los supuestos que configuran el respectivo hecho generador. En iguales condiciones, se considerará pago indebido, aquel que se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal." (…)".

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1.- Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver la presente acción objetiva de anulación con efectos generales, en virtud de las Resoluciones Nos. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 y 009-2018, de 23 de enero de 2018, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018 de 01 de febrero de 2018, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como 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; y, 185 segunda parte, numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero de la Codificación de la Ley de Casación.

III. VALIDEZ PROCESAL

3.1.- No se observa del proceso ninguna circunstancia que pueda afectar la validez procesal y no existe nulidad alguna que declarar; por lo que, estando en autos para resolver, se considera.

IV.- PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1.- Previamente a señalar los cargos imputados, es pertinente indicar que el proponente del recurso de casación ha fundamentado su pedido por la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de la materia, por *errónea interpretación, falta de aplicación y aplicación indebida* de normas de derecho, que han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL PRIMERA (Art. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, **falta de aplicación** del Art. 17 del Código Tributario y **aplicación indebida** del Art. 1671 del Código Civil.

V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El recurso de casación conforme lo ha reconocido la propia doctrina y jurisprudencia, posee un carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene como base fundamental el operar sobre una resolución ejecutoriada, expedida por un Tribunal de Instancia. Cabe señalar que per se, no constituye una nueva instancia, así como tampoco abre la posibilidad de un nuevo examen del proceso, de ahí su ratificación sobre su esencia formal, cuyos requisitos y términos se encuentran establecidos en la ley. Finalmente, la crítica del recurrente a la Sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2.- Conforme los problemas jurídicos descritos en este fallo, el casacionista alegó la **causal primera** del Art. 3 de la Ley de la materia, por *errónea interpretación*, *falta de aplicación y aplicación indebida* de normas de derecho, señaladas en el número 4.1., cargo único, cuyos texto son los siguientes:

- LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA EN EL ECUADOR:

Art. 156.- Hecho generador.- *El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior.*

Todo banco extranjero que opere en el Ecuador, mensualmente deberá declarar que han pagado el Impuesto quienes hayan efectuado remesas de dinero, aun cuando sea bajo un sistema de courier o sistema expreso, en sobre cerrado, de que tenga conocimiento la institución financiera. Todos los couriers autorizados para operar en el Ecuador, antes de tramitar cualquier envío al exterior, deberán recabar del ordenante una declaración en formulario, del que sea destinatario el Servicio de Rentas Internas, expresando que en el sobre o paquete no van incluidos cheques o dinero al exterior.

Todo pago efectuado desde el exterior por personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador, se presume efectuado con recursos que causen el ISD en el Ecuador, aún cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros.

También se presumirá haberse efectuado la salida de divisas, causándose el correspondiente impuesto, en el caso de exportaciones de bienes o servicios generados en el Ecuador, efectuadas por personas naturales o sociedades domiciliadas en Ecuador, que realicen actividades económicas de exportación, cuando las divisas correspondientes a los pagos por concepto de dichas exportaciones no ingresen al Ecuador. En este caso, al impuesto causado en las divisas no ingresadas, se podrá descontar el valor del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) generado en pagos efectuados desde el exterior, referidos en el párrafo anterior. El pago del ISD definido en este párrafo, se efectuará de manera anual, en la forma, plazos y demás requisitos que mediante resolución de carácter general establezca el Servicio de Rentas Internas.

- CÓDIGO TRIBUTARIO:

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

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

- CÓDIGO CIVIL:

Art. 1671.- *Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.*

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 *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.

5.3.- Respecto a la alegación efectuada por el recurrente sobre la "**errónea interpretación**" del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, "**falta de aplicación**" del artículo 17 del Código Tributario e "**Indebida aplicación**" del artículo 1671 del Código Civil, expone que de conformidad con el contenido del artículo 136 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria el nacimiento del ISD se da por las operaciones de carácter monetario que tengan implícita la transferencia o salida de divisas; a decir del recurrente la Sala de Instancia justifica su decisión en el hecho de que según su criterio no habría norma legal o reglamentaria que regule el esquema implantado por el actor, sin considerar que el mecanismo realizado por el actor obedece a una compensación con recursos monetarios locales del dinero que debía ser remitido al Ecuador, que la Administración Tributaria en uso de su facultad determinadora que posibilita verificar la existencia real del hecho generador del contribuyente, y según lo cual la Sala de instancia debió aplicar el segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario, toda vez que existiría un incremento de los valores de los saldos en el exterior que se constituyen en una forma de compensación y que la Sala dejó de considerar, que la Administración Tributaria aplicó el principio de realidad económica puesto que según a su criterio el actor ha pretendido distorsionar la realidad económica de las compensaciones utilizando una forma jurídica inapropiada para justificar la no existencia del hecho generador del ISD. Finalmente el recurrente manifiesta que la compensación contable a la que se refiere, no debe ser confundida con la compensación del artículo 1671 del Código Civil norma que ha sido aplicada de manera indebida por la Sala de instancia, toda vez que esta compensación no se refiere a la del derecho civil de compensación de obligaciones sino que obedece a un término contable utilizado por la actora al incrementar sus cuentas en el exterior evitando el traslado de divisas al exterior, operación que debe gravarse con el ISD.

5.4.- Al respecto es importante establecer lo referente al pronunciamiento de la sentencia recurrida:

> *"(…)PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER: El problema Jurídico a resolver, de acuerdo a las alegaciones presentadas por las partes es el siguiente: ¿El Banco Bolivariano C.A., cumplió, como supuesto sujeto pasivo del impuesto a la Salida de Divisas, con el hecho generador señalado por el Servicio de Rentas Internas en la resolución del reclamo administrativo? Es así que, en caso de constituirse el Banco como legitimado pasivo del tributo y cumplir con el hecho generador, correspondería verificar si las liquidaciones de pago por diferencias del impuesto se encuentran correctamente realizadas; caso contrario, al no cumplir con el presupuesto señalado como hecho generador, el Banco no debía cancelar diferencia alguna respecto al ISD, y por tanto, el valor cancelado fuere considerado como pago indebido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código Tributario (…)26.8.22. Como resultado de esta operación, la institución financiera nacional ve incrementada la cantidad de recursos monetarios en el exterior, situación que en la práctica se traduce en salida de divisas del país, hecho por el cual debe verificarse el pago del ISD en tales operaciones, toda vez que se cumple con el hecho generador del mencionado impuesto. 26.8.23 Cabe resaltar que el hecho generador del ISD se cumple en el momento en que la institución financiera nacional efectúa el pago de la transferencia de los beneficiarios de estas, ya que es en este momento en el cuales se perfecciona la transferencia y los recursos recibidos en el exterior pasan a ser propiedad de la institución financiera nacional. 26.8.24 Considerando la naturaleza del impuesto, la calidad*

de contribuyentes de las instituciones financieras y la normativa tributaria vigente en los periodos analizados, aquellos envíos de divisas realizados por parte de instituciones financieras, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en Ecuador, causan ISD, por lo que en las correspondientes declaraciones mensuales del impuesto a realizarse por parte de las instituciones financieras, debe efectuarse adicionalmente la correspondiente liquidación y pago del ISD causado en este tipo de operaciones(...) De acuerdo a la parte resolutiva de la decisión impugnada, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, se cumple una vez que el Banco, mediante compensación de transferencias recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios en el país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en Ecuador; y, específicamente, cuando cancela a sus clientes con dineros que se encuentran en el país y pasan a ser suyos las divisas recibidas en el exterior. En virtud de lo señalado por la Administración Tributaria, en necesario determinar lo siguiente: El hecho generador, de acuerdo al artículo 156, numeral 1 de la Ley Reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, vigente a la época y contenida en la resolución que ordena el pago, establece que el hecho generador constituye: "la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero". El supuesto hecho jurídico descrito por la administración tributaria, esto es los recursos monetarios enviados hacia el Ecuador, recibidos en el exterior, que son cancelados en nuestro país con el uso de recursos financieros que ya se encuentran en el Ecuador, no constituye traslado de divisas al exterior de ningún tipo, como determina la norma referida; por lo cual, es evidente que el Banco Bolivariano no se encuadra en el describe la conducta del Banco en dos partes: 1) La recepción de divisas del exterior con la finalidad de que sean enviados a Ecuador; 2) El pago a quienes se le remite las divisas del exterior, con dinero que ya se encuentre en el país; el Servicio de Rentas Internas pretende que estos dos hechos jurídicos distintos, se encuadren como una conducta única y subsumirla en la norma que contiene el hecho generador. El supuesto no retorno de divisas al país, que según la administración debían ingresar, a través de los dos hechos jurídicos descritos, no constituye ni independientemente ni conjuntamente transferencia o traslado al exterior, a través de ninguna de las formas detalladas en la norma, esto es, no representan un giro de un cheque, una transferencia, envío, retiro o pago de cualquier naturaleza desde el Ecuador, hacia el exterior, como lo requiere clara y expresamente la norma señalada. Por tal concepto, una vez que el Banco Bolivariano no cumple los parámetros contenidos para que se configure el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, de acuerdo a lo señalado en la resolución citada, la subsunción realizada por el Servicio de Rentas Internas es improcedente; y, por tanto, los pagos realizados fueron exigidos ilegalmente(...) consecuentemente, tampoco procede la figura de la compensación referida en la circular, no procede al caso controvertido, una vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1671 del Código Civil, única norma legal que establece el alcance de la misma, señala que se produce cuando dos personas son deudoras una de otra, operándose entre ellos una compensación que extingue ambas deudas; de acuerdo al caso analizado en la resolución referida, el Banco no tiene deudas a compensar con el cliente que en el exterior envía dinero al Ecuador; ni tampoco con la persona que lo va a recibir en el país, por lo que es evidentemente incongruente e ilegal se pretenda encuadrar hechos jurídicos como "compensación", que no tienen relación alguna con el significado y alcance del mencionado medio de pago.

5.5.- De lo antes indicado en la sentencia de instancia es importante determinar que el objeto de la Litis se circunscribe a establecer si el Banco Bolivariano cumplió o no, como sujeto pasivo del ISD, con el hecho generador de dicho impuesto tal como lo ha señalado la administración tributaria. De lo cual, se determina en la sentencia que la Administración Tributaria detectó que al actuar el Banco Bolivariano como intermediario de las transferencias del exterior fue el encargado de efectivizar dichas transferencias sin que las mismas ingresen efectivamente al país ya que fue pagado por la institución financiera a los beneficiarios con dinero que se encontraba en el país, producto de las operaciones propias de la entidad financiera mientras que el dinero que recibe la institución se queda en las cuentas del exterior y por tanto la Institución Financiera Nacional, Banco Bolivariano ve

incrementado los recursos monetarios en el exterior. Es decir que como resultado de esta operación la institución bancaria nacional ve incrementada la cantidad de recursos monetarios en el exterior, y concomitantemente decrecen los recursos en el Banco Bolivariano Ecuador, produciéndose de esta manera el hecho generador de la salida de divisas por medio de la figura de una compensación contable, hecho por el cual se produce la salida de divisas y por tanto el hecho generador del ISD, el mismo que se produce en el momento en que la institución financiera nacional realiza el pago por la transferencias a sus beneficiarios locales momento en el cual se ve perfeccionada la transferencia de divisas, razón por la cual se aumenta la cantidad de recursos en cuenta del exterior, mientras que el Banco pagaba a los beneficiarios con dinero local (disminuyendo los recursos de su cuenta). En tal virtud, la cuenta que mantiene el Banco Bolivariano en el exterior es incrementada, mientras que la cuenta de dinero local decrecía, todo esto en base al principio de partida doble de contabilidad.

Para Lupe Beatriz Espejo Jaramillo, respecto al Principio de partida doble, indica:

> *"…La contabilidad se basa en el principio universal de partida doble y significa que en cada transacción se registran dos efectos, uno que recibe y otro que entrega, por tanto afectará por lo menos a dos partidas o cuentas contables por igual valor para que exista equilibrio."*[7]

Continuando con el mismo orden de ideas, es importante mencionar que el criterio de compensación de cuentas en relación a la aplicación del principio del hecho generador del artículo 17 del Código Tributario es procedente, por cuanto se ha demostrado la existencia de un sistema de transferencias que han incrementado las cuentas en el exterior contra pagos realizados con recursos del banco local, lo cual nos conduce a un modo de compensar los depósitos en el exterior con los pagos locales, incrementándose las cuentas en el exterior razón por la cual procede la aplicación del principio de realidad económica del hecho generador del Impuesto de Salidas de Divisas, por sobre la forma jurídica que inapropiadamente busca otros propósitos financieros, destacando que según lo establecido en la doctrina, la ley tributaria debe ser aplicada haciendo valer el contenido económico subyacente a las formas jurídicas y cuya única finalidad es que exista una correcta aplicación de la obligación tributaria evitando las distorsiones que se pueden producir cuando se persigue disfrazar la realidad jurídica, que para el presente caso se traducen en incremento de las cuentas del Banco Bolivariano en el exterior como producto de una compensación contable con las cuentas nacionales las mismas que decrecieron en la misma proporción que se incrementó la cuenta en el exterior, toda vez que a los beneficiaros de las remesas se les canceló con dinero local, que con el concepto de realidad económica antes expuesto estas operaciones constituyen un modo contable que por compensación, transfieren divisas e incrementan la cuentas en el exterior, de esta manera se evidencia el hecho generador del ISD y por lo tanto la obligación del sujeto pasivo del mismo. Es decir que los hechos materiales y esencia económica de la transacción hacen relación a la configuración de la obligación tributaria, esto es el hecho generador del ISD de conformidad con el art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria para el Ecuador, de lo cual si el Tribunal de instancia hubiese transparentado la esencia misma de la transacción con la finalidad de precautelar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el art. 156 antes mencionado habría concluido que hubo transferencia o traslado de divisas.

De lo expuesto se establece que el ISD se produce por la compensación de las transferencia recibidas del exterior y el pago de las mismas a sus beneficiarios con dinero que ya se encuentra en el Ecuador, y en el momento que se cancelan a los clientes con esos dineros y pasan a ser suyas las divisas en el exterior, hechos que al aplicarse el concepto de realidad económica por sobre las formas jurídicas, principio de esencia sobre la forma, se evidencia o produce el hecho generador del ISD de conformidad con el contenido del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, que establece que la obligación nace por las transferencias

[7] Lupe Beatriz Espejo Jaramillo, Contabilidad General, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, 2011, pág. 23.

con o sin intermediación de instituciones del sistema financiero, siendo que por la figura de la compensación contable se produce la salida de divisas al incrementarse la cuenta en el exterior contra una cuenta en el banco local Ecuador que decrece como resultado de una compensación contable donde se evidencia el nacimiento del hecho generador del ISD.

> ***"Art. 156.- Hecho generador.-*** *El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior (...)*

Bajo ese esquema, los saldos de las cuentas del Banco Bolivariano en el exterior se incrementan y como contrapartida las cuentas del Banco local Ecuador se ven mermadas, lo que evidencia la transferencia de divisas al Banco Bolivariano en el exterior, configurándose así la salida de capital, y a su vez la obligación de realizar la declaración y pago del Impuesto de Salida de Divisas.

En función de lo expuesto y de la alegación presentada por el recurrente evidentemente se ha producido la falta de aplicación del artículo 17 del Código Tributario, en su segundo inciso, por cuanto los hechos expuestos en la sentencia se subsumen perfectamente en dicha falta de aplicación, la que ha ocasionado la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, que establece que el hecho generador del impuesto se constituye por transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. De todo lo cual si el Tribunal de Instancia hubiese aplicado el artículo 17 C.T. en mención, habría concluido que efectivamente el actor utilizó un mecanismo que ha distorsionado la realidad económica de las transacciones y con la aplicación razonable del principio de realidad económica, es decir el predominio de la sustancia sobre la forma, habría determinado que el actor efectivamente al compensar los valores en el exterior con el pago de remesas con recursos locales que incrementaron los recursos del mismo banco en el exterior y que ocasionaron como contrapartida contable que la cuenta del banco en el Ecuador decrezca en el mismo monto en que se incrementó en el exterior, efectivamente se constituyó una salida de divisas que dio lugar al hecho generador del ISD, el que se verifica en el momento en que la institución financiera nacional efectúa el pago de las transferencias de los beneficiarios de estas, momento en el cual se perfecciona la transferencia y los recursos recibidos en el exterior pasan a ser propiedad de la institución financiera nacional, razón por la cual esta compensación de transferencias causan el ISD y no como erradamente Tribunal ha manifestado que: *"El supuesto no retorno de divisas al país, que según la administración debían ingresar, a través de los dos hechos jurídicos descritos, no constituye ni independientemente ni conjuntamente transferencia o traslado al exterior, a través de ninguna de las formas detalladas en la norma, esto es, no representan un giro de un cheque, una transferencia, envío, retiro o pago de cualquier naturaleza desde el Ecuador, hacia el exterior, como lo requiere clara y expresamente la norma señalada. Por tal concepto, una vez que el Banco Bolivariano no cumple los parámetros contenidos para que se configure el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas…"*. Con todo lo cual se evidencia la falta de aplicación del artículo 17, segundo inciso del Código Tributario así como la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria.

Adicionalmente se ha evidenciado la aplicación indebida del artículo 1671 del Código Civil expuesta por el recurrente sobre lo cual Sala juzgadora de instancia establece:

> *"(…) no procede al caso controvertido, una vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1671 del Código Civil, única norma legal que establece el alcance de la misma, señala que se produce cuando dos personas son deudoras una de otra, operándose entre ellos una compensación que extingue ambas deudas; de acuerdo al caso analizado en la resolución referida, el Banco no tiene deudas a compensar con el cliente que en el exterior envía dinero al Ecuador; ni tampoco con la persona que lo va a recibir en el país, por lo que es evidentemente incongruente e ilegal se pretenda encuadrar hechos jurídicos como "compensación",*

que no tienen relación alguna con el significado y alcance del mencionado medio de pago.(…)" (Ibídem, fs. 339 reverso)

De lo expuesto el Tribunal juzgador de instancia comete un yerro al confundir el hecho mencionado por la Administración Tributaria al exponer que el Banco Bolivariano realizó una compensación, pero como término contable más no como la Sala juzgadora de instancia quiere darle el sentido de acuerdo al artículo 1671 del Código Civil como una forma de extinción de obligaciones por compensación, siendo que lo que ha ocurrido es un sistema de pagos interbancarios como mecanismo de compensación de órdenes de pago de transferencia de recursos en el exterior. En tal virtud, el actor realizó una compensación de cuentas que se produce cuando una entidad financiera utiliza el total o una parte del saldo que se encuentra en la cuenta, para compensar el saldo en otra cuenta de la misma entidad. El alcance que pretende dar el Tribunal a quo está enmarcado en el artículo 1671 de la norma antes citada, que corresponde a la extinción de obligaciones (deudas), que en el presente caso no aplica ya que el dinero de las remesas pasa a formar parte de los activos del Banco Bolivariano, mediante una transacción de cuentas, mas no constituye una extinción de una obligación que mantengan dicha entidad con otra, sea esta persona jurídica o natural. Debiendo destacar que para el presente caso el actor Banco Bolivariano en razón del ejercicio de sus actividades debidamente autorizadas, actúa como intermediario de las transferencias y envíos de divisas al exterior solicitadas por sus clientes, así como intermediarios para el pago de transferencia y envíos realizados desde el exterior cuyos beneficiarios son personas naturales o sociedades residentes en el país. Al respecto, se configura la aplicación indebida del artículo 1671 del Código Civil por parte del Tribunal de instancia en la sentencia recurrida.

De conformidad con lo antes indicado este Tribunal de Casación Especializado de la Corte Nacional considera que se estructuran los vicios alegados por el recurrente y por lo tanto se cumple la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, vicios que han influido decisivamente en la resolución de la causa por cuanto el Tribunal de Instancia en primer lugar no ha considerado la verdadera esencia económica de las transacciones más allá de las formas jurídicas, operaciones que han evidenciado que el Banco Bolivariano obtenga de manera directa un incremento de sus recursos financieros en el exterior y que son de su exclusiva propiedad, toda vez que al no ser enviados al país sino que al realizarse una compensación con pagos a los beneficiarios con dineros de cuentas locales se produjo un incremento en las cuenta del Banco Bolivariano en el exterior por la compensación de transferencias que han generado el ISD, ya que este impuesto considera como gravadas a las divisas de fuente ecuatoriana, a las transferencias que impliquen la salida de estos recursos, que para el caso que nos ocupa y aplicado el artículo 17 segundo inciso del COT, estos recursos se encontraban en el exterior y por el mecanismo de compensación de cuentas utilizado se incrementó el patrimonio del Banco en el exterior, siendo que de otra forma y de conformidad con las órdenes de los clientes, los valores debían ingresar al Ecuador para ser entregados a los respectivos beneficiarios lo cual de ninguna manera hubiera ni incrementado las cuentas del Banco en el exterior, ni estas hubieran decrecido en el Banco local Ecuador, siendo que lo que realmente ocurrió fue que el dinero de las órdenes de los clientes se quedó en la cuenta del Banco en el exterior y concomitantemente el pago se realizó con fondos del Banco local del Ecuador, con lo cual se produce la compensación contable de las cuentas que implica el traslado de divisas como hecho generador del impuesto del ISD, puesto que de haberse realizado las transacciones acorde a la verdadera naturaleza del negocio y de acuerdo a lo ordenado por los clientes, estos valores remesas habrían ingresado al país (Ecuador) para luego ser pagadas a los clientes y luego para incrementar las cuentas del exterior habría tenido que trasladarse o transferirse divisas al exterior produciéndose el hecho generador del ISD. Configurándose la indebida aplicación del art 1671 del Código Civil por cuanto no se trata de una compensación como forma de extinguir obligaciones, sino de una compensación contable de transferencias que atendiendo y aplicando el verdadero concepto económico del segundo inciso del artículo 17 del COT constituye el hecho generador del ISD tal como consta detallado en las líneas precedentes. Por lo expuesto efectivamente se configuran lo vicios denunciados por el recurrente esto es la "**errónea interpretación**" del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, "**falta de aplicación**" del artículo 17 del Código Tributario e "**Indebida aplicación**" del artículo 1671 del Código Civil.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera, que se ha configurado la causal primera alegada por el Servicio de Rentas Internas.

6.2.- Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

VII. SENTENCIA

7.1.- CASAR la sentencia dictada el 19 de agosto del 2016, a las 08h07, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N°2, con sede en la ciudad de Guayaquil, de acuerdo a los términos señalados en el Considerando V de esta sentencia.

7.2.- RATIFICAR la Resolución No. 109012014RREC082900 de 08 de octubre de 2014, por el concepto de Impuesto a la Salida de Divisas (ISD).

7.3.- Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora (E) la Dra. Ivonne Guamaní León.

7.4.- Sin costas.

7.5.- Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (Voto Salvado); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VI

Resolución Nro. *491-2018*
Juicio Nro. *17510-2015-00294*
Fecha: *7 de noviembre del 2018, las 15h09*

TEMA: La SENAE en ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica contravención de competencias atribuidas a otras autoridades, ya que dichas competencias son estrictamente en el ámbito tributario- aduanero, por lo que de ninguna manera desconoce lo resuelto por otras autoridades.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El Gerente de BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CÍA. LTDA. comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, y deduce acción de impugnación en contra de la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0562-RE, de 1 de julio de 2015, mediante la cual la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador declara sin lugar el reclamo administrativo de impugnación de aforo (N° 287-2015) formulado por el accionante respecto a la importación del producto" PHARMATON 50+CÁPSULAS" que, según afirma, se efectuó en la subpartida arancelaria que corresponde a" medicamentos y drogas de uso humano" y genera valores a pagar del 5% de derechos ad-valorem y 0% de IVA y de salvaguardias; y, que la administración tributaria, al realizar el aforo a dicho producto, observó la subpartida declarada y la cambió a la de" preparaciones alimenticias no expresadas ni comprendidas en otra parte" y, de modo específico, a la de" suplementos alimenticios", generando una liquidación aduanera que obligaría a cancelar un valor superior por derechos ad-valorem del 20% y 45% por concepto de salvaguardias.- La Compañía accionante pretende que se deje sin efecto la resolución antes mencionada y la liquidación adicional; que se ordene la devolución de la póliza que afianza el pago de tributos al comercio exterior; y, que en lo relativo a la clasificación arancelaria se tome en cuenta el criterio técnico de la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, ARCSA, para calificar al producto PHARMATON 50+CÁPSULAS en la subpartida arancelaria de " medicamentos y drogas de uso humano".- La parte demandada aduce negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho, legalidad de los actos administrativos y falta de derecho de la Compañía actora de la causa, y solicita que se declare la validez de la resolución impugnada.- El Tribunal Distrital de instancia considera, en lo principal, que el informe de aforo es un acto administrativo impugnable; que la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en reiterados fallos ha sostenido que el ámbito de acción y el rol que le corresponde a la CAE es la determinación y verificación de las obligaciones tributarias, mas no la de ser autoridad de salud, por lo que la clasificación arancelaria de mercancías es propia y exclusiva de la autoridad aduanera que a tal efecto debe ceñirse a los mandatos de la legislación vigente al momento de verificarse el respectivo hecho generador de la obligación aduanera; que según la norma vigente a la fecha de importación del producto" PHARMATON 50+CÁPSULAS" se colige que el registro sanitario determina la composición química y fórmula farmacéutica de un producto y constituye un habilitante para su producción, comercialización, transporte

y almacenamiento; registro sanitario que de conformidad con la ley, se considera un instrumento público, al haber sido otorgado por el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria" ARCSA" y, por lo tanto, hace fe en juicio; que según los documentos que obran del proceso, se demuestra la calidad de medicamento del producto importado y que es competencia del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez establecer los productos que tienen la calidad de medicamentos o drogas de consumo humano, en cuya virtud, si los productos materia de la litis constan en los listados publicados en la web de este Instituto estarán sujetos a la tarifa 0% del Impuesto al Valor Agregado, lo que lleva a concluir que el producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, con registro sanitario N° 362411012 es un medicamento y, por consiguiente, la clasificación arancelaria efectuada por el SENAE en ejercicio de su facultad determinadora, no es la correcta y se debe aplicar la clasificación arancelaria que corresponde a " medicamentos y drogas de uso humano"; invoca el criterio pronunciado por la Corte Constitucional en el caso del producto MEXANA respecto al cambio de clasificación arancelaria de medicamentos calificados por la administración aduanera y lo acoge precautelando los derechos previstos en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución –seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial; y, en relación con la garantía aduanera rendida dispone que la administración tributaria la devuelva a la Compañía accionante por cuanto ésta no puede ser ejecutada.- Con tales antecedentes, el Tribunal de instancia, en fallo de mayoría, acepta la demanda, deja sin efecto la resolución impugnada y la liquidación adicional ya que, al ser el producto PHARMATON 50+CÁPSULAS un medicamento con registro sanitario N° 362411012, a su importación se debe aplicar la subpartida arancelaria N° 3004.50.100, que corresponde a" medicamentos y drogas de uso humano", y dispone que se devuelva a la compañía actora de la causa la póliza de seguro de garantía judicial entregada en afianzamiento de la demanda.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 79 y 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y del artículo 259, primero y segundo incisos de la Ley Orgánica de Salud Pública, interpone recurso de casación respecto del fallo de mayoría expedido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio de impugnación propuesto por el Gerente de BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CÍA. LTDA. en contra de la resolución de la SENAE que declaró sin lugar el reclamo administrativo presentado por el accionante por la importación del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS.- La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia invoca el precedente jurisprudencial 054-2013, de 10 de julio de 2013, en el que se establece que la Corporación Aduanera Ecuatoriana hoy SENAE, en ejercicio de su facultad determinadora, puede realizar el cambio de partida arancelaria o modificarla, de ser el caso, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades, por lo que la SENAE, en ejercicio de tal facultad y en aplicación de la normativa aplicable al aforo clasificó al producto importado PHARMATON 50+CÁPSULAS como suplemento o complemento y no como medicamento, ya que el medicamento debe servir para curar o tratar una enfermedad y no solamente para conservar el buen estado de salud del individuo que lo consume y lo cambió a la subpartida arancelaria que corresponde al producto que contenga mezclas de vitaminas, pues la propia Ley Orgánica de Salud Pública

dispone que el medicamento es para el tratamiento de una enfermedad; estima que el cambio efectuado por la SENAE es únicamente con fines tributarios y que con esa actuación no se está desconociendo lo determinado por el Ministerio de Salud a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria" ARCSA" o del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez que emitieron registros sanitarios del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS como medicamento, ya que el indicado Ministerio tiene competencias en temas netamente de salud e interpretación de normas farmacológicas y no en temas tributaros aduaneros. En tal virtud, la Sala de Casación estima que se configura el vicio alegado por el recurrente y, en fallo de mayoría, resuelve casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, declarar la legitimidad y validez jurídica de la Resolución N° SENAE-DDG-2015-0562-RE, de 1 de julio de 2015 expedida por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2015-00294

Juez Ponente: Dr. Darío Velástegui Enríquez

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

Quito, miércoles 7 de noviembre del 2018, las 15h09.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Tnlgo. Francisco Xavier Amador Moreno, en calidad de Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), en contra de la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 11h04, por el Tribunal Distrital de los Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2015-00294, propuesto por el señor Jorge Antonio Astudillo Pesantez, en calidad de Gerente y como tal representante legal de la compañía BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CIA. LTDA., en contra de la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE de 01 de junio de 2015, expedida por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, que resuelve declarar sin lugar el reclamo administrativo de impugnación No. 287-2015, por la importación del producto PHARMATON 50+ CÁPSULAS.

1. ANTECEDENTES

1.1 El Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador fundamentó su recurso en las causales primera y quinta del art. 3 de la Ley de Casación. Al amparo de estas causales estimó que en la sentencia se infringieron las siguientes normas de derecho: Causal primera: Por falta de aplicación del Art. 76 y 273 de la Constitución de la República del Ecuador; del art. 140 del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones; los arts. 79 y 110 del Reglamento al título de la facilitación aduanera para el comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; art. 259 primero y segundo incisos de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, la Resolución de triple reiteración No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia; y, por errónea interpretación de la Nota Legal 1, letra a) del capítulo 30 de las Notas Explicativas del Sistema Armonizado para la Designación y Codificación de Mercaderías. Causal quinta: Porque la sentencia está viciada de contradicción e incompatibilidad y además la motivación es incompleta y equivocada. Sin embargo, la doctora Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad parcial del recurso de casación exclusivamente por el cargo de falta de aplicación de los artículos 79 y 110 del Reglamento al título de la facilitación aduanera para el comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, del artículo 259, primero y segundo incisos de la Ley Orgánica de

Salud Pública; y la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de la causal primera, de la Ley de Casación.

1.1.1 Con relación a la causal primera, y al cargo admitido, el recurrente argumenta que: *"Señores jueces de la Corte Nacional nadie discute la competencia del Ministerio de Salud Pública para calificar un producto como medicamento, el punto no está en su calificación sino en la* ***naturaleza del producto en sí****. El medicamento más allá de contener una composición química, constituida por una sustancia o mezcla, peso, volumen y porcentajes, y que haya sido elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, que cumple los productos* ***"PHARMATON 50+CÁPSULAS",*** *pero no necesariamente quiere decir que cumpla con lo estipulado en la parte final del primer inciso del artículo en análisis, Ley Organica de Salud Pública (Definición de Medicamento), por aquello en sus sentencia jamás la Sala nos explica si este componente sirve para el* ***"diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el establecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales"*** *el medicamento en discusión no cumple con dicha exigencia taxativa de la norma que claramente expresa que éstas sustancias (suplementos alimenticios se usan para que "reemplacen regímenes alimenticios especiales", o como bien lo indica sirven* ***para mejorar el desempeño físico y mental, controlar el estrés y brindar vitalidad y energía necesaria para realizar las actividades físicas e intelectual.*** *(…) La sala al no aplicar ciertas normas sustantivas, desencadena en la errónea interpretación de la nota explicativa, no como lo menciona la Sala en su sentencia que por el Certificado de Registro Sanitario ya está justificado que es un Medicamento, lo cual como lo he explicado no es suficiente. (…) la Sala dentro de su fallo no aplicó varias normas y en definitiva la que aplico, la interpretó erróneamente, es decir, en materia aduanera se limitó a transcribir normas; excluyendo de su análisis la verdad impoluta e irrebatible de que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es a quien le corresponde la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.*

1.2 Como se mencionó ut supra, la doctora Magaly Soledispa Toro, Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 31 de mayo de 2017, las 12h52, calificó de ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la autoridad tributaria aduanera, exclusivamente en relación con los cargos por falta de aplicación de los arts. 79 y 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, del art. 259, primero y segundo incisos, de la Ley Orgánica de Salud Pública, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación y, ordenó se corra 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 señor Jorge Antonio Astudillo Pesántez, a nombre y en representación de la compañía BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CIA. LTDA. contesta mediante escrito de 07 de junio de 2017, a las 16h01, al recurso de casación interpuesto por el SENAE, manifestando que el recurso presentado por el Servicio Nacional de Aduana no fundamenta, explica ni motiva las razones por las cuales según su criterio se ha dejado de aplicar la normativa; que es clara la intensión de la Autoridad Aduanera de que la Corte Nacional efectúe una nueva revisión de la prueba actuada, cuestión que es improcedente, toda vez que "la casación no es una nueva revisión de la prueba"; sostiene que el recurso de casación presentado constituye en simples enunciados, sin sustentación idónea y suficiente sobre la falta de aplicación de la normativa señalada, lo cual no puede ser subsanado por la Corte Nacional de Justicia, por cuanto la Ley es clara sobre los requisitos previos; que la empresa Boehringer posee registros sanitarios como "MEDICAMENTOS" del producto: "Pharmaton 50*Cápulas" calidad que ha sido conferida por el Ministerio de Salud a través del Instituto Leopoldo Izquieta Pérez, actual Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria; que la clasificación otorgada por la Autoridad de Salud ha sido efectuada en base a varios estudios cuali-cuantitativos, científicos, farmacéuticos conforme lo determina la normativa correspondiente y que dentro de la clasificación la empresa no posee interferencia o incidencia alguna; que los productos son medicamentos porque así se lo ha determinado e inscrito en el Ministerio de Salud Pública, y en razón de que las características de estos productos se subsumen en la definición dada por el art. 259 de la Ley Orgánica de Salud, que durante el período de prueba respectivo Boehringer presentó todos los justificativos correspondientes para que los productos sean considerados como "medicamentos", desvirtuando por completo la alegación de la Aduana e incluso se ha efectuado un análisis

químico de los productos, a través del perito designado y a través de los informes de la Agencia de Regulación y Control de Vigilancia Sanitaria, ARCSA, que determinó que los porcentajes USRDA se encuentran sobre el nivel, considerado los mismos con la clasificación de "medicamentos"; que en este punto es ineludible establecer que el Director Distrital de Guayaquil en una interpretación tergiversada pretende establecer que los porcentajes de sus componentes son superiores y por ello no deben ser considerados medicamentos, cuestión que se encuentra lejos de la realidad procesal y química, puesto que si los porcentajes son menores deberá considerarse al producto como un "Alimento" caso que no correspondió a los productos analizados; que el problema jurídico suscitado se debe al cambio de partida arancelaria, mediante el acto de aforo, por parte del Servicio de Aduana del Ecuador, en el cual modifica de "Medicamento" a la subpartida arancelaria No. 2106.90.72.00 "Que contengan exclusivamente mezclas o extractos de plantas, semillas o frutos, con vitaminas, minerales u otras sustancias", obligando a la empresa a cancelar el 20% Ad-Valorem y 45% de salvaguardia, no obstante conserva la tarifa 0% de IVA por un "Medicamento". Que la sentencia emitida respeta la situación jurídica que posee "Pharmaton 50+Cápsulas" como "MEDICAMENTO"; sostiene que la Sala, tiene la obligación constitucional de aplicar de forma directa la Norma Suprema y el principio de coordinación para resolver la integridad del problema planteado y solventar el vacío jurídico, así lo ha manifestado la Corte Constitucional, en casos anteriores en donde se discuten los mismos hechos y derechos, que la Constitución se encuentra sobre cualquier acto normativo o norma de inferior categoría. Por ende la interpretación realizada por la Sala juzgadora a favor de la seguridad jurídica y de la unidad del ordenamiento jurídico es acertada y no incumple la aplicación de norma o fallo alguno; que al momento en que los servidores aduaneros y operadores de justicia se alejan de los criterios de interpretación emitidos por esta Corte, como sucede en el caso análogo de Wyeth Consumer Healthcare Ltd., están generando desigualdad e inseguridad jurídica; siendo que a iguales situaciones jurídicas debe darse igual resolución, así lo ha señalado la Corte Constitucional. Este criterio ha sido ratificado en las sentencias: 229-16-SEP-CC, 2296-16-SEP-CC y 358-16-SEP-CC mediante las cuales se obliga a los operadores de justicia a ajustar su actuación y resoluciones a la coherencia y unidad en la interpretación del ordenamiento jurídico, que impida la vulneración de la seguridad jurídica de las personas que efectúan actividades económicas relacionadas con el sector de la salud; además del claro quebrantamiento del derecho a la igualdad de soluciones a situaciones fácticas idénticas. Por todo lo expuesto solicita a esta Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia se deseche el presente recurso interpuesto por la autoridad aduanera.

1.4 El Tribunal de instancia en la sentencia recurrida resuelve lo siguiente: *"...aceptamos la demanda interpuesta por el señor Jorge Antonio Astudillo Pesántez, en calidad de gerente general y representante legal de la compañía BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CIA. LTDA.; y, consecuentemente, disponemos se deje sin efecto la resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE de 1 de julio de 2015 dictada por la directora distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, así como la liquidación adicional No. 32928548, ya que al ser el producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, un medicamento con registro sanitario No. 362411012, a su importación se debe aplicar la subpartida arancelaria No. 3004.50.100, que corresponde a "medicamentos y drogas de uso humano", con base en lo expuesto en el considerando cuarto de este fallo.- Según lo previsto en el artículo añadido a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por secretaría devuélvase a la compañía actora, la póliza de seguro de garantía judicial entregada en calidad de afianzamiento de la demanda que obra a fs. 31."*

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

2.1 Este Tribunal Especializado es competente para conocer y resolver la presente acción objetiva de anulación con efectos generales, en virtud de las Resoluciones Nos. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 y 009-2018, de 23 de enero de 2018, emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura; Resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018 de 01 de febrero de 2018, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; así como 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, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero 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, y con sustento en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, formula el siguiente cargo en contra de la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 11h04, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha:

Cargo único: "Falta de aplicación" de los arts. 79 y 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, del art. 259, primero y segundo incisos, de la Ley Orgánica de Salud Pública (definición de medicamento), y de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia.

5. CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN 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 el establecimiento de la ley o sea del derecho, de modo que por medio de esta institución se ejerce un control jurisdiccional sobre las decisiones de los tribunales de instancia que estén sujetos al recurso. Existe así un control al control, o censura represiva, que viene a constituir lo que se ha denominado control sobre el control que ejercen los jueces en relación con la observancia de las leyes por los particulares (in iudicando) y al mismo tiempo un control sobre los actos propios del tribunal que falla, el cual se denomina control preventivo (in procedendo).

5.2 En lo que tiene que ver con el cargo admitido, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, que 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 en su parte dispositiva". Esta causal es conocida en la doctrina como la violación directa de la Ley y que de configurarse el yerro jurídico de la sentencia ésta debe ser corregida. La causal primera tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteada a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se constituya la misma se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido; esta violación puede estar dada por aplicación indebida que se presenta cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; es decir, el juez hace obrar la norma a una situación no prevista o regulada por ella; la falta de aplicación, en cambio, es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas o preceptos jurídicos que debían aplicarse a una situación concreta, conduciendo a un error grave en la decisión final; mientras que la errónea interpretación de normas de derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador. La invocación de la causal conlleva que la Sala de Casación verifique si la sentencia emitida por el Tribunal a quo riñe con el derecho (error in iudicando); es decir, que los hechos sobre los que se discutió en la Sala de instancia han sido dados por ciertos y aceptados por las partes procesales, por lo que, no se podrán volver a analizar las pruebas presentadas por las partes dentro de la instancia.

5.3 El recurrente acusa a la sentencia de instancia de incurrir en la "falta de aplicación" de las normas de derecho señaladas en el numeral 4.1, cargo único, del presente fallo, cuyos textos son los siguientes:

REGLAMENTO AL TÍTULO DE LA FACILITACIÓN ADUANERA PARA EL COMERCIO, DEL LIBRO V DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES.

"**Art. 79.-** "Normas de Aforo.- Para el acto de aforo dispuesto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se tendrá en cuenta las normas siguientes: La naturaleza de las mercancías se establecerá verificando la materia constitutiva, grado de elaboración y más características que permitan identificar plenamente al producto;

La clasificación arancelaria se efectuará con la aplicación de las reglas generales interpretativas del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, notas explicativas del Sistema Armonizado de la OMA, notas complementarias nacionales, las normas internas que para el efecto dicte el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y la aplicación de consultas de clasificación arancelaria vigentes, absueltas en virtud de lo contemplado en el presente reglamento;

El valor en Aduana de las mercancías importadas será determinado según las normas del Acuerdo

sobre valoración de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y las disposiciones de carácter nacional y supranacional que rijan la valoración aduanera. El resultado de las distintas etapas del aforo será registrado en el Sistema Informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador el mismo día en que se haya efectuado dicho acto. En el caso de ser aforo físico, deberá registrar imágenes de las mercancías aforadas."

"**Art. 110.-** Competencias Privativas.- Forman parte de las competencias inherentes al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en su calidad de sujeto activo de la obligación tributaria aduanera, todas aquellas reconocidas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, tales como la determinación tributaria, clasificación arancelaria, valoración aduanera, y demás facultades administrativas necesarias para cumplir con los fines institucionales, sobre las cuales ejercer todas competencias administrativas necesarias para dicho efecto."

LEY ORGÁNICA DE SALUD PÚBLICA

"**Art. 259.-** Para efectos de esta Ley, se entiende por: ... Medicamento.- Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales. Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales".

5.4 Sobre el vicio de falta de aplicación alegado por la administración tributaria aduanera, esta Sala Especializada señala que doctrinariamente *"…el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica…". (Murcia Ballén, Humberto, 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., pág. 327); Luis Armando Tolosa Villabona, en referencia la falta de aplicación dice: "Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto…"* (Tolosa Villabona, Luis Armando,. 2008, Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 359); es decir, la falta de aplicación se configura cuando el juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que, de haberlo hecho, habrían determinado que las decisiones adoptadas en sentencia fuesen diferentes de las acogidas.

5.5 El cuestionamiento principal que formula la autoridad aduanera es que la clasificación arancelaria es atribución privativa de la Aduana, y que por lo tanto el Ministerio de Salud Pública, a través del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez", no tiene la facultad legal de determinación tributaria para clasificar un producto dentro de una partida arancelaria determinada; que la Administración en base a la naturaleza del producto puede determinar la subpartida correcta de un producto específico, es decir la clasificación arancelaria correcta; que la Sala juzgadora desconoce que la clasificación arancelaria es un acto de carácter taxativo y restringido de la administración aduanera; que en este caso el producto PHARMATON 50+CÁPSULAS no cumple con lo previsto en la parte final del primer inciso del art. 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública.

5.5.1 De la revisión del texto de la sentencia recurrida, este Tribunal de Casación observa lo siguiente: En la sentencia de instancia a partir de considerando Cuarto se establece: *"En primer lugar, toda vez que la presente acción se deduce contra la resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE, que atiende el reclamo presentado en sede administrativa por el ahora actor, frente al informe de aforo que obra de fs. 46-47, este tribunal estima pertinente referirse a dicho acto el de aforo- y citar el fallo dictado por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en el caso No. 218-2013, en el que señala: "[…] La conclusión a la que aborda la Sala de instancia es totalmente errada, puesto que la disposición prevista en el Art. 229 del Código Tributario si bien en su tenor literal establece el plazo de veinte días para la presentación de las demandas de impugnación, contados desde el siguiente día de su*

notificación, respecto de las resoluciones de única o última instancia, no puede ser aplicado únicamente a las resoluciones que sean producto de un reclamo administrativo o de una petición, YA QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS COMO ADUANEROS TIENEN VARIAS FORMAS DE EXPRESARSE, así tenemos las actas de determinación, las liquidaciones de pago por diferencias, las resoluciones sancionatorias, etc. En este punto debemos analizar el concepto de acto administrativo, el cual según el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva constituye la voluntad del Estado manifestada a través de un acto y que producirá efectos jurídicos directos al administrado; sin embargo, para que esa voluntad estatal tenga validez debe contener una serie de requisitos, los cuales han sido desarrollados por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en los fallos Nos 53-2010; 8-2010; 62- 2011; y, 120-2011; dichos requisitos del acto administrativo se resumen así: subjetivos, objetivos y formales; los requisitos subjetivos que se refieren a la competencia del titular; los requisitos objetivos relacionados en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin; y, los requisitos formales que se refieren al procedimiento, forma y la motivación. ES DECIR, TODO ACTO QUE PRODUZCA EFECTOS DIRECTOS EN EL ADMINISTRADO DEBE SER CONSIDERADO COMO UN ACTO ADMINISTRATIVO Y POR LO TANTO SUJETO A IMPUGNACIÓN POR PARTE DEL ADMINISTRADO. La conclusión de la Sala de instancia nos conduciría al equívoco de pensar que el Art. 220 del Código Tributario al no contener en su disposición de manera expresa la impugnación de un acto administrativo emitido por la Administración Tributaria (tales como los referidos anteriormente, actas de determinación, liquidaciones de pago por diferencias, etc.) no podría ser objeto de impugnación en sede judicial, situación a todas luces contraria con la seguridad jurídica que debe imperar en nuestro país […]" (resaltado propio del tribunal). Así la cosas, este tribunal acoge el referido criterio casacional, por considerar que el aludido informe de aforo es un acto administrativo impugnable, toda vez que genera efectos directos en la especie, obligaciones tributarias- a cargo del sujeto pasivo y que éste, en virtud de lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República, tiene el derecho de impugnar el mismo, bien sea en sede administrativa, como judicial, tal como hizo en este caso.- 4.2. Bajo este escenario, cabe citar el artículo 226 de la Constitución de la República se refiere a la competencia; la cual se caracteriza por la titularidad sobre la función y la consecuente preferencia respecto de los demás órganos para el ejercicio de tales potestades. Así, de forma muy precisa, la doctrina ha definido: "La competencia en este sentido consistirá en el conjunto de funciones de un ente, la titularidad de cuyo ejercicio se atribuye a un órgano de dicho ente, con preferencia de los demás." (Entrena Cuesta, R., Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Duodécima Edición, Madrid, 1998, p. 68). En este ámbito, cabe analizar la competencia de la administración tributaria aduanera para recategorizar un producto que cuenta con registro sanitario, toda vez que el artículo 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, vigente al momento de presentación de la declaración aduanera, disponía en su parte pertinente: "Art. 212.- Del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con competencia en todo el territorio nacional. Es un organismo al que se le atribuye en virtud de este Código, las competencias técnico-administrativas, necesarias para llevar adelante la planificación y ejecución de la política aduanera del país y para ejercer, en forma reglada, las facultades tributarias de determinación, de resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, de conformidad con este Código y sus reglamentos" y el literal b) del artículo 218 ibídem otorga a los directores distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, entre otras, las siguientes facultades: "b. Verificar, aceptar u observar las declaraciones aduaneras, autorizar las operaciones aduaneras y realizar el control de las mercancías que ingresan al país o salgan de él, así como de los pasajeros en los puertos, aeropuertos internacionales y lugares habilitados para el cruce de la frontera y disponer la inspección, examen y registro de los medios de transporte internacional que ingresen al territorio aduanero o salgan de él;". A este respecto se ha pronunciado ampliamente y en forma concordante la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia [véase los recursos números 513-2010 de 8 de junio de 2012, 473-2010 de 18 de mayo de 2012, 332-2012 de 9 de noviembre de 2012, 20-2010 de 9 de noviembre de 2010, 261-2013 y 273-2013 de 30 de mayo de 2013], que ha afirmado: "… no se puede sostener…que la CAE incumple con lo que disponen leyes como el Código de la Salud o la Ley Orgánica de la Salud, pues el ámbito de acción y

el rol que le corresponde a la CAE es la determinación y verificación de las obligaciones tributarias, mas no la de ser autoridad de salud…"; pronunciamientos que han sido recogidos en la resolución No. 05-2013 de 10 de julio de 2013, dictada por el Pleno la Corte Nacional de Justicia, la cual, de acuerdo a los artículos 185 de la Constitución de la República del Ecuador y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, constituye jurisprudencia obligatoria. Así pues, queda establecido que la clasificación arancelaria de mercancías es competencia propia y exclusiva de la autoridad aduanera, la que, sin embargo, debe ceñirse a los mandatos contenidos en la legislación vigente al momento de verificarse el respectivo hecho generador de la obligación aduanera, dotando así de legitimidad a su acto.- 4.3.- Con respecto a qué se considera como medicamento, el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud dice: "Para efectos de esta Ley, se entiende por: (…) Medicamento.- Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales. Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales. Medicamento de venta libre.- Es el medicamento oral o tópico que por su composición y por la acción farmacológica de sus principios activos, es autorizado para ser expendido o dispensado sin prescripción facultativa" y al referirse al registro sanitario, el artículo 137 ibídem establecía a la presentación de la declaración: "Están sujetos a registro sanitario los alimentos procesados, aditivos alimentarios, medicamentos en general, productos nutracéuticos, productos biológicos, naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y productos dentales; dispositivos médicos, reactivos bioquímicos y de diagnóstico, productos higiénicos, plaguicidas para uso doméstico e industrial, fabricados en el territorio nacional o en el exterior, para su importación, exportación, comercialización, dispensación y expendio, incluidos los que se reciban en donación. Las donaciones de productos sujetos a registro sanitario se someterán a la autorización y requisitos establecidos en el reglamento que para el efecto dicte la autoridad sanitaria nacional". De esta normativa, vigente a la fecha de la importación del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, se colige que el registro sanitario determina la composición química y fórmula farmacéutica de un producto y constituye un habilitante para su producción, comercialización, transporte y almacenamiento. En la especie, el certificado de registro sanitario No. 362411012 (fs. 65) correspondiente al producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, según el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la presente causa de conformidad con la disposición transitoria primera del Código Orgánico General de Procesos, es un instrumento público, al haber sido otorgado por el director ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria "ARCSA" y, en tal virtud, hace fe en juicio.- 4.4.- De conformidad con lo previsto en el artículo 270 del Código Tributario, revisada la prueba actuada en el presente proceso, este tribunal considera lo siguiente: a) La copia certificada del certificado de registro sanitario referido en el numeral precedente, con el cual se ha demostrado la calidad de medicamento del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, calificación que le ha otorgado el Ministerio de Salud Pública, a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria "ARCSA", previos los análisis correspondientes realizados a la composición química del producto y que se encontraban vigentes a la fecha de la declaración (fs. 125); b) La copia certificada del oficio No. 028612 de 17 de octubre de 2006, emitido por el subprocurador del Estado, dirigido al gerente general de la CAE, por medio del cual ratifica el contenido del dictamen del procurador general del Estado, contenido en el oficio No. 020729 de 14 de noviembre de 2005 (fs. 126-127); c) El informe técnico No. DTRSNSOYA-MED-2016-0014 de 10 de febrero de 2016, emitido por el Director Técnico de Registro sanitario, notificación sanitaria obligatoria y autorizaciones (fs. 193-194), en cuyo análisis técnico consta la composición química del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, las razones técnicas por las cuales se extendió certificado de medicamento a dicho producto y la certificación de que el mismo cuenta con registro sanitario No. 362411012, inscrito el 22 de octubre de 2012 y vigente hasta el 22 de octubre de 2017; d) La copia certificada del dictamen emitido por el procurador general del Estado, mediante oficio No. 004619 de 24 de septiembre de 2007, en atención a la consulta formulada por el Ministerio de Salud Pública y en el cual se establece la

*obligatoriedad de que la CAE coordine acciones con dicha cartera de Estado en todos los temas relacionados con medicamentos (fs. 129-130); f) La copia certificada del oficio No. ST-10-2007-0010139 de 29 de octubre del 2007 emitido por la ministra de Salud Pública (fs. 131); e) El Decreto Ejecutivo No. 1151, promulgado en el Registro Oficial Suplemento No. 404 de 15 de agosto del 2008 (fs. 136); f) El Decreto Ejecutivo No. 1219 mediante el cual se reforma y complementa el Decreto Ejecutivo No. 1151 (fs. 138); g) El oficio No. 917012010OCON001675 de 14 de septiembre de 2010 (fs. 132), suscrito por la Secretaria General del Servicio de Rentas Internas que manifiesta que el decreto 1219 se aplica a todas las importaciones de medicamentos y drogas de uso humano que no se encuentren en el listado del decreto ejecutivo No. 1151; h) El oficio No. 917012013OCON001945 de 8 de octubre de 2013 (fs. 134), suscrito por la Secretaria General del Servicio de Rentas Internas que señala que "es competencia del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Dr. Leopoldo Izquieta Perez", establecer los productos que tienen la calidad de medicamentos o drogas de consumo humano, en tal sentido, si los productos objetos de la presente consulta [PHARMATON COMPLEX CÁPSULAS, CÁPSULAS PHARMATON, KIDDI PHARMATON TABLETAS MASTICABLES, KIDDI PHARMATON EN SU PRESENTACIÓN JARABE, PHARMATON KIDDI JARABE, PHARMATON VITALITY CÁPSULAS] constan en los listados de medicamentos publicados en la web de este Instituto, estarán sujetos a la tarifa cero por ciento del Impuesto al Valor Agregado (IVA)"; e i) El informe presentado por la perito químico farmacéutica, Liliana Naranjo, quien en sus conclu*siones manifiesta: *"De acuerdo al análisis realizado lo (sic) Pharmaton 50+Cápsulas y Pharmaton Kiddi Tabletas Masticables deben ser considerados ESPECIALIDAD FARMACEÚTICA que es equivalente a MEDICAMENTO […]"(fs. 185-191).- Los aludidos medios de prueba permiten concluir a este tribunal que el producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, con registro sanitario No. 362411012 es medicamento, por lo que, la clasificación arancelaria efectuada por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en legítimo ejercicio de su facultad determinadora, no es la correcta, ya que dichos productos al ser medicamentos, a su importación se debe aplicar la clasificación arancelaria que corresponde a "medicamentos y drogas de uso humano".- 4.5.- Con relación a la prueba de la demandada, ésta se ha limitado a reproducir todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial el contenido del reclamo administrativo No. 287-2015 y a impugnar la prueba de la parte actora, lo que no permite corroborar la verdad de sus aseveraciones.- 4.6.- La Corte Constitucional del Ecuador, en el caso No. 1989-12-EP (fs. 173-180), al analizar el cambio de clasificación arancelaria de medicamentos calificados por administración aduanera, concluye: "Si bien es cierto, como lo señala la Sala, no existe una regla legislativa que expresamente haya obligado a la Corporación Aduanera Ecuatoriana acatar las decisiones de la autoridad sanitaria, ni viceversa, sí existe, como se mostrará, un principio constitucional que permite la aplicación de una solución razonable al conflicto planteado. Bajo estas consideraciones, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en su deber de administrar justicia con sujeción a lo previsto en la Constitución, según lo señala el artículo 172 de la Carta Suprema, debió considerar dentro de su fallo el principio de coordinación que debe regir entre las instituciones que conforman la administración pública, el cual debe interpretarse, según lo señala el artículo 226 de la Constitución, como el "deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución" y de esta manera, dar una solución real y efectiva al vacío jurídico en el que se encuentra la empresa por una evidente y reprochable contradicción de criterios entre dos instituciones públicas como es el caso de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el Ministerio de Salud Pública, lo cual desemboca en un resultado contrario a la corrección del razonamiento práctico, pues a la vez se afirma que el producto "es" y "no es" medicamento. En definitiva los señores jueces, al efectuar una aplicación sistemática de las normas infraconstitucionales, terminan por omitir su obligación de realizar un análisis objetivo, coherente y completo sobre el real conflicto suscitado dentro del proceso tributario. Dicho conflicto debió ser claramente identificable y abordado dentro de su fallo de casación, debiendo justificar si sus actuaciones obedecen a una correcta aplicación de los derechos consagrados en la Constitución, de tal manera que las partes procesales no caigan en estado de indefensión frente a la decisión que adopte el juez, pues si bien es cierto, la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conoce y se pronuncia sobre los argumentos legales vertidos por la autoridad aduanera y sobre los que se presentó el recurso de casación, dentro de la misma, no se hace mención, o peor aún, se da solución al conflicto generado por la*

descoordinación entre la institución recurrente y el Ministerio de Salud Pública, habiendo sido utilizado dicho argumento en la sentencia de primera instancia que habiéndose constituido parte trascendental del sustento del accionante al momento de oponerse al recurso de casación, considerando que de acuerdo con el artículo 55 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la facultad para determinar la calidad de un producto como "medicamento o droga de uso humano" corresponde al presidente de la República, quien por medio del Decreto Ejecutivo No. 1151, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 404 de 15 de agosto de 2008, resolvió establecer la lista de productos que ostenta tal calidad; y de acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 1046, publicado en el registro oficial No. 648 de 27 de febrero de 2012, delegó al Ministerio de Salud Pública determinar qué productos han perdido la calidad señalada (…)"; bajo estas consideraciones, LA CORTE CONSTITUCIONAL AL HABERSE PRODUCIDO ESTE TIPO DE CAMBIOS, SEÑALA QUE SE HA VULNERADO EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LAS GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y LOS DERECHOS DE LA PARTE Y A LA MOTIVACIÓN, ASÍ COMO A LOS DERECHOS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA, POR CUANTO EL PROPIO ESTADO, A TRAVÉS DE VARIAS DE SUS INSTITUCIONES CONSIDERA A MEXSANA COMO MEDICAMENTO." (El resaltado corresponde a este tribunal). Así las cosas, este tribunal acoge el criterio esgrimido por la Corte Constitucional conforme consta ut supra, precautelando los derechos previstos en los artículos 75, 76 y 82, la Constitución de la República a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, norma que supera en jerarquía a cualquier otra del ordenamiento jurídico ecuatoriano e inclusive a la jurisprudencia (…).

5.5.2. El Tribunal de instancia en la sentencia recurrida considera que el ente correspondiente como lo es el Ministerio de Salud conforme lo disponen los arts. 4, 137 y 138 de la Ley Orgánica de Salud, a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, Doctor Leopoldo Izquieta Pérez, emitió los Registros Sanitarios Nros. 362411012 y 28507-06-08 de fecha 22 de octubre de 2012 y 19 de febrero de 2013, respectivamente, con vigencia hasta el 22 de octubre de 2017 el primero y 19 de febrero de 2018 el segundo, en la que se califica a "Pharmaton 50+ Cápsulas" como Medicamento; por lo que al haber establecido la naturaleza del producto la entidad legal correspondiente dichos productos deben ser clasificados en la subpartida arancelaria de medicamentos. Al respecto, hay que mencionar en primer lugar que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENAE, es la autoridad tributaria aduanera y dentro de sus facultades consta la determinación, resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, en tal virtud el SENAE está investido de la potestad de determinar la clasificación arancelaria o modificar la partida arancelaria de ser el caso de los contribuyentes; así también lo considera el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que mediante Resolución No. 054-2013, emitida el 10 de julio de 2013, consta el precedente jurisprudencial que resolvió que la Corporación Aduanera Ecuatoriana, ahora SENAE "en el ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio partida arancelaria, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades", por ello en el ejercicio de dicha facultad en la especie la SENAE, cambio la partida del producto importado "PHARMATON 50+ CÁPSULAS", declarado en al subpartida arancelaria No. 3004.50.10.00; a la siguiente subpartida: el producto "PHARMATON 50+ CÁPSULAS" a la subpartida arancelaria No. 2106.90.73.00, correspondiente al producto que contenga mezclas de vitaminas. Además el art. 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, dispone que el SENAE en su calidad de sujeto activo de la obligación tributaria aduanera, forma parte de sus competencias todas aquellas reconocidas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, tales como la determinación tributaria, clasificación arancelaria, valoración aduanera, por lo que en la especie al realizar el aforo que es un acto de determinación tributaria a cargo de la SENAE debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 79 del mencionado Reglamento, que dispone que se debe tomar en cuenta las siguientes normas de aforo: a) La naturaleza de las mercancías se establecerá verificando la materia constitutiva, grado de elaboración y más características que permitan identificar plenamente al producto; b) La clasificación arancelaria se efectuará con la aplicación de las reglas generales interpretativas del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, notas explicativas del Sistema Armonizado de la OMA, notas complementarias nacionales, las normas internas que para el efecto

dicte el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y la aplicación de consultas de clasificación arancelaria vigentes, absueltas en virtud de lo contemplado en el presente Reglamento. Consecuentemente en el ejercicio de su facultad de determinación para clasificar arancelariamente un producto y de ser necesario modificar partidas arancelarias por las correctas, en aplicación de la normativa antes descrita el SENAE estableció que el producto importado PHARMATON 50+ CÁPSULAS", se lo clasifica como suplemento o complemento no como medicamento ya que un medicamento debe servir para curar o tratar una enfermedad y no solamente para conservar el buen estado de salud del individuo que lo consume por lo que cambió "PHARMATON 50+ CÁPSULAS" a la subpartida arancelaria No. 2106.90.73.00, correspondiente al producto que contengan mezclas de vitaminas; inclusive hay que destacar que la propia Ley Orgánica de Salud Pública dispone que medicamento es para el tratamiento de una enfermedad, así lo dispone en su art. 259 que determina que se entiende por medicamento: *"Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales. Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales".*

Ahora bien hay que puntualizar que lo actuado por el SENAE, es en ejercicio de su facultad determinadora como tantas veces se ha mencionado en esta sentencia, lo cual es únicamente con fines tributarios, ya que de ninguna manera con dicho actuar se está desconociendo lo determinado por el Ministerio de Salud a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, Doctor Leopoldo Izquieta Pérez, que emitió el registro sanitario del producto en análisis como medicamento, ya que dicho organismo tiene competencias en temas netamente de salud e interpretación de normas farmacológicas y no en temas tributarios aduaneros. Por lo expuesto este Tribunal de Casación, considera que en el caso en análisis si se configura el vicio alegado por el recurrente de falta de aplicación de los arts. 79 y 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, del art. 259, primero y segundo incisos, de la Ley Orgánica de Salud Pública, y de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia ya que dichas normas, como consta en esta sentencia, eran indispensables su aplicación.

6. DECISIÓN

6.1 Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justica, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

7. SENTENCIA

7.1 CASAR la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 11h04, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, y en consecuencia declarar la legitimidad y validez jurídica de la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE de 01 de julio de 2015, expedida por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

7.2 Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora la doctora Ivonne Marlene Guamaní León.

7.3 Sin costas.

7.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO

Juicio No. 17510-2015-00294

Juez Ponente: Dr. Darío Velástegui Enríquez

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

Quito, viernes 07 de noviembre del 2018, las 15h09.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

1.1. El tecnólogo Francisco Xavier Amador Moreno, en calidad de Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 10 de abril del 2017, las 11h04; dentro del juicio de impugnación No. 17510-2015-00294, deducido por el señor Jorge Antonio Astudillo Pesántez, en calidad de gerente y representante legal de la compañía BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CIA. LTDA, en contra de la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE, de fecha 01 de julio de 2015, emitida por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, fallo que en su parte relevante señala: *"(…) se acepta la demanda presentada por el Sr. Jorge Antonio Astudillo Pesántez, en calidad de representante legal de la empresa BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CIA. LTDA y se deja sin efecto la resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE. Sin costas ni honorarios (…)*".

1.2. La pretensión del Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, consiste en que: *"(…) se admita a trámite el presente* ***RECURSO DE CASACIÓN*** *legalmente interpuesto, disponiendo que el proceso pase a conocimiento de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia a fin de que CASE la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital de (sic) No. 1 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Quito el* ***10 de abril del 2017****, notificada en la misma fecha y año, dentro del Juicio de Impugnación No.* ***17510-2015-00294."***

1.3. El recurso de casación fue admitido a trámite por el Tribunal Ad-quo mediante auto de 25 de abril del 2017; las 09h16, para ante la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competente para conocer y resolver este recurso.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

2.1.- La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer los recursos de casación según lo dispuesto en los arts. 184 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 1 del segundo inciso del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación; así como del acta de sorteo que consta a fojas 17 del expediente de casación, se ha radicado la competencia en la doctora Ana María Crespo Santos, en su calidad de Jueza Ponente, en el doctor Darío Velástegui Enríquez; y, en el doctor José Luis Terán Suárez en sus calidades de Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de las Resolución N° 009-2018 de 23 de enero del 2018 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura; y, Resoluciones N° 01-2018 de 26 de enero del 2018 y 02-2018 de 1 de febrero de 2018, expedidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; de conformidad con lo dispuesto en el art. 200 del Código Orgánico de la Función Judicial, son competentes para conocer y resolver la presente causa.

III. VALIDEZ

3.1. Para la tramitación de este recurso extraordinario de casación, se ha observado el cumplimiento de las solemnidades inherentes para esta clase de impugnaciones; por tanto, al no existir ninguna circunstancia que puede afectar la validez procesal y al no existir nulidad alguna que declarar, con autos para resolver se considera:

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

4.1. El tecnólogo Francisco Xavier Amador Moreno, en calidad de Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, fundamenta su recurso en las causales primera y quinta del art. 3 de la Ley de Casación, acusando los vicios de falta de aplicación de los arts. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, 273 del Código Tributario, 140 de del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V

del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia. Mismo que mediante en auto de 31 de mayo de 2017, las 12h52, emitido por la doctora Julieta Magaly Soledispa Toro, en calidad de Conjueza de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declara la admisión parcial del recurso de casación por los vicios de falta de aplicación de los arts. 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia.

4.1.1. Respecto del vicio de falta de aplicación de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia, art. 140 del COPCI y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera del COPCI, el recurrente establece que: *"(…) al emitir su fallo no aplicó y desconoce la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia en sus fallos de Triple Reiteración que en resumen indica que "**EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR EN EL EJERCICIO DE SU FACULTAD DETERMINADORA PUEDE REALIZAR EL CAMBIO DE PARTIDA ARANCELARIA, LO QUE NO IMPLICA QUE CONTRAVENGA LAS COMPETENCIAS ATRIBUÍDAS A OTRAS AUTORIDADES**". AL referirme al fallo de triple reiteración nos remite a la falta de aplicación del art. 140 del COPCI por cuanto el aforo es el acto de determinación tributaria realizada por la administración Aduanera y se realiza mediante la verificación electrónica, física o documental del origen, naturaleza, cantidad, valor, peso, medida y **clasificación arancelaria de la mercancía, en concordancia con el art. 110 del Reglamento al título Facilitación aduanera del Código de Producción*** que entre otras cosas nos señala como competencia privativa de la Administración Aduanera la ***Clasificación Arancelaria***, *como vemos en estos dos artículos tanto en la norma sustantiva y la norma adjetiva, bien claro establece que la Administración en base a la **naturaleza del producto puede determinar subpartida correcta de un producto específico**, en **efecto la clasificación arancelaria correcta,** si la Sala hubiera aplicado estas normas al momento de motivar y resolver, lo hubieran realizado entendiendo que la administración aduanera si puede clasificar las mercancías por la **naturaleza del producto, en su fallo la Sala se limita a señalar que acepta el certificado de registro Sanitario a la compañía accionante**, y esta sería la prueba que según el tribunal serviría para resolver y señalar que es un medicamento, (…) La Sala debió encargarse del control de legalidad sobre nuestros Actos Administrativos, es decir en verificar los elementos estructurales, aplicación correcta de los principios y normas de derecho, así como la motivación de los mismos, pero jamás ese control puede interferir con una facultad de la Administración Pública, tal como lo ha realizado la Sala con su fallo por demás inmotivado, al desconocer la **competencia privativa de la Administración Aduanera de poder realizar la clasificación arancelaria correcta,** el desconocer la Sala una **atribución exclusiva como en efecto cuenta la Administración Aduanera de poder realizar la valoración de un producto,** de realizar la clasificación arancelaria idónea, la apreciación subjetiva de la Sala interfiere con el principio de separación de poderes.* (…)" Respecto del vicio, de falta de aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública, el casacionista expone que: *"(…) nadie discute la competencia del Ministerio de Salud Pública para calificar un producto como medicamento, el punto no está en su calificación sino en la **naturaleza del producto en sí.** El medicamento más allá de contener una composición química, constituida por una sustancia o mezcla, peso, volumen y porcentajes, y que haya sido elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, que **cumple** los productos **"PHARMATON 50+CÁPSULAS",** pero no necesariamente quiere decir que cumpla con lo estipulado en la parte final del primer inciso del artículo en análisis, Ley Orgánica de Salud Pública **(Definición de Medicamento),** por aquello en su sentencia jamás la Sala nos explica si este componente sirve para el **"diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales"** el medicamento en discusión **no cumple con dicha exigencia taxativa de la norma**, que claramente expresa que estas sustancias (suplementos alimenticios) se usan para que "reemplacen regímenes alimenticios especiales", o como bien lo indica sirven **para mejorar el desempeño físico y mental, controlar el estrés y brindar vitalidad y energía necesaria para realizar las actividades físicas e intelectual.** En ninguna*

parte PHARMATON 50+CÁPSULAS", cumple con el segundo inciso del art. 259 de la ley de Salud". Con este argumento el recurrente, concluye estableciendo que: *(…) es tal la falta de aplicación del art. 259 de la Ley Orgánica de Salud, que la Sala desconoce los alcances y requisitos que establece el art. 259 de la ley ibídem para los "**medicamentos que tratan una enfermedad"** de los **"medicamentos"** que remplazan regímenes alimenticios especiales (suplementos alimenticios), al realizar esta falta de aplicación de esta definición señalada en el art. 259, conllevan a que la Sala desconozca que la clasificación arancelaria, es un **acto de carácter taxativo y restringido de la Administración Aduanera**, la clasificación no puede estar sujeta a interpretaciones someras, cuando el acto de clasificación arancelaria es un acto que responde a normas técnicas aduaneras, por lo que se necesita el* empleo *de instrumentos legales "técnico-especiales" para su efectiva clasificación y determinación para los derechos Ad-Valorem* o *de derechos en aduana, lo que realiza la Sala en su fallo es aceptar un registro sanitario, y desconocer los informes de la administración Aduanera con lo cual nos dejaría en una total indefensión*." Respecto del vicio, de falta de aplicación del art. 79 literal a) y b) del Reglamento al COPCI (Normas de Aforo), el recurrente establece que: *"(…) La Sala en su supuesta argumentación de la sentencia se limita en aceptar el registro sanitario y desconocer los informes realizados por la administración pero jamás analiza de una forma idónea de las normas aplicables al caso.* (…) Finalmente establece que: *"(…) Con los argumentos expuestos señores Jueces, está claro que la sentencia recurrida ante ustedes está viciada de errores de derecho que en virtud de los argumentos expuestos en el presente recurso, ayudarán a ustedes en aplicación irrestricto del derecho casar la sentencia recurrid; y, así proteger el interés Nacional que está representado en el ejercicio de control que realiza la Administración Aduanera. (…)"*

4.2. Realizado el traslado a la compañía BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CIA. LTDA, que en su escrito de contestación a la admisibilidad parcial, en lo referente a la falta de aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública, manifiesta que: *"(…) En la página 3 de la sentencia recurrida se establece el concepto de medicamento conforme lo determina el art. 259 de la Ley Orgánica de Salud, en donde se establecen todos los incisos del mismo, por lo que no existe FALTA DE APLICACIÓN, en todo caso el recurrente debió alegar ERRÓNEA INTERPRETACIÓN. Sin perjuicio de lo mencionado, las definiciones dadas por ley son de obligatoria aplicación de conformidad con el numeral segundo del artículo 18 del Código Civil, que establece las reglas de interpretación de las leyes, razón por la cual la definición de "medicamento" establecida por la Ley Orgánica de Salud es la única aplicable para el producto **"Pharmaton 50+Cápsulas"** para todos los fines legales, como efecto y de manera motivada lo realizó la Sala única del Tribunal Distrital Contencioso Tributario Nro. 1. Señores Jueces es evidente que en el presente caso Boehringer, posee registro sanitario como "MEDICAMENTO" del producto "Pharmaton 50+Cápsulas" calidad que ha sido conferida por el Ministerio de Salud a través del Instituto Leopoldo Izquieta* Pérez, actual Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria. Es menester señalar, que la clasificación otorgada por la autoridad de Salud ha sido efectuada en base a varios estudios *cuali-cuantitativos, científicos y farmacológicos conforme lo determina la normativa correspondiente y que dentro de la calificación mi representada no posee interferencia o incidencia alguna. Es decir, el producto es medicamento porque así lo ha determinado e inscrito en el Ministerio de Salud Pública y en razón de que las características de este producto se subsumen en la definición dada por el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud (…)". El recurrente más adelante señala: "(…) Durante el período de prueba respectivo Boehringer presentó todos los justificativos correspondientes para que el producto se considere como "medicamento" desvirtuando por completo la alegación de la Aduana e incluso se efectuó un análisis químico del producto, a través del perito designado y a través de la contestación de la Agencia de Regulación y Control de Vigilancia Sanitaria, ARCASA que determinó que los porcentajes USRDA se encuentran sobre el nivel, considerado lo mismo con la clasificación de "medicamento", en este punto es ineludible establecer que el Director Distrital de Guayaquil en una interpretación tergiversada pretende establecer que los porcentajes de sus componentes son superiores y por ello no debe ser considerado medicamento, cuestión que se encuentra lejos de la realidad procesal y química, puesto que si los porcentajes son menores deberá considerarse al producto como un "Alimento" caso que no correspondió al producto como un "Alimento" caso que no correspondió al producto analizado, por lo que nuevamente su intención es lograr una discusión sobre la prueba y valoración de prueba, que insistimos no es procedente a través del recurso de casación ni tampoco de la causal planteada en su*

orden (“), y que: “(…) el problema jurídico suscitado se debe al cambio de partida arancelaria, mediante el acto de aforo, por parte del Servicio de Aduana del Ecuador en el cual modifica de “Medicamento” a la subpartida arancelaria No. 2106.90.72.00 “Que contengan exclusivamente mezclas o extractos de plantas, semillas o frutos, con vitaminas, minerales u otras sustancias”, obligando a mi representada a cancelar el ***20% Ad-Valorem y 45% de salvaguardia****, no obstante conserva la tarifa 0% de IVA por un ?Medicamento” (…)”, al respecto menciona al art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador y al art. 74 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión, señalando que: “(…) lo único que BOEHRINGER exige es que se garantice su derecho a la seguridad jurídica y que este tipo de actos ilegales y arbitrarios ha repercutido en la salida del mercado de determinado producto que atraviesan similar situación de mi representada no se repitan, puesto que el sometimiento a una situación tan gravosa impide la comercialización del producto, por lo cual es necesario una solución integral al problema planteado, una solución que coordine los criterios de las dos instituciones, que integre el ordenamiento jurídico tributario y de salud, y que impida la salida del mercado de mi producto (…)” y que: (…) el fallo dictado por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1 no adolece del vicio mencionado, sino que al contrario integra el ordenamiento jurídico y se constituye en una garantía para la seguridad jurídica”. Respecto* del art. 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, establece que: *“(…) En el presente caso, se evidencia de manera clara el marco normativo de las competencias del Servicio Nacional de Aduana y el Ministerio de Salud Pública, entendiendo que “las estructuras y las competencias, resultan esenciales para la comprensión misma del Estado, como organización política de la sociedad”; pero así mismo, se constata la grave contradicción en la que ha incurrido el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador en la clasificación arancelaria efectuada al producto: PHARMATON 50 + CÁPSULAS, el cual es medicamento (Ministerio de Salud) y no es medicamento (Servicio Nacional de Aduana del Ecuador).* Más adelante señala que*: (…) No es eficiente ni coordinado que un mismo producto merezca distintas calificaciones por diversos órganos de la administración y se le aplique regímenes jurídicos contradictorios.(…);* razones por las que afirma que: *“(…) la interpretación realizada por la Sala Primera del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1 a favor de la seguridad jurídica y de la unidad del ordenamiento jurídico es acertada y no incumple la aplicación de norma o fallo alguno.(…).*

V. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

5.1. La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, procede a examinar si la sentencia recurrida por el señor economista Antonio Enrique Avilés Sanmartín en calidad de Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, se enmarca dentro de la causal y cargos propuestos:

CAUSAL PRIMERA: El recurrente considera que en el fallo recurrido, se ha configurado la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, al acusar los vicios de falta de aplicación de los arts. 140 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia.

VI. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CASACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

6.1.- La casación desde la concepción doctrinaria se ha enmarcado en un campo aplicativo de naturaleza jurídica extraordinaria, formal y de alta técnica jurídica, autores como: Hernando Devis Echandía, al referirse al recurso de casación han manifestado 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.”(Hernando Devis Echandía, “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil” pág. 797);* así mismo, Jaime Guasp señala que: *“La casación se concibe como un recurso donde se platean estrictamente cuestiones de derecho, y no cuestiones de hecho, es decir, que se trata de un proceso de impugnación destinado a rescindir un fallo judicial por razones estrictamente jurídicas, y no por razones fácticas, por lo que quedarían fuera de la casación todas aquellas motivaciones que pretendieran la eliminación, sustitución del fallo impugnado a base de su desajuste con los hechos. La casación se perfila así como una figura de significado netamente jurídico, porque solo las cuestiones jurídicas tendrían acceso a ella, lo cual limitaría, extraordinariamente y significativamente, su concepto.” (Juan Lovato Vargas*

citando a Jaime Guasp en, Programa Analítico del Derecho Procesal, Quito: Corporación Editorial Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, 148), Luis Armando Tolosa Villabona en su obra Teoría y Técnica de la Casación, señala que: *"El recurso de casación es extraordinario, discrecional, reglado y taxativo. Pretende quebrar, anular y romper una sentencia o auto, violatorios de la ley sustancial (errores in iudicando) o de la ley procesal (errores in procedendo) (pág. 13). De la Rúa señala que: "la casación es un verdadero y propio medio de impugnación, un recurso acordado a las partes en el proceso, bajo ciertas condiciones, para pedir y obtener el reexamen de las sentencias desde el punto de vista de su corrección jurídica"* (De la Rúa, Fernando. *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Editorial V. P. de Zavalla, Buenos Aires, 1986, pág. 50). Criterios doctrinarios que reafirman la concepción inicialmente expuesta y que se constituye en el lineamiento establecido por la Corte Nacional de Justicia .Siendo por tanto, los objetivos principales de este recurso por un lado la protección del ordenamiento jurídico imperante bajo las premisas de la correcta interpretación y aplicación de las normas de derecho sustanciales como procesales dentro de la sentencia o auto del inferior, es decir en sentido estricto el control de legalidad sobre las decisiones judiciales y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia.

6.2.- Esta Sala Especializada, respecto al problema jurídico planteado considera que el art. 3 de la Ley de Casación con respecto a su causal primera dispone: *"Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva";* por tanto se deberá entender que por esta causal, se imputa a la sentencia los errores in iundicando, en otras palabras, la violación directa de la norma de derecho o sustantiva, en razón de que no se ha subsumido de manera adecuada los hechos que ha sido probados, en consecuencia no cabe la revalorización de los mismos; pues, se parte de la base correcta de aceptación de los mismos por el Tribunal a-quo. Sobre los cargos que propone, doctrinariamente se los entiende de la siguiente manera*:* Tolosa Villabona, Luis Armando. Ob. Cit., pág. 359 establece que Indebida Aplicación: "*ocurre cuando el juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u obrar en el caso debatido. La norma es entendida rectamente en su alcance y significado, pero se aplica a un hecho no gobernado por ella, haciéndole producir efectos no contemplados en el precepto.*"; Tolosa Villabona, Luis Armando. Ob. Cit., pág. 359, respecto de la Falta de Aplicación: "*La falta de aplicación ocurre cuando el sentenciador niega en el fallo la existencia de un precepto, lo ignora frente al caso debatido. Es error contra ius, es rebeldía y desconocimiento de la norma. Es error de existencia de la norma por haberse excluido ésta en la sentencia.*"; y, finalmente, Humberto Murcia Ballen, (Recurso de Casación civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Santa Fe de Bogotá D, C, Colombia, páginas 330 y 331., respecto la Errónea Interpretación, afirma que: "*Así como las normas jurídicas, como proposiciones racionales de carácter abstracto y general que son, tienen que ser individualizadas, incorporadas al hecho, situación o relación que están llamadas a regir. Pero para individualizarlas y aplicarlas se debe empezar por determinar su sentido y alcance. A esta investigación se llama interpretación o hermenéutica, que como función humana es susceptible de error. De todo ello resulta que hay interpretación errónea en los casos en que la norma se aplica, pero sin darle su verdadero sentido."* Con esta consideración, se pasa a analizar los cargos admitidos.

6.2.1. Conforme se desprende del auto de admisibilidad de los recursos de casación, esta Sala procede a analizar los cargos presentados por la Administración Aduanera, por lo que se procede a transcribir la normas que han sido señaladas como infringida, esto es 140 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia, cuyo contenido es el siguiente:

- Código de la Producción, Comercio e Inversiones

Art. 140.- "(…) ***Aforo.-*** *Es el acto de determinación tributaria a cargo de la Administración Aduanera y se realiza mediante la verificación electrónica, física o documental del origen, naturaleza, cantidad, valor, peso, medida y clasificación arancelaria de la mercancía. (…)"*

- Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Art. 79.- "(…) ***Normas de Aforo.-*** *Para el acto de aforo dispuesto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se tendrán en cuenta las normas siguientes:*
a) La naturaleza de las mercancías se establecerá verificando la materia constitutiva, grado de elaboración y más características que permitan identificar plenamente al producto;
b) La clasificación arancelaria se efectuará con la aplicación de las reglas generales interpretativas del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, notas explicativas del Sistema Armonizado de la OMA, notas complementarias nacionales, las normas internas que para el efecto dicte el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y la aplicación de consultas de clasificación arancelaria vigentes, absueltas en virtud de lo contemplado en el presente reglamento; y,
c) El valor en Aduana de las mercancías importadas será determinado según las normas del Acuerdo sobre valoración de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y las disposiciones de carácter nacional y supranacional que rijan la valoración aduanera.
El resultado de las distintas etapas del aforo será registrado en el Sistema Informático del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador el mismo día en que se haya efectuado dicho acto. En el caso de ser aforo físico, deberá registrar imágenes de las mercancías aforadas. (…)"

Art. 110: *"(…)* ***Competencias Privativas****.- Forman parte de las competencias inherentes al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en su calidad de sujeto activo de la obligación tributaria aduanera, todas aquellas reconocidas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, tales como la determinación tributaria, clasificación arancelaria, valoración aduanera, y demás facultadas administrativas necesarias para cumplir con los fines institucionales, sobre las cuales ejercer todas competencias administrativas necesarias para dicho efecto.(…)"*

- Ley Orgánica de Salud Pública.

Art. 259*.- "(…) Medicamento.- Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales.*
Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales. (…)"

Resolución No. 05-2013 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia

Artículo 1: *"(…) Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el Informe elaborado por dicha Sala, y en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho: (…) El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ex CAE) en el ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades.(…)"*

6.2.2. Para el análisis de problema propuesto, corresponde a esta Sala transcribir parcialmente el contenido del considerando cuarto del fallo recurrido que manifiesta*: "CUARTO.- MOTIVACIÓN.- 4.1. En primer lugar, toda vez que la presente acción se deduce contra la resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE, que atiende el reclamo presentado en sede administrativa por el ahora actor, frente al informe de aforo que obra de fs. 46-47, este tribunal estima pertinente referirse a dicho acto el de aforo- y citar el fallo dictado por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en el caso No. 218- 2013, en el que señala: "(…) La conclusión a la que aborda la Sala de instancia es totalmente errada, puesto que la disposición prevista en el Art. 229 del Código Tributario si bien en su tenor literal establece el plazo de veinte días para la presentación de las demandas de impugnación, contados desde el siguiente día de su notificación, respecto de las resoluciones de* única o última instancia, no puede ser aplicado únicamente a las resoluciones que sean producto de un reclamo administrativo o de una petición, YA QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS COMO ADUANEROS TIENEN VARIAS FORMAS DE EXPRESARSE, así tenemos las actas de determinación, las liquidaciones de pago por diferencias, las resoluciones sancionatorias, etc. En este punto debemos analizar el concepto de acto administrativo, el cual según el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función

Ejecutiva constituye la voluntad del Estado manifestada a través de un acto y que producirá efectos jurídicos directos al administrado; sin embargo, para que esa voluntad estatal tenga validez debe contener una serie de requisitos, los cuales han sido desarrollados por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en los fallos Nos 53-2010; 8-2010; 62- 2011; y, 120-2011; dichos requisitos del acto administrativo se resumen así: subjetivos, objetivos y formales; los requisitos subjetivos que se refieren a la competencia del titular; los requisitos objetivos relacionados en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin; y, los requisitos formales que se refieren al procedimiento, forma y la motivación. ES DECIR, TODO ACTO QUE PRODUZCA EFECTOS DIRECTOS EN EL ADMINISTRADO DEBE SER CONSIDERADO COMO UN ACTO ADMINISTRATIVO Y POR LO TANTO SUJETO A IMPUGNACIÓN POR PARTE DEL ADMINISTRADO. La conclusión de la Sala de instancia nos conduciría al equívoco de pensar que el Art. 220 del Código Tributario al no contener en su disposición de manera expresa la impugnación de un acto administrativo emitido por la Administración Tributaria (tales como los referidos anteriormente, actas de determinación, liquidaciones de pago por diferencias, etc.) no podría ser objeto de impugnación en sede judicial, situación a todas luces contraria con la seguridad jurídica que debe *imperar en nuestro país […]" (resaltado propio del tribunal). Así la cosas, este tribunal acoge el referido criterio casacional, por considerar que el aludido informe de aforo es un acto administrativo impugnable, toda vez que genera efectos directos en la especie, obligaciones tributarias- a cargo del sujeto pasivo y que éste, en virtud de lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República, tiene el derecho de impugnar el mismo, bien sea en sede administrativa, como judicial, tal como hizo en este caso.- 4.2. Bajo este escenario, cabe citar el artículo 226 de la Constitución de la República se refiere a la competencia; la cual se caracteriza por la titularidad sobre la función y la consecuente preferencia respecto de los demás órganos para el ejercicio de tales potestades. Así, de forma muy precisa, la doctrina ha definido: "La competencia en este sentido consistirá en el conjunto de funciones de un ente, la titularidad de cuyo ejercicio se atribuye a un órgano de dicho ente, con preferencia de los demás." (Entrena Cuesta, R., Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Duodécima Edición, Madrid, 1998, p. 68). En este ámbito, cabe analizar la competencia de la administración tributaria aduanera para recategorizar un producto que cuenta con registro sanitario, toda vez que el artículo 212 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, vigente al momento de presentación de la declaración aduanera, disponía en su parte pertinente: "Art. 212.- Del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.- El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con competencia en todo el territorio nacional. Es un organismo al que se le atribuye en virtud de este Código, las competencias técnico-administrativas, necesarias para llevar adelante la planificación y ejecución de la política aduanera del país y para ejercer, en forma reglada, las facultades tributarias de determinación, de resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, de conformidad con este Código y sus reglamentos" y el literal b) del artículo 218 ibídem otorga a los directores distritales del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, entre otras, las siguientes facultades: "b. Verificar, aceptar u observar las declaraciones aduaneras, autorizar las operaciones aduaneras y realizar el control de las mercancías que ingresan al país o salgan de él, así como de los pasajeros en los puertos, aeropuertos internacionales y lugares habilitados para el cruce de la frontera y disponer la inspección, examen y registro de los medios de transporte internacional que ingresen al territorio aduanero o salgan de él;". A este respecto se ha pronunciado ampliamente y en forma concordante la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia [véase los recursos números 513-2010 de 8 de junio de 2012, 473-2010 de 18 de mayo de 2012, 332-2012 de 9 de noviembre de 2012, 20-2010 de 9 de noviembre de 2010, 261-2013 y 273-2013 de 30 de mayo de 2013], que ha afirmado: "… no se puede sostener…que la CAE incumple con lo que disponen leyes como el Código de la Salud o la Ley Orgánica de la Salud, pues el ámbito de acción y el rol que le corresponde a la CAE es la determinación y verificación de las obligaciones tributarias, mas no la de ser autoridad de salud"; pronunciamientos que han sido recogidos en la resolución No. 05-2013 de 10 de julio de 2013, dictada por el Pleno la Corte Nacional de Justicia, la cual, de acuerdo a los artículos 185 de la Constitución de la República del Ecuador y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, constituye jurisprudencia obligatoria. Así pues, queda establecido que la clasificación arancelaria de*

mercancías es competencia propia y exclusiva de la autoridad aduanera, la que, sin embargo, debe ceñirse a los mandatos contenidos en la legislación vigente al momento de verificarse el respectivo hecho generador de la obligación aduanera, dotando así de legitimidad a su acto.- 4.3.- Con respecto a qué se considera como medicamento, el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud dice: "Para efectos de esta Ley, se entiende por: (…) Medicamento.- Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales. Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales. Medicamento de venta libre.- Es el medicamento oral o tópico que por su composición y por la acción farmacológica de sus principios activos, es autorizado para ser expendido o dispensado sin prescripción facultativa" y al referirse al registro sanitario, el artículo 137 ibídem establecía a la presentación de la declaración: "Están sujetos a registro sanitario los alimentos procesados, aditivos alimentarios, medicamentos en general, productos nutracéuticos, productos biológicos, naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y productos dentales; dispositivos médicos, reactivos bioquímicos y de diagnóstico, productos higiénicos, plaguicidas para uso doméstico e industrial, fabricados en el territorio nacional o en el exterior, para su importación, exportación, comercialización, dispensación y expendio, incluidos los que se reciban en donación. Las donaciones de productos sujetos a registro sanitario se someterán a la autorización y requisitos establecidos en el reglamento que para el efecto dicte la autoridad sanitaria nacional". (…) 4.4.- De conformidad con lo previsto en el artículo 270 del Código Tributario, revisada la prueba actuada en el presente proceso, este tribunal considera lo siguiente: (…) Los aludidos medios de prueba permiten concluir a este tribunal que el producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, con registro sanitario No. 362411012 es medicamento, por lo que, la clasificación arancelaria efectuada por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en legítimo ejercicio de su facultad determinadora, no es la correcta, ya que dichos productos al ser medicamentos, a su importación se debe aplicar la clasificación arancelaria que corresponde a "medicamentos y drogas de uso humano".- 4.5.- Con relación a la prueba de la demandada, ésta se ha limitado a reproducir todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial el contenido del reclamo administrativo No. 287-2015 y a impugnar la prueba de la parte actora, lo que no permite corroborar la verdad de sus aseveraciones.- 4.6.- La Corte Constitucional del Ecuador, en el caso No. 1989-12-EP (fs. 173-180), al analizar el cambio de clasificación arancelaria de medicamentos calificados por administración aduanera, concluye: Si bien es cierto, como lo señala la Sala, no existe una regla legislativa que expresamente haya obligado a la Corporación Aduanera Ecuatoriana acatar las decisiones de la autoridad sanitaria, ni viceversa, sí existe, como se mostrará, un principio constitucional que permite la aplicación de una solución razonable al conflicto planteado. Bajo estas consideraciones, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en su deber de administrar justicia con sujeción a lo previsto en la Constitución, según lo señala el artículo 172 de la Carta Suprema, debió considerar dentro de su fallo el principio de coordinación que debe regir entre las instituciones que conforman la administración pública, el cual debe interpretarse, según lo señala el artículo 226 de la Constitución, como el "deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución" y de esta manera, dar una solución real y efectiva al vacío jurídico en el que se encuentra la empresa por una evidente y reprochable contradicción de criterios entre dos instituciones públicas como es el caso de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el Ministerio de Salud Pública, lo cual desemboca en un resultado contrario a la corrección del razonamiento práctico, pues a la vez se afirma que el producto "es" y "no es" medicamento. En definitiva los señores jueces, al efectuar una aplicación sistemática de las normas infraconstitucionales, terminan por omitir su obligación de realizar un análisis objetivo, coherente y completo sobre el real conflicto suscitado dentro del proceso tributario. Dicho conflicto debió ser claramente identificable y abordado dentro de su fallo de casación, debiendo justificar si sus actuaciones obedecen a una correcta aplicación de los derechos consagrados en la Constitución, de tal manera que las partes procesales no caigan en estado de indefensión frente a la decisión que

adopte el juez, pues si bien es cierto, la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, conoce y se pronuncia sobre los argumentos legales vertidos por la autoridad aduanera y sobre los que se presentó el recurso de casación, dentro de la misma, no se hace mención, o peor aún, se da solución al conflicto generado por la descoordinación entre la institución recurrente y el Ministerio de Salud Pública, habiendo sido utilizado dicho argumento en la sentencia de primera instancia que habiéndose constituido parte trascendental del sustento del accionante al momento de oponerse al recurso de casación, considerando que de acuerdo con el artículo 55 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la facultad para determinar la calidad de un producto como "medicamento o droga de uso humano" corresponde al presidente de la República, quien por medio del Decreto Ejecutivo No. 1151, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 404 de 15 de agosto de 2008, resolvió establecer la lista de productos que ostenta tal calidad; y de acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 1046, publicado en el registro oficial No. 648 de 27 de febrero de 2012, delegó al Ministerio de Salud Pública determinar qué productos han perdido la calidad señalada (…)"; bajo estas consideraciones, LA CORTE CONSTITUCIONAL AL HABERSE PRODUCIDO ESTE TIPO DE CAMBIOS, SEÑALA QUE SE HA VULNERADO EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LAS GARANTÍAS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y LOS DERECHOS DE LA PARTE Y A LA MOTIVACIÓN, ASÍ COMO A LOS DERECHOS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA, POR CUANTO EL PROPIO ESTADO, A TRAVÉS DE VARIAS DE SUS INSTITUCIONES CONSIDERA A MEXSANA COMO MEDICAMENTO." (El resaltado corresponde a este tribunal). Así las cosas, este tribunal acoge el criterio esgrimido por la Corte Constitucional conforme consta ut supra, precautelando los derechos previstos en los artículos 75, 76 y 82, la Constitución de la República a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, norma que supera en jerarquía a cualquier otra del ordenamiento jurídico ecuatoriano e inclusive a la jurisprudencia.- 4.6. Finalmente, con relación a la pretensión respecto a la garantía aduanera rendida, se dispone que la administración tributaria devuelva la misma a la actora, por cuanto ésta no puede ser ejecutada.- Con fundamento en lo expuesto y en aplicación de la garantía contenida en el número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y del principio de verdad procesal contemplado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, las suscritas juezas del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha".

6.2.3. De la revisión de la sentencia recurrida se advierte que, el Tribunal A quo, ha establecido como hechos probados y problema jurídico que: *"(…) De esta normativa, vigente a la fecha de la importación del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, se colige que el registro sanitario determina la composición química y fórmula farmacéutica de un producto y constituye un habilitante para su producción, comercialización, transporte y almacenamiento. En la especie, el certificado de registro sanitario No. 362411012 (fs. 65) correspondiente al producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, según el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la presente causa de conformidad con la disposición transitoria primera del Código Orgánico General de Procesos, es un instrumento público, al haber sido otorgado por el director ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria "ARCSA" y, en tal virtud, hace fe en juicio.- 4.4.- De conformidad con lo previsto en el artículo 270 del Código Tributario, revisada la prueba actuada en el presente proceso, este tribunal considera lo siguiente: a) La copia certificada del certificado de registro sanitario referido en el numeral precedente, con el cual se ha demostrado la calidad de medicamento del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, calificación que le ha otorgado el Ministerio de Salud Pública, a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria "ARCSA", previos los análisis correspondientes realizados a la composición química del producto y que se encontraban vigentes a la fecha de la declaración (fs. 125); b) La copia certificada del oficio No. 028612 de 17 de octubre de 2006, emitido por el subprocurador del Estado, dirigido al gerente general de la CAE, por medio del cual ratifica el contenido del dictamen del procurador general del Estado, contenido en el oficio No. 020729 de 14 de noviembre de 2005 (fs. 126-127); c) El informe técnico No. DTRSNSOYA-MED-2016-0014 de 10 de febrero de 2016, emitido por el Director Técnico de Registro sanitario, notificación sanitaria obligatoria y autorizaciones (fs. 193-194), en cuyo análisis técnico consta la composición química del producto PHARMATON 50+CÁPSULAS, las razones técnicas por las cuales se extendió certificado de medicamento a dicho producto y la certificación de que el mismo cuenta*

con registro sanitario No. 362411012, inscrito el 22 de octubre de 2012 y vigente hasta el 22 de octubre de 2017; d) La copia certificada del dictamen emitido por el procurador general del Estado, mediante oficio No. 004619 de 24 de septiembre de 2007, en atención a la consulta formulada por el Ministerio de Salud Pública y en el cual se establece la obligatoriedad de que la CAE coordine acciones con dicha cartera de Estado en todos los temas relacionados con medicamentos (fs. 129-130); f) La copia certificada del oficio No. ST-10-2007- 0010139 de 29 de octubre del 2007 emitido por la ministra de Salud Pública (fs. 131); e) El Decreto Ejecutivo No. 1151, promulgado en el Registro Oficial Suplemento No. 404 de 15 de agosto del 2008 (fs. 136); f) El Decreto Ejecutivo No. 1219 mediante el cual se reforma y complementa el Decreto Ejecutivo No. 1151 (fs. 138); g) El oficio No. 917012010OCON001675 de 14 de septiembre de 2010 (fs. 132), suscrito por la Secretaria General del Servicio de Rentas Internas que manifiesta que el decreto 1219 se aplica a todas las importaciones de medicamentos y drogas de uso humano que no se encuentren en el listado del decreto ejecutivo No. 1151; h) El oficio No. 917012013OCON001945 de 8 de octubre de 2013 (fs. 134), suscrito por la Secretaria General del Servicio de Rentas Internas que señala que ?es competencia del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Dr. Leopoldo Izquieta Pérez", establecer los productos que tienen la calidad *de medicamentos o drogas de consumo humano, en tal sentido, si los productos objetos de la presente consulta [PHARMATON COMPLEX CÁPSULAS, CÁPSULAS PHARMATON, KIDDI PHARMATON TABLETAS MASTICABLES, KIDDI PHARMATON EN SU PRESENTACIÓN JARABE, PHARMATON KIDDI JARABE, PHARMATON VITALITY CÁPSULAS] constan en los listados de medicamentos publicados en la web de este Instituto, estarán sujetos a la tarifa cero por ciento del Impuesto al Valor Agregado (IVA)"; e i) El informe presentado por la perito químico farmacéutica, Liliana Naranjo, quien en sus conclusiones manifiesta: "De acuerdo al análisis realizado lo (sic) Pharmaton 50+Cápsulas y Pharmaton Kiddi Tabletas Masticables deben ser considerados ESPECIALIDAD FARMACEÚTICA que es equivalente a MEDICAMENTO […](fs. 185-191).- (…), centrando su análisis en la clasificación arancelaria del producto ?PHARMATON 50 + CÁPSULAS"*, para dilucidar el problema jurídico, siendo en este recurso de casación la falta de aplicación de los arts. 140 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia, las normas respecto de las que se realiza el control de legalidad.

6.2.4. Para dilucidar este problema jurídico, es menester establecer que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, es una Administración Tributaria que tiene por objeto facilitar el comercio exterior y ejercer el control de la entrada y salida de mercancías, unidades de carga y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República, así como quienes efectúen actividades directa o indirectamente relacionadas con el tráfico internacional de mercancías; determinar y recaudar las obligaciones aduaneras causadas por efecto de la importación y exportación de mercancías; resolver los reclamos, recursos, peticiones y consultas de los interesados; prevenir, perseguir y sancionar las infracciones aduaneras; teniendo por lo tanto como política aduanera, el expedir normas para su aplicación a través de la Directora o Director General; y, como potestad, el conjunto de derechos y atribuciones que las normas supranacionales, la ley y el reglamento otorgan de manera privativa al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador para el cumplimiento de sus fines. En ese sentido, mediante ley, se le atribuyen competencias técnico-administrativas, necesarias para llevar adelante la planificación y ejecución de la política aduanera del país y para ejercer, en forma reglada, las facultades tributarias de determinación, de resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, de conformidad con este Código y sus reglamentos (art. 212 del COPCI); por lo que, queda claro que la actividad del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, es reglada y su actuar está dado por las competencias otorgadas en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y su Reglamento. Siendo este el escenario, la Administración Aduanera, en ejercicio de su facultad determinadora, realiza el aforo físico, que consiste en la verificación física o documental del origen, naturaleza, cantidad, valor, peso, medida y clasificación arancelaria de la mercancía.

6.2.4.1. En virtud de lo expuesto, el art. 79 literales a) y b) del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPCI, cuya falta de aplicación ha sido propuesta,

dispone que la Administración Tributaria, tendrá en cuenta la naturaleza de las mercancías se establecerá verificando la materia constitutiva, grado de elaboración y más características que permitan identificar plenamente el producto y tendrá la obligación de realizar la clasificación arancelaria con la aplicación de las reglas generales interpretativas del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, notas explicativas del Sistema Armonizado de la OMA, notas complementarias nacionales, las normas internas que para el efecto dicte el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y la aplicación de consultas de clasificación arancelaria vigentes, absueltas en virtud de lo contemplado en el presente reglamento, dichas reglas generales constan en la Decisión 570 que aprueba en el Texto Único de la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina denominada NANDINA referente a la Actualización de la Nomenclatura común, pero que cuyo yerro no fue admitido para ser analizado por esta Sala de Casación. En este sentido, no cabe duda que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, cumple su función en la actividad de control de las obligaciones tributarias generadas en el tráfico internacional de mercancías, estableciendo además que, conforme lo establece el art. 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio del Libro V del COPCI, norma que a criterio del casacionista no ha sido aplicada en la sentencia, la clasificación arancelaria de mercancías es competencia propia y exclusiva de la Autoridad Aduanera, y por consecuencia de ninguna otra. No obstante, se ha de tener en cuenta que en ejercicio de tal facultad, la autoridad aduanera, no puede apartarse de la normativa vigente, así como no puede exceder e ir más allá de los límites que le están fijados, pues su actividad por ser pública es también reglada, como ya quedo mencionado anteriormente. En consecuencia, la clasificación arancelaria de mercancías es competencia propia y exclusiva de la autoridad aduanera, la que, sin embargo, debe ceñirse a los mandatos contenidos en la legislación vigente al momento de verificarse el respectivo hecho generador de la obligación aduanera, dotando así de legitimidad a su actuación en el ejercicio de sus competencias. En el caso in examine y considerando lo dicho, tanto el Ministerio de Salud Pública como el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, ejercen sus funciones dentro de las competencias que la ley las otorga. Sin embargo de aquello, lo que alega el recurrente es que la sentencia impugnada el acto de clasificación arancelaria es un acto que responde a normas técnicas aduaneras por lo que se necesita el empleo de instrumentos legales "técnicos – especiales" para su efectiva clasificación y determinación para los derechos Ad Valorem o derechos en aduana; cabe en este punto señalar que el art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que: *"(…) las instituciones del Estado, sus organismo, dependencias, ejercerán exclusivamente las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la Ley (…)"*, norma que de ser contravenida por las instituciones al arrogarse competencias que no son propias, deviene en un actuar ilegal e inconstitucional, por lo que, corresponde a cada institución que participa directa o indirectamente en el tráfico de mercancías desde y hacia el país, cumpliendo con las competencias que la Ley les impone. En este caso, debido a la inexistencia de norma legal que disponga al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, acatar las decisiones de la autoridad sanitaria, o viceversa, se genera el conflicto entre el Ministerio de Salud Pública y el SENAE, pues el primero clasifica al producto "PHARMATON 50 + CÁPSULAS", como medicamento; y, el segundo como suplemento alimenticio, el problema planteado se reduce a establecer si dicho producto es o no medicamento con el fin de que el sujeto pasivo no tenga que sujetarse a dos regímenes de impuestos distintos. Con lo establecido ut supra, es menester pronunciarse sobre las competencias del Ministerio de Salud Pública, es necesario enfatizar las normas establecidas en la Ley Orgánica de Salud Pública en ese sentido: El artículo 135 de esta Ley en su parte pertinente dispone: *"(…) compete a la autoridad sanitaria nacional autorizar la importación de todo producto inscrito en el registro sanitario (…). No se autorizará la importación de productos (…) si previamente no tienen el registro sanitario nacional (…)".Al respecto del Registro Sanitario el artículo 137 de la Ley Orgánica de Salud dispone que: "(…) Están sujetos a registro sanitario los alimentos procesados, aditivos alimentarios, medicamentos en general (…) fabricados (…) en el exterior, para su importación (…)".* Con la transcripción del contenido de estas normas, es evidente que el Ministerio de Salud entidad estatal que ejerce la funciones de rectoría en salud (art. 4 de la Ley Orgánica de Salud Pública), ejerce derechos y obligaciones que le imponen las normas jurídicas, que incluye entre otras responsabilidades, la de regular el control

sanitario a nivel nacional en la importación de productos para uso y consumo humano. Dicho control, ejercido por el Ministerio cuenta con el Registro Sanitario a cargo del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, actual Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria -ARCSA, quien a su vez tiene bajo su competencia el otorgamiento del referido registro y además, el control sanitario de todos los medicamentos, entre otros productos de consumo humano y animal, según dispone el artículo 1 de su Reglamento Orgánico Funcional. Por lo tanto, es el Ministerio de Salud a través de sus instituciones, quien tiene la competencia para otorgar el Registro Sanitario de mercancías y así autorizar la importación de las mismas. En este mismo sentido, el art. 138 de la Ley Orgánica Salud Pública, expone que: *"(…)La autoridad sanitaria nacional a través de su organismo competente, Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta* Pérez, quien ejercerá sus funciones en forma desconcentrada, otorgará, suspenderá, cancelará o reinscribirá el certificado de registro sanitario, previo el cumplimiento de los trámites, requisitos y plazos señalados en esta Ley y sus reglamentos, de acuerdo a las directrices y normas emitidas por la autoridad sanitaria nacional, la misma que fijará el pago de un importe para la inscripción y reinscripción de dicho certificado de registro sanitario, cuyos valores estarán destinados al desarrollo institucional, que incluirá de manera prioritaria un programa nacional de control de calidad e inocuidad *posregistro. La autoridad sanitaria nacional, ejercerá control administrativo, técnico y financiero del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta* Pérez y evaluará anualmente los resultados de la gestión para los fines pertinentes. El informe técnico analítico para el otorgamiento del registro sanitario, así como los análisis de control de calidad *posregistro, deberán ser elaborados por el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical, Dr. Leopoldo Izquieta* Pérez, y por laboratorios, universidades y escuelas politécnicas, previamente acreditados por el organismo competente, de conformidad con la normativa aplicable, procedimientos que están sujetos al pago del importe establecido por la autoridad sanitaria nacional.(…)". El art. 140 de la Ley ibídem, prohíbe: *"(…) la importación, exportación, comercialización y expendio de productos procesados para el uso y consumo humano que no cumplan con la obtención previa del registro sanitario, salvo las excepciones previstas en esta Ley (…)." El art. 159 ibídem, culmina estableciendo que: "(…) Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la fijación, revisión y control de precios de los medicamentos de uso y consumo humano a través del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano, de conformidad con la ley. Se prohíbe la comercialización de los productos arriba señalados sin fijación o revisión de precios. (…)".* Con lo expuesto, se establece que si bien el Registro Sanitario cumple con la función de permitir la importación, exportación y comercialización de los productos de uso y consumo humano señalados en el art. 137 de esta Ley, su intervención también certifica la calidad y eficacia de los medicamentos, atendiendo su naturaleza conforme el art. 259 de la Ley Orgánica de la Salud define que se enmarca como medicamento, en este contexto, siendo en virtud de aquello que se confiere la certificación como medicamento, alimento, cosmético, etc., en apego al análisis técnico de sus componentes y de las normas internas correspondientes, conforme se desprende de los hechos probados.

6.2.4.2. De igual manera se acusa la falta de aplicación de la Resolución No. 05-2013 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, respecto de lo cabe previamente señalar que Con base en lo antes expuesto, la Corte Constitucional en la sentencia No. 035-14-SEP-CC de 12 de marzo de 2014, emitida en el caso No. 1989-1 EP, al resolver la acción extraordinaria de protección interpuesta por la compañía WYETH CONSUMER HEALTHCARE LTD., señaló: *"(…) Al respecto, de la lectura que esta Corte ha realizado sobre el caso sub judice, se desprende que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justica, casa la sentencia dictada por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.° 1, declarando como válidas las rectificaciones tributarias efectuadas por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en aplicación de las normas legales referentes a su ámbito competencial. Sin embargo, cabe anotar que el conflicto presentado ante los señores jueces dentro del recurso de casación, no debía pasar* únicamente por el hecho de validar un proceso de determinación fiscal en reconocimiento a las competencias y facultades legales con las que goza la institución aduanera, sino también el de encontrar una solución a una evidente contradicción presentada por el accionante en relación a un mismo punto: la determinación del tipo de producto del que se trata. Se ha evidenciado por

parte de la Sala un criterio contradictorio entre dos instituciones públicas, que provoca efectos diversos, dependiendo de la posición que se adopte - el que el producto en cuestión sea considerado o no un medicamento-. Esta circunstancia a pesar de haber sido plenamente identificada dentro de la sentencia recurrida y la sentencia de casación fue desconocida por los señores jueces. Si bien es cierto, como lo señala la Sala, no existe una regla legislativa que expresamente haya obligado a la Corporación Aduanera Ecuatoriana acatar las decisiones de la autoridad sanitaria, ni viceversa, sí existe, como se mostrará, un principio constitucional que permite la aplicación de una solución razonable al conflicto planteado. Bajo estas consideraciones, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en su deber de administrar justicia con sujeción a lo previsto en la Constitución, según lo señala el artículo 172 de la Carta Suprema, debió considerar dentro de su fallo el principio de coordinación que debe regir entre las instituciones que conforman la administración pública, el cual debe interpretarse, según lo señala el artículo 226 de la Constitución, como el «deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución» y de esa manera, dar una solución real y efectiva al vacío jurídico en el que se encuentra la empresa por una evidente y reprochable contradicción de criterios entre dos instituciones públicas como es el caso de la Corporación Aduanera del Ecuador y el Ministerio de Salud Pública, la cual desemboca en un *resultado contrario a la corrección del razonamiento práctico, pues a la vez se afirma que el producto "es" y "no es" un medicamento (...)". "(…) Así mismo, dicha falta de pronunciamiento y solución sobre el conflicto de* coordinación entre *las instituciones públicas, afecta de forma directa el derecho a la tutela judicial efectiva en lo que respecta a la necesidad de las partes a obtener de la administración de justicia un fallo en derecho que resuelva en su integridad el conflicto suscitado, circunstancia que no acontece en el presente caso. Finalmente, la falta de motivación en el fallo objeto de la presente acción, también implica una vulneración del derecho a la seguridad jurídica pues la no aplicación de las normas constitucionales que hubieran permitido resolver la inconsistencia de criterios entre los organismos de la administración pública y así armonizar las reglas que componen el ordenamiento jurídico en un todo sistemático, correcto desde el punto de vista de las normas del razonamiento práctico, genera en las partes procesales y especialmente en la accionante, una evidente incertidumbre con respecto al marco legal que debe aplicarse dentro del presente caso.(…)".* Estos argumentos son recogidos en la sentencia No. 229-16-SEP-CC de 20 de julio de 2016, que resolvió el caso No. 1906-15- EP dictada por los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador en la acción extraordinaria de protección interpuesta por la compañía GRUPO-FARMA DEL ECUADOR S.A., en la que además disponen: *"(..) Al respecto, esta Corte reitera la obligación que tienen los operadores de justicia de dar soluciones integrales y congruentes a los conflictos que se pudieran generar por la descoordinación entre las diversas instituciones públicas, en el caso en concreto, entre SENAE y el Ministerio de Salud Pública, pues resulta claro que desde el año 2014, en que se dictó la sentencia N.° 035-14-SEPCC hasta la presente fecha, el conflicto subsiste sin que se hayan tomado los correctivos del caso tendientes a conseguir un trabajo coordinado entre las entidades del Estado, en el que prevalezca una interpretación sistemática que coadyuve a la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, y por ende, a garantizar la seguridad jurídica para las personas naturales o jurídicas cuya actividad económica se ubica en el sector salud. Asimismo y en concordancia con lo señalado en párrafos anteriores, al haber hecho caso omiso a un pronunciamiento de este organismo jurisdiccional, por el cual se resolvía una causa que presenta los mismos patrones fácticos y dictado incluso con anterioridad al fallo objeto de la presente acción, se ha vulnerado la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, en la medida en que su desconocimiento ha provocado que la legitimada activa en el presente caso se encuentre en condiciones jurídicas distintas, a pesar de encontrarse en las mismas condiciones fácticas que el accionante en la causa precedente. En razón de lo expuesto, la sentencia del 11 de agosto de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, al inobservar una jurisprudencia de este organismo constitucional que resuelve un patrón análogo, no solo ha conducido a una vulneración del derecho a la seguridad jurídica, sino que genera una posición de desventaja hacia la legitimada activa al brindar un trato diferenciado en relación a lo resuelto por esta Corte sobre el tema (…)".*

6.2.4.3. De los pronunciamientos emitidos por el máximo Tribunal de Justicia Constitucional, sobre este tema, hacen que esta Sala busque una solución al conflicto que se presenta entre el Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador y el Ministerio

de Salud Pública, pues al juzgador le corresponde permitir que el sistema procesal haga efectiva las garantías del debido proceso, y que la administración pública respete y se sujete a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y a la Ley, por lo que, para tal objetivo se señala: El Ministerio de Salud Pública, es la única autoridad competente para calificar a un producto como medicamento o alimento a través del Registro Sanitario correspondiente emitido por el Instituto de Higiene y Medicina Tropical Izquieta Pérez actual Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), como organismo técnico emisor, por expresa disposición de los arts. 135, 137, 138, 140 y 159 de la Ley Orgánica de la Salud antes transcritos; calificación o categorización que se la hacen con base en lo dispuesto en el art. 259 de dicha ley, luego de los estudios de la documentación y análisis de las muestras presentadas. En la especie, el Ministerio de Salud Pública calificó al producto importado PHARMATON 50+ CÁPSULAS, al emitir el registro sanitario como «medicamento", por sujetarse a la definición legal establecida en el antes mencionado art. 259 de la Ley Orgánica de Salud, pues se trata de preparaciones farmacéuticas con una fórmula de composición química expresada en unidades del sistema internacional, constituida por una mezcla de sustancias fabricadas por laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, usados para el tratamiento, mitigación y profilaxis de enfermedades. La connotación legal que lleva consigo la definición dada por la Ley a los medicamentos y la consecuente calificación de un producto como tal, implica que estos deben contar con registro sanitario, que es el único documento que, en derecho, devela la composición química del producto; y sujetarse a la revisión, fijación y control de precios. Siendo por tanto, las atribuciones y facultades del Ministerio de Salud Pública relativas a la concesión de registros sanitarios a través del cumplimiento de requisitos y análisis bioquímicos no puede deslindarse de los impuestos aduaneros, sino al contrario deben coordinarse y complementarse a fin de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de los administrados, pues depende de la calificación del producto por parte del Ministerio de Salud Pública y su consecuente clasificación arancelaria que le de la Aduana, el pago tanto del Impuesto al Valor Agregado, como de los derechos Ad-Valorem a la importación de los productos o mercancías, ya que si se trata de medicamentos, la tarifa por el IVA es de 0%, y los derechos Ad-valorem del 5%; mientras que si se considera que el producto importado es suplemento alimenticio como sucede en el presente caso por parte de la aduana, los derechos Ad-Valorem de la importación suben al 20%. Ahora bien, el conflicto se agudiza cuando los productos importados, al contar con registro sanitario y ser considerados como medicamentos, la tarifa es del 0% respecto al IVA, pero cuando la aduana dice que es suplemento alimenticio, se mantiene la tarifa de 0% de IVA, pero los derechos Ad-Valorem suben al 20%, lo que hace que el sujeto pasivo o contribuyente este sujeto a dos tarifas impositivas, lo que genera incertidumbre e inseguridad jurídica. Resulta por tanto necesario que, los productos que cumpliendo con los parámetros exigidos por la Ley Orgánica de la Salud, y que hayan sido calificados como medicamentos, deban conservarse en esa categoría; consecuentemente, todas las instituciones y funcionarios públicos en aplicación al concepto de competencia administrativa, al amparo de la que, los derechos del administrado se garantizan, en tanto se encuentre delimitado el campo de actuación de cada uno de los entes públicos, y sus funciones se ejerzan por el órgano al que el ordenamiento jurídico las atribuye dichas competencias, permita que una vez que la autoridad competente (Ministerio de Salud) haya resuelto calificar a un producto como medicamento, el SENAE, al momento de clasificarlo dentro del Arancel Nacional de Importaciones, deberá hacerlo dentro de la subpartida correspondiente sin desconocer la calidad de medicamento otorgado previamente por el Ministerio de Salud Pública, pues el ejercicio de las facultades conferidas por Ley a la Administración Tributaria Aduanera, entre ellas la determinadora, debe ser consecuente con el principio de coordinación, consagrado en el art. 226 de la Constitución de la Republica, encuadrándose su actividad en el marco de la Ley y de la Constitución, aquello permitirá garantizar la seguridad jurídica establecida en el art. 82 ibídem, derecho que implica el respeto a la garantía del debido proceso, en fase administrativa, en el caso del aforo y la liquidación de tributos que debe ser asumido por el contribuyente, debiendo el accionar de la Aduana ser coherente con la Ley Orgánica de la Salud, de manera que al realizar el aforo de las mercancías sometidas a desaduanización, debe considerar la calificación otorgada por el Ministerio de Salud Pública, así como el análisis técnico realizado por el ex Instituto Nacional de Higiene

y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez hoy Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), a los productos importados y sujetos al pago de tributos aduaneros.

6.2.4.4. El precedente jurisprudencial contenido en la Resolución No. 05-2013 de 10 de julio de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la cual conforme a los arts. 185 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su art. 1 señala que: *"El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (ex CAE) en el ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio de partida arancelaria, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades.",* en función del que reconoce la competencia de la autoridad aduanera para otorgar a las mercancías importadas su debida clasificación arancelaria, no siendo por tanto controvertido el hecho de que la determinación o verificación de obligaciones tributarias derivadas de la entrada y salida de mercancías, corresponde a la Administración Tributaria Aduanera, pero sí que su actuación debe ceñirse a los mandatos contenidos en la legislación vigente al momento de verificarse el respectivo hecho generador de la obligación tributaria aduanera, dotando así de legitimidad a su actividad reflejada en el acto administrativo que otorga una clasificación arancelaria determinada a una mercancía. Cabe anotar para este punto de análisis de control de legalidad que, la Corte Constitucional en sentencia No. 035-14-SEP-CC de 12 de marzo de 2014, emitida dentro del caso No. 1989-12-EP, deja sin efecto la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, de 09 de noviembre de 2012, emitida en el recurso de casación, signado con el No. 102-2011, fallo que es parte del precedente jurisprudencial No. 005-2013, emitido por la Corte Nacional de Justicia. En ese sentido, se debe tener en cuenta que, si bien la sentencia antes referida, en un inicio tiene un efecto "inter partes", el punto de derecho discutido y resuelto en la misma, tiene una connotación aplicativa a todas los temas de discusión que enmarquen el principio de coordinación que debe existir entre las instituciones del sector público; pues en función de este principio, dar una solución real y efectiva al vacío jurídico en el que se encuentra la empresa por una evidente contradicción de criterios entre dos instituciones públicas como es el caso del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y el Ministerio de Salud Pública, para garantizar certeza jurídica en la importación de los productos, ya que la consonancia entre los cuerpos normativos dentro del ordenamiento jurídico permite la optimización del régimen tributario ecuatoriano mismo que se rige por principios constitucionales primando el de equidad tributaria, en este conflicto llamado a garantizar una igualdad jurídica entendiéndose como igualdad horizontal, pues la lógica nos indica que a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas, por tanto, si la entidad pública llamada a calificar un producto le otorga una categoría debido a su naturaleza dentro territorio nacional, esta calificación tendrá efectos jurídicos para todos los ámbitos incluido el tributario.

6.2.5. En consecuencia el criterio del Tribunal A quo, con el que considera: *"(…) Así las cosas, este tribunal acoge el criterio esgrimido por la Corte Constitucional conforme consta ut supra, precautelando los derechos previstos en los artículos 75, 76 y 82, la Constitución de la República a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, norma que supera en jerarquía a cualquier otra del ordenamiento jurídico ecuatoriano e inclusive a la jurisprudencia.- 4.6. Finalmente, con relación a la pretensión respecto a la garantía aduanera rendida, se dispone que la administración tributaria devuelva la misma a la actora, por cuanto ésta no puede ser ejecutada.- Con fundamento en lo expuesto y en aplicación de la garantía contenida en el número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y del principio de verdad procesal contemplado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, las suscritas juezas del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha"(…),* no deviene de una falta de aplicación de los 140 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia, toda vez que se ajusta a los hechos probados, en consecuencia, se ha aplicado las normas llamadas a regular los hechos discutidos, sin que deba aplicarse otra norma sustantiva para la solución del controvertido. Aspectos antes mencionados, por lo que no se configura la falta de aplicación de los arts. 140 del Código Orgánico de

la Producción, Comercio e Inversiones; 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; incisos primero y segundo del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia.

VII. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** Resuelve: No Casar la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 11h04, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Actúe la doctora Ivonne Marlene Guamaní León, en calidad de secretaria relatora encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud del oficio No. 011-PSCT-CNJ-18 de 17 de mayo de 2018 suscrito por la presidenta de la Sala, Dra. Ana María Crespo Santos. Sin Costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Darío Velasteguí Enríquez, JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO); Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juicio No. 17510-2015-00294

Jueza Ponente: Dra. Ana María Crespo Santos

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

Quito, viernes 23 de noviembre del 2018, las 09h39.-

VISTOS:

Con relación al pedido de aclaración solicitado por la peticionaria, en contra de la sentencia de mayoría dictada el 7 de noviembre de 2018, las 15h09[1], por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, para disponer lo pertinente, se considera:

Primero. Del pedido de la peticionaria.-

Mediante escrito que obra a fojas 91, del expediente de casación, la señora Isabelle Coudanne, por los derechos que representa en calidad de gerente general de BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CÍA. LTDA., solicita que la sentencia de mayoría expedida el 7 de noviembre de 2018, las 15h09, por esta Sala casacional dentro del recurso No. 17510-2015-00294, se aclare en los siguientes puntos que versan en:

i. Dé que forma la H. Sala está aplicando el fallo emitido por la Corte Constitucional dentro del caso No. 1989-12-EP; así también, se servirán pronunciarse respecto al alcance vinculante del mismo.

ii. Adicionalmente, se servirá pronunciarse respecto a si la falta de aplicación del precepto jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional, configuraría el presupuesto normativo contenido el Art. 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional".

SEGUNDO. De la contestación de la Autoridad Aduanera.-

A pesar, de habérsele corrido traslado, mediante auto de 13 de noviembre de 2018, las 16h46[2], con la antes referida petición de la señora Isabelle Coudanne, en calidad de gerente general de BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CÍA. LTDA., la Autoridad Aduanera, no ha emitido pronunciamiento alguno.

TERCERO. Del análisis.-

En trazos generales la compañía peticionaria, pretende, y en efecto así lo ha solicitado, se aclare, cuál fue el análisis esgrimido por esta Sala casacional para emitir el fallo impugnado, por los puntos previamente señalados en el presente auto.

[1] Voto salvado del doctor Darío Velasteguí Enríquez Juez Nacional integrante de esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario.

[2] Fs. 94 del expediente sustanciado en esta Sala.

3.1 A fin de esclarecer jurídica y legalmente el remedio procesal (recurso horizontal) de aclaración solicitado; cabe remitirnos al artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos-COGEP, que refiere: *"La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura"*[3]*;* en este marco, hay que indicar, que la aclaración, cabe cuando el fallo es ininteligible. Se recuerda a la peticionaria, que el presente recurso, no procede contra hechos ocurridos en la audiencia oral; tampoco, es un medio para que se tome examen a los jueces o juezas sentenciadores sobre conceptos jurídicos vinculados con el litigio, o trasladarse a los sentenciadores el debate judicial sobre los asuntos controvertidos.

3.2 Es importante manifestar, que la sentencia de mayoría impugnada, y que fuera expedida por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, respetó los lineamientos del recurso extraordinario de casación, el mismo que tiene como propósito hacer efectivo los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad ante la Ley. No le compete a esta Sala casacional juzgar el pleito con el objeto de resolver a cuál de los litigantes le asiste la razón; al contrario, se limita al contenido de la sentencia a establecer si existe vulneración o no de la ley sustancial, que al caso *in examine*, de conformidad a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de la siguiente normativa: a) Los artículos 79 y 110 del Reglamento al Título de Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, b) El artículo 259 incisos primero y segundo de la Ley Orgánica de Salud Pública; y, c) La Resolución No. 05-2013, expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Se analizó el fallo recurrido con sujeción a la normativa de derecho argüida por el Tnlgo. Francisco Xavier Amador Moreno, en su calidad de Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; entonces resulta que, la sentencia de mayoría, emitida el 7 de noviembre de 2018, las 15h09, consta de veinte y tres (23) fojas -anverso y reverso-, en las cuales a lo largo de cinco (7) acápites o puntos, se desarrolla todo el fallo; dichos acápites versan sobre:

- **Asunto**, se determina la sentencia que esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, de mayoría analizó y resolvió; esto es el fallo suscrito el 10 de abril de 2017, las 11h04, 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. 17510-2015-00294.
- **(I) Antecedentes** del recurso extraordinario de casación, que en su primer sub punto (**1.1**) se detalla que el casacionista interpone el presente recurso de casación al amparo de la causal primera y quinta; empero, la doctora Magaly Soledispa Toro, admitió el recurso únicamente la casual primera del artículo 3 de la Ley de Casación; en el sub punto (**1.1.1**) se especifica todos los argumentos del recurso; en el (**1.2**) se precisa el auto de la admisibilidad del recurso extraordinario de casación (causal primera del artículo 3 de la Ley de casación), dictado por la doctora Magaly Soledispa Toro, Conjueza de esta Sala en esa época; (**1.3**) en este sub punto, se hace constar, la contestación al recurso de casación, por parte de la Autoridad Aduanera; (**1.4**) se hace referencia a lo resuelto por el Tribunal de instancia.
- **(II) Jurisdicción y Competencia** de esta Sala de Casación (sustento legal y constitucional).
- **(III) Validez Procesal**, en este acápite se determina que no existe nulidad alguna que declarar.
- **(IV) Planteamiento jurídico del recurso a resolver**, de conformidad al cargo argüido por el recurrente.
- **(V) Consideraciones y Resolución del problema jurídico planteado**, acápite donde en los sub puntos **(5.1, 5.2)** se realizan algunas consideraciones del recurso de casación, y de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; en el sub punto (**5.3**) se transcribe la normativa infringida, en el **(5.4**) se destaca el vicio de falta de aplicación, para lo cual se toma en cuenta lo dicho por la doctrina; en el (**5.5**) se puntualiza el cuestionamiento principal de la Autoridad Aduanera; en el sub punto (**5.5.1**) se especifica lo resuelto por el órgano jurisdiccional de instancia; en el sub punto (**5.5.2**) se realiza el respectivo análisis; en donde este Tribunal, realiza el examen de la normativa impugnada, teniendo en cuenta lo esgrimido

[3] Recurso contemplado también en el artículo 274 del Código Tributario.

por el órgano jurisdiccional de instancia, para de esta manera, establecer que: **"*5.5.2*.** *El Tribunal de instancia en la sentencia recurrida considera que el ente correspondiente como lo es el Ministerio de Salud conforme lo disponen los arts. 4, 137 y 138 de la Ley Orgánica de Salud, a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, Doctor Leopoldo Izquieta* Pérez, emitió los Registros Sanitarios *Nros. 362411012 y 28507-06-08 de fecha 22 de octubre de 2012 y 19 de febrero de 2013, respectivamente, con vigencia hasta el 22 de octubre de 2017 el primero y 19 de febrero de 2018 el segundo, en la que se califica a "Pharmaton 50+ Cápsulas" como Medicamento; por lo que al haber establecido la naturaleza del producto la entidad legal correspondiente dichos productos deben ser clasificados en la subpartida arancelaria de medicamentos. Al respecto, hay que mencionar en primer lugar que el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador SENAE, es la autoridad tributaria aduanera y dentro de sus facultades consta la determinación, resolución, de sanción y reglamentaria en materia aduanera, en tal virtud el SENAE está investido de la potestad de determinar la clasificación arancelaria o modificar la partida arancelaria de ser el caso de los contribuyentes; así también lo considera el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que mediante Resolución No. 054-2013, emitida el 10 de julio de 2013, consta el precedente jurisprudencial que resolvió que la Corporación Aduanera Ecuatoriana, ahora SENAE "en el ejercicio de su facultad determinadora puede realizar el cambio partida arancelaria, lo que no implica que contravenga las competencias atribuidas a otras autoridades", por ello en el ejercicio de dicha facultad en la especie la SENAE, cambio la partida del producto importado "PHARMATON 50+ CÁPSULAS", declarado en al subpartida arancelaria No. 3004.50.10.00; a la siguiente subpartida: el producto "PHARMATON 50+ CÁPSULAS" a la subpartida arancelaria No. 2106.90.73.00, correspondiente al producto que contenga mezclas de vitaminas. Además el art. 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, dispone que el SENAE en su calidad de sujeto activo de la obligación tributaria aduanera, forma parte de sus competencias todas aquellas reconocidas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, tales como la determinación tributaria, clasificación arancelaria, valoración aduanera, por lo que en la especie al realizar el aforo que es un acto de determinación tributaria a cargo de la SENAE debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 79 del mencionado Reglamento, que dispone que se debe tomar en cuenta las siguientes normas de aforo: a) La naturaleza de las mercancías se establecerá verificando la materia constitutiva, grado de elaboración y más características que permitan identificar plenamente al producto; b) La clasificación arancelaria se efectuará con la aplicación de las reglas generales interpretativas del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, notas explicativas del Sistema Armonizado de la OMA, notas complementarias nacionales, las normas internas que para el efecto dicte el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador y la aplicación de consultas de clasificación arancelaria vigentes, absueltas en virtud de lo contemplado en el presente Reglamento. Consecuentemente en el ejercicio de su facultad de determinación para clasificar arancelariamente un producto y de ser necesario modificar partidas arancelarias por las correctas, en aplicación de la normativa antes descrita el SENAE estableció que el producto importado PHARMATON 50+ CÁPSULAS", se lo clasifica como suplemento o complemento no como medicamento ya que un medicamento debe servir para curar o tratar una enfermedad y no solamente para conservar el buen estado de salud del individuo que lo consume por lo que cambió "PHARMATON 50+ CÁPSULAS" a la subpartida arancelaria No. 2106.90.73.00, correspondiente al producto que contengan mezclas de vitaminas; inclusive hay que destacar que la propia Ley Orgánica de Salud Pública dispone que medicamento es para el tratamiento de una enfermedad, así lo dispone en su art. 259 que determina que se entiende por medicamento: "Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y*

de los animales. Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales". Ahora bien hay que puntualizar que lo actuado por el SENAE, es en ejercicio de su facultad determinadora como tantas veces se ha mencionado en esta sentencia, lo cual es únicamente con fines tributarios, ya que de ninguna manera con dicho actuar se está desconociendo lo determinado por el Ministerio de Salud a través de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, Doctor Leopoldo Izquieta Pérez, que emitió el registro sanitario del producto en análisis como medicamento, ya que dicho organismo tiene competencias en temas netamente de salud e interpretación de normas farmacológicas y no en temas tributarios aduaneros. Por lo expuesto este Tribunal de Casación, considera que en el caso en análisis si se configura el vicio alegado por el recurrente de falta de aplicación de los arts. 79 y 110 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, del art. 259, primero y segundo incisos, de la Ley Orgánica de Salud Pública, y de la Resolución No. 05-2013 de la Corte Nacional de Justicia ya que dichas normas, como consta en esta sentencia, eran indispensables su aplicación. ***6.*** *DECISIÓN* ***6.1*** *Por los fundamentos expuestos, la Corte Nacional de Justica, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:* ***7.*** *SENTENCIA* ***7.1*** *CASAR la sentencia dictada el 10 de abril de 2017, las 11h04, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, y en consecuencia declarar la legitimidad y validez jurídica de la Resolución No. SENAE-DDG-2015-0562-RE de 01 de julio de 2015, expedida por la Directora Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.* ***7.2*** *Actúe dentro de este proceso, como Secretaria Relatora la doctora Ivonne Marlene Guamaní León.* ***7.3*** *Sin costas.* ***7.4*** *Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen".* (**VI y VII**) Decisión y Resolución, en la cual consta la decisión en derecho de este Tribunal de Casación.

3.3 Queda claro, entonces, que la sentencia de mayoría dictada el 7 de noviembre de 2018, las 15h09, por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ha sido clara, inteligible, y no presenta obscuridad en su texto, condición sine qua non para que proceda la aclaración, ya que no se han utilizado frases indeterminadas en el razonamiento y resolución; por consiguiente, existe claridad en lo resuelto y dispuesto; así también, ha tomado en consideración todos los argumentos esgrimidos en la fundamentación por el casacionista; y, se ha motivado con claridad meridiana la decisión, lo cual ha permitido arribar a la toma de la resolución de aceptar el recurso extraordinario de casación interpuesto por el tnlgo. Francisco Xavier Amador Moreno, en su calidad de Director Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; en consecuencia, casar la sentencia expedida el 10 de abril de 2017, las 11h04, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, por el cargo invocado por el recurrente.

CUARTO. **De la decisión.-** Por todo lo expuesto, se niega el pedido de aclaración solicitado por la señora Isabelle Coudanne, en calidad de gerente general de BOEHRINGER INGELHEIM DEL ECUADOR CÍA. LTDA., en consecuencia, y acorde con lo dispuesto en el fallo, devuélvase inmediatamente al proceso al Tribunal de origen para la ejecución de la sentencia. El doctor Darío Velástegui Enríquez, firma el presente auto por obligación legal. Actúe dentro de este proceso como Secretaria relatora (E) la Dra. Patricia Velasco Mesias, mediante la Acción de Personal No. 001-UATH-2018-CO. **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2018

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

I

Causa Nro.*11258-2016-00163*
Resolución Nro. *1021-2018*
Fecha*: 28 de junio del 2018*

TEMA: Delito: Trata de personas incluida la prostitución forzada. La prostitución forzada es la situación en la cual la víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos de contenido sexual que involucran su cuerpo para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello. Este delito convierte a la persona en objeto que se puede "comercializar", lo que conlleva a su "cosificación"

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos son los siguientes: La víctima atravesaba por factores vulnerables, como la pobreza y el abandono de su padre, los cuales fueron aprovechados por xxx, quien en el mes de septiembre de 2016, la capta para que trabaje en el prostíbulo denominado "La Luna", de donde en un operativo realizado por el Comisario de Catamayo, es rescatada el día 28 de septiembre de 2016. El procesado explotaba a la menor porque le entregaba de 40 a 50 dólares diarios por dedicarse a la prostitución. El Tribunal de Garantías Penales del cantón Loja considera que la prueba actuada por Fiscalía no ha logrado comprobar de forma fehaciente la existencia material de la infracción, ni la responsabilidad penal del acusado, como para que se pueda dictar una sentencia condenatoria; o al menos surge la duda. Si bien el Art. 91 del COIP, hace hincapié en que la captación, transportación , traslado, entrega, acogimiento o recepción de una persona, siempre será con fines de explotación y que constituye explotación toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio; sin embargo, se debe enfatizar que aunque para la configuración del tipo no requiere que se obtenga el fin de explotar a la víctima, exige la realización de alguno de los verbos rectores para la configuración del delito; es decir, que la conducta del procesado debe cumplir la acción indicada en alguno de los verbos rectores, situación que no ha sido legalmente probada, y por ello, ante la falta de prueba de cargo, toma fuerza el principio constitucional de inocencia en favor del procesado. El 01 de septiembre del 2017, las 08h40, el Tribunal de Garantías Penales del cantón Loja, dicta sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República y los artículos 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, ratificando el estado de inocencia del procesado, quien fue llamado a juicio por el delito de trata de personas.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La Fiscalía y la Defensoría Pública, interponen recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, quien dentro de su fundamentación considera no haberse justificado de manera suficiente, que la menor fue captada por un sujeto cuya individualidad no ha sido posible determinar; sin embargo, esto no obsta para calificar el hecho como trata de personas según el Art. 91 del Código Penal, por los siguientes motivos: Según el Art. 91 del COIP, componente del delito, la acogida, recepción, etc., de una persona con fines de explotación, entendiéndose por esta, según la misma norma" toda actividad de la que resulte un provecho material o económico...o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición

de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de...la explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada....” Ahora, que se exija sometimiento o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, encuentra sentido y razón en que no se puede punir la prostitución con libertad de consentimiento y voluntad. Por lo tanto, no se requiere para la configuración del elemento objetivo del tipo, la acumulación de las indicadas conductas, representadas por la serie de verbos rectores que prescribe, pues son conductas alternativas, por lo cual es indiferente que concurra una o todas. En este caso se acusó que el procesado captó a la menor, pero también que la tuvo trabajando de prostituta en su Night Club La Luna, lo cual representa acogida, dado que este verbo en su acepción más común, significa admitir en su casa o compañía a alguien, o también“ servir de refugio o albergue a alguien”. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, con fecha 4 de enero de 2018, las 14h38, dicta sentencia acogiendo la apelación de Fiscalía y de la víctima, revocando la sentencia absolutoria y en su lugar, declara la culpabilidad del procesado como autor del delito de trata de personas previsto en el Art. 91.2 del COIP y sancionado en el Art. 92.2 ibídem; por lo tanto se le impone la pena privativa de libertad de dieciseis años y una multa de trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general. Como medida de reparación se ordena 1. Un tratamiento médico y sicológico continuo a favor de la víctima, así como servicios legales y sociales que ayuden a la víctima a readaptarse a la sociedad. 2. Que el procesado, pague a la víctima diez mil dólares a título de reparación por daño moral.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con la sentencia emitida por el Tribunal ad-quem, el procesado interpone recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, quien declara improcedente el recurso interpuesto por el procesado, debido a que no fue fundamentado en los términos previstos en los artículos 656 y 657 numeral 5 del COIP, ni ha explicado de qué manera la sentencia impugnada violó la ley conforme a la causal y el yerro invocado. En su argumentación, el Tribunal destaca que el delito que se juzga, trata de personas, es considerado una forma de esclavitud moderna, por tanto, un delito que lesiona derechos humanos fundamentales. Este delito convierte a la persona en objeto que se puede "comercializar", lo que conlleva a su "cosificación". La víctima de trata de personas, aun cuando hubiese dado su consentimiento, no puede ser considerada como delincuente ya que, en cualquier circunstancia es una víctima. Es atraída por engaños y artimañas que utilizan los grupos de delincuencia organizada transnacional. Con frecuencia les ofrecen empleo, oportunidades de educación, viajes para mejorar sus condiciones económicas y de vida, matrimonio, mejores oportunidades para sus hijos, etc. En virtud de lo manifestado, se afirma que la trata de personas no puede considerarse compatible con un Estado Constitucional de derechos y justicia, como lo es el Ecuador; sobre todo, en tanto ésta clase de delito atenta contra la dignidad de los seres humanos y las libertades fundamentales de sus víctimas. Con relación a lo indicado, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establece en su preámbulo que: "...para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente de mujeres y niños se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos

humanos internacionalmente reconocidos". En la especie, el procesado ha sido juzgado por el delito establecido en el 91.2 del COIP, la explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil". Para entender de una manera amplía la infracción penal por la que ha sido condenado el encartado, es procedente exponer la definición del acto que se le atribuye al ciudadano referido, según lo descrito por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNUDD). Explotación: por explotación se entenderá la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral, incluidos los actos de pornografía y la producción de materiales pornográficos; específicamente, la explotación sexual comercial o prostitución ajena, es la comercialización, organizada o no, de una persona como mercancía sexual a cambio de una remuneración en efectivo o en especie, generalmente, aunque no siempre, con la intervención de un intermediario. En definitiva, la prostitución forzada es la situación en la cual la víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos de contenido sexual que involucran su cuerpo, para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello. En conclusión, los argumentos del recurso de casación propuestos por el procesado son improcedentes, alejados a las disposiciones legales y constitucionales invocadas en la sentencia; lo que torna su pretensión impugnatoria en infundada; y, en consecuencia, improcedente. De conformidad con el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, no se encuentra error de derecho en la sentencia de segunda instancia, que cause mérito para proceder con el ejercicio de la casación de oficio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11258-2016-00163

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 28 de junio del 2018, las 16h45.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1 01 de septiembre del 2017, las 08h40, el Tribunal de Garantías Penales del cantón Loja, dicta sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República y los artículos 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, ratificando el estado de inocencia del procesado señor Vicente Armando Ochoa Ramón, quien fue llamado a juicio por el delito de trata de personas.

Por no estar conforme con esta sentencia el Dr. Santiago Augusto Cueva Oviedo, Defensor Público de Loja y el señor Fiscal Dr. Ludwin Jimbo Matailo, interponen recurso de apelación.

1.2 A fecha 4 de enero de 2018, las 14h38, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, dicta sentencia aceptando el recurso de apelación de Fiscalía y de la víctima, revocando la sentencia absolutoria y en su lugar, declaró la culpabilidad del procesado Vicente Armando Ochoa Ramón como autor del delito de trata de personas. Inconforme con la referida sentencia el imputado Vicente Armando Ochoa Ramón, interpone recurso de casación, mismo que es materia del presente análisis.

2.- HECHOS ACUSADOS Y HECHOS PROBADOS

2.1.- El Tribunal de apelación en su sentencia señala:

> (...) De la Fiscalía
> ...la proposición fáctica es que la víctima atravesaba por factores vulnerables, como la pobreza y el abandono de su padre, que fueron aprovechados por el hoy procesado, quien en el mes de septiembre de 2016, la capta para que trabaje en su prostíbulo denominado "La Luna", de donde el Comisario de Catamayo, la rescata el día 28 de septiembre de 2016, en un operativo realizado...". Dice también que el procesado la explotaba a la menor porque le entregaba de 40

a 50 dólares diarios por dedicarse a la prostitución. Esta teoría ha sido compartida por la Defensoría en representación de la víctima; y B).- Teoría del procesado: que es inocente y que la menor jamás estuvo ejerciendo la prostitución, por lo cual hay inexistencia del tipo penal acusado por la Fiscalía, dado que no se cumplen los presupuestos jurídicos, dogmáticos y doctrinarios que configuran el tipo penal. Señala que la incriminación obedece a hechos ilegítimos que serán probados en decurso de la audiencia.

2.2. Después de la valoración probatoria, que es su facultad, el Tribunal ad quem concluyó:

Las pruebas de descargo y los argumentos de la defensa, como se advirtió, no han logrado afectar la veracidad del testimonio de la víctima y los indicios que corroboran objetivamente la incriminación. Decimos esto por lo siguiente: **A).-** Ante el hecho cierto y probado, de que a eso de las 17h45 del 28 de septiembre de 2016, la menor fue encontrada en el prostíbulo del procesado, con una vestimenta característica del trabajo Sexual en esos lugares, la defensa del procesado alega, fundamentalmente, que ese hecho fue preparado por la policía para perjudicarlo, si se tiene en cuenta que la misma menor declara en tal sentido y que abonan al efecto las circunstancias que rodearon el hecho. Y, claro, como advertimos, aceptamos como probable que la presencia de la menor en ese día fue aconsejada; pero esto no impide considerar ese hecho como un indicio objetivo y de alto valor incriminatorio, dado que las circunstancias precedentes y concomitantes a ese hecho, permiten inferir que la menor ya había estado en ese local desde semanas antes, no de otra manera se explica que el propietario y el administrador toleren el ingreso y la presencia de la menor en el local, que no fue de un momento, sino de por lo menos una hora y con una vestimenta particular, siendo precisamente estas circunstancias especiales que permite desechar la prueba y los argumentos que se ha presentado para hacer creer que la menor se introdujo furtiva y//o arbitrariamente al local, más aun cuando el mismo procesado había admitido haber dado un espacio de trabajo a la menor, sólo para acolitarla y protegerla de malas amistades (sic); **B).-**Reforzó dicha alegación argumentando que hay clientes del local que han declarado que nunca la vieron a la menor, y que la trabajadora sexual Leydi Taish, ha indicado también que se encontraba laborando en ese local desde el 19 de septiembre, y que nunca antes la había visto a la menor, sino minutos antes del operativo cuando llegó y se metió al baño. Se alegó y probó también que el 18 de septiembre del mismo año (es decir 10 días antes del operativo que nos ocupa) el Comisario hizo un operativo de control y que no encontró evidencia de tener trabajando a menores, particularmente a la víctima. Sin embargo todas estas pruebas y argumentos pierden fuerza de convicción frente al hecho cierto y probado de que la menor, no estuvo en ese local minutos, sino desde aproximadamente las 16h30 hasta el momento del operativo de 17h30 a 17h45, en que llega la policía, siendo inaceptable, por sana crítica, que una situación de esa naturaleza pase desapercibida por el propietario y administrador del local, pero si aceptable en un comportamiento cotidiano, como señala la menor y lo refuerzan los indicios de corroboración ya señalados. Esto, a pesar de aceptarse que el 18 de septiembre (diez días antes) no hubo novedad alguna en dicho local, más aun cuando el Comisario ha hecho la aclaración de que ese operativo fue sólo de control de identificación de los clientes y no del personal femenino que laboraba en el prostíbulo; **C).-** En el marco de la misma alegación (de que le menor nunca antes estuvo en el prostíbulo), se argumenta también: que en el operativo no se encontró vestimenta o maquillaje de la menor; que los cuartos abiertos se encontraban ocupados por trabajadoras sexuales; que en los tres cuartos cerrados, abiertos voluntariamente por el procesado, no se encontró ninguna evidencia asociativa con la menor; y, que en el cuaderno no existe ninguna anotación que sugiera el trabajo sexual de la menor, como si ocurre en otros casos. Se han probado en efecto esas alegaciones. Es más, admitimos expresamente que el día del operativo no se encontró el indicado tipo de evidencias; sin embargo esto debe ser valorado teniendo en cuenta: (i) que no se trataba de una persona que ejercía la prostitución regularmente; (ii) que si bien es cierto en el cuaderno no existen apuntes económicos sobre el trabajo sexual de la menor, también es cierto que la víctima ha señalado que su pago era diario, de 40 a 50 dólares, por parte del procesado; y (iii) que no siendo un trabajo sexual regularizado, por la minoridad de la víctima, no puede esperarse sino el cuidado, la toma de medidas, precisamente para evadir responsabilidades; **D).-** La prueba de la defensa ni siquiera ha logrado introducir la probabilidad de que la menor se encontraba

laborando como mesera o vendiendo cerveza en el prostíbulo, lo cual impedía calificar como trata el hecho que se juzga, dado que una de las condiciones básicas para la admisión de la prueba indirecta es que no hayan hipótesis alternativa; mucho peor desvirtuar que la menor estaba siendo prostituida en el prostíbulo del procesado desde hacía ya semanas antes del operativo. Por supuesto, aceptamos que, según señalamos, existe una alta probabilidad de que la menor fue aconsejada para que regrese al prostíbulo, pero esto no modifica la realidad procesal expuesta, dado que no se está juzgado únicamente lo ocurrido la tarde del 28 de septiembre de 2016, sino una conducta continuada del procesado, que se contrae a todo el tiempo en que mantuvo a la menor prostituyéndose en su local, frente a lo cual, como señalamos, ni siquiera puede hablarse de una inducción al delito, sino de una insinuación orientada a la obtención de una prueba, dado que los actos delictivos habían empezado con antelación.- **DÉCIMO PRIMERO: VALORACIÓN JURÍDICA DEL ACTO: A).-** Declaramos como hechos ciertos y probado que SJET, cuando tenía más o menos 14 años y medio de edad, fue acogida en el Nigth Club La Luna, prostíbulo ubicado en las afueras de la ciudad de Catamayo, en donde, con conocimiento y voluntad de su propietario el señor Vicente Armando Ochoa Ramón y de su administrador, ejercía la prostitución, por lo cual le entregaba de 40 a 50 dólares diarios. Esto, desde unas semanas antes al 28 de septiembre de 2016, en que se encuentra a la menor con motivo de un operativo que lleva adelante la policía y el comisario de Catamayo; **B).-** No se ha justificado suficientemente que la menor fue captada por un sujeto cuya individualidad no ha sido posible determinar. Sin embargo, esto no obsta para calificar el hecho como trata de personas según el Art. 91 del Código Penal, por los siguientes motivos: **1).-** Según el Art. 91 del COIP, es componente del delito, la acogida, recepción, etc., de una persona con fines de explotación, entendiéndose por esta, según la misma norma (tratándose por lo tanto de una interpretación auténtica del legislador): "toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, obtenidos de... 2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil...".- Ahora, que se exija sometimiento o la imposición de condiciones de vida o de trabajo, encuentra sentido y razón en que no se puede punir la prostitución con libertad de consentimiento y voluntad. Por eso que en el protocolo referenciado se incorpora también en la definición de trata de personas, la captación, el transporte, la acogida, recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza; **2).-** No se requiere para configuración del elemento objetivo del tipo la acumulación de las indicadas conductas, representadas por la serie de verbos rectores que prescribe, pues son conductas alternativas, por lo cual es indiferente concurra una o todas. En este caso se acusó que el procesado captó a la menor, pero también que la tuvo trabajando de prostituta en su Nigth Club La Luna, lo cual representa acogida, dado que este verbo rector, en su acepción más común, significa admitir en su casa o compañía a alguien, o también "Servir de refugio o albergue a alguien"; **3).-** No hay constancia sobre que la menor fue acogida mediante amenaza y fuerza. Sin embargo esto no impide calificar de trata la conducta del procesado, dado que en dicho protocolo se prescribe que "...***La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo"***, es decir a la "amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción", debiéndose entender por niño, según el mismo protocolo, a toda persona menor de 18 años, lo cual tiene su razón de ser porque el consentimiento de los menores es irrelevante, ante lo cual el sometimiento, como elemento objetivo del tipo, se lo deduce precisamente de la minoridad de la víctima, siendo por esto que en el Art. 175.5 del COIP, se advierte que en caso de delitos contra la integridad sexual el consentimiento dado por una víctima menor de 18 años es irrelevante; **4).-** caso concurre la minoridad de la víctima, así como un estado vulnerabilidad de la víctima, ambas circunstancias conocidas por el procesado, si recordamos lo que le dijo al subteniente Cajilima. Por lo tanto, siendo la víctima persona vulnerable conforme el Art. 35 de la Constitución, es procedente la pena prevista en el Art. 92.2 del COIP, pues señala esta norma: "Sanción para el delito de trata de personas.- La

trata de personas será sancionada... .2. Con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años, si la infracción recae en personas de uno de los grupos de "atención prioritaria o en Situación de doble vulnerabilidad o si entre la víctima y el agresor ha existido relación afectiva, consensual de pareja, conyugal, convivencia, de familia o de dependencia económica o exista vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral..."; así como también la multa señalada en el Art. 70.12 ibidem.-"

3.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

3.1. El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173 y por la Resolución del Pleno No. 209-2017, renovó un tercio de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a los siete jueces quienes reemplazaron en sus funciones a los salientes.

3.2. El 26 de enero de 2018 el Consejo de la Judicatura posesionó a los nuevos jueces que se integraron a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

3.3. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

3.4. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de ejercicio público y privado de la acción, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 sustituido del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.5. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, dando cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2018, y previo sorteo en virtud de lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente Tribunal quedó integrado por los doctores Edgar Flores Mier e Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En la audiencia de fundamentación del recurso intervinieron el abogado Luis Cando Arévalo y el doctor Marco Maldonado Castro Conjueces Nacionales por licencia concedida a los doctores Edgar Flores Mier e Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales.

4.- 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 de inicio del proceso, que para el caso *in examine* son las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

5.- VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación, ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, al no haberse advertido causal que pueda nulitar o afectar la validez procesal; tanto más que la integración del tribunal no ha recibido impugnación alguna, se declara su validez.

6.- CAUSAL DE CASACIÓN ADMITIDA

Mediante auto de fecha 21 de marzo de 2018, las 15h49, el Tribunal de casación aceptó a trámite el recurso de casación interpuesto por el recurrente, única y exclusivamente por la causal de indebida aplicación de los artículos 91.2 y 92.2 del Código Orgánico Integral Penal.

7.- FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN INTERPUESTOS.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 657 numerales 2 y 3 de Código Orgánico Integral Penal, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresaron:

7.1 Fundamentación del recurso por parte del doctor Álvaro Román Márquez, quien ejerce la defensa técnica de Vicente Armando Ochoa Ramón.-

"La causa por la cual ha sido admitido el recurso de casación ha sido por la indebida aplicación de la Ley penal, está prevista en el artículo 573 y 657 del Código Orgánico del Integral Penal y el 657 nos determina que una de las causales es la indebida aplicación y esto es que los hechos no cuadran con el tipo penal, la fijación de hechos tiene que ver, o tiene que estar en una íntima construcción entre los hechos que construye el Juez en el momento en que realiza la sentencia y esos hechos tiene que estar desde el punto de vista deductivo y desde el punto de vista inductivo; desde el punto de vista deductivo es la posición que siempre toma la Fiscalía que pone el silogismo perfecto con el tipo penal y comienza a descubrir dentro

de los hechos que se investigaron para adecuar y solo verificar aquello; en cambio el Juez, tiene que utilizar el método inductivo, es decir como dice Miguel Tarufo: hay que construir los hechos que se establecen en la sentencia, con la prueba para ver si se adecua o no al tipo penal que actúa como un límite, con esa individualización, esa relevancia, esa calificación jurídica que habla el Código Integral Penal, La Corte Provincial de Loja en sus primeros considerandos establece la prueba de lo que hizo el Tribunal para ponerlo en libertad, después establece todos los testimonios hasta llegar al considerando décimo, y en este considerando de la sentencia el Tribunal de apelación hace en ese momento la construcción pero utiliza la construcción holística, no de subsunción nomás sino de holística, porque trata de hacer un contexto de la prueba y desde ese punto de vista comienza a establecer que los hechos que están en última relación con la prueba practicada a verificar y subsumir en la acción prohibida del acogimiento por trata de personas, y ¿cuál es el punto de acogida de la Corte?, cuando hace los hechos va estableciendo una descomposición tanto cuantitativa como cualitativa pero fundamentalmente cuantitativa, Tarufo dice que cuando el juzgador hace esta descomposición cuantitativa es porque quiere encontrar elementos al detalle para establecer si realmente existe o no la acción prohibida, entonces en el momento en que la Corte establece como norma como el tipo penal el artículo 91 del COIP, establece que debe haber el verbo o la acción prohibida de acogimiento y en ese verbo define y lo dice en el considerando décimo dice: acogimiento en su acepción más común significa admitir en su casa o compañía a alguien o también, sirve de refugio o albergue a alguien, esa es la definición que hace la Corte de acogimiento, el Código Civil no se dice que tenemos que hacer una interpretación cuando la palabra clara y precisa y es evidente y no hay que hacerla más no, pues en el campo penal, esta clase de delitos la acción de acoger se convierte en un término ambiguo porque si solo acogemos al interpretación simple o clara como lo dice el Código Civil, significa que podemos admitir en casa o acoger a alguien, servir de refugio, entonces lo que debemos ir es a la dogmática para ir a criterio de personas que han investigado el problema de la trata de personas y lo que cita Gustavo Adoso, da un informe de los delitos que se cometieron en un conflicto armado de Bosnia en la década de los 90 de ahí el autor establece una diferencia entre acoger y recibir, entonces el autor Gustavo Eduardo Abosso argentino, alumno de Donna, en el libro trata de personas criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual, pagina 78, el autor dice: aparentemente acoger y recibir son similares, pero hay que hacer una diferenciación ya que el elemento que hace la diferencia es la prolongación temporal de la recepción, la acogida implica aún más, es decir mantenerla en lugar seguro, pero ese lugar seguro lo complementa con otro criterio y dice: citando a un autor que se llamaba Bandenberck dice acoger a víctimas de trata están destinadas a explotación sexual, son confinadas en locales o comercios donde se ejercen la prostitución, el método de la recepción de las víctimas a trata consiste en privarles del contacto al exterior, vigilancia permanente de sus movimientos, suministro insuficiente de comida, uso de drogas para mejorar el rendimiento económico, empleo de manazas, lesiones, violaciones colectivas, incluso la muerte como pena punitiva y ejemplificadora, es decir ¿Qué es lo que pretende el autor aquí aclarándonos?, no es solamente darle refugio, como esta interpretación simple que hizo la Corte, Abosso hace un comentario y dice: el delito de Trata de personas, es un delito de consumación anticipada y nos dice que hay dos clases de consumación anticipada: los delitos mutilados de dos actos y los delitos de resultado cortado que significa desde el punto de vista dogmático esta consumación anticipada significa hay dos acciones para esta reacción acoger, transportar, receptar, captar, y hay pone la otra acción, la finalidad explotación sexual, ahí están los dos elementos subjetivos, por eso es un delito mutilado de dos actos y los delitos de resultado cortado es acoger para beneficio de otro como por ejemplo el caso del delito de peculado, o el delito de estafa que es apropiación para beneficio de un tercero; a relatar los hechos y sacan conclusiones y dicen la adolescente no se dedica a la prostitución, y se la encontró en el lugar estaba saliendo de un baño, cuando se hizo un control al lugar el 18 de septiembre no constaba su ropa, ella no tiene una vivienda ahí, no tiene ni un cuarto, eso dice la sentencia en el considerando décimo, ella cumple con los criterios establecidos desde el punto de vista de lo de Bosnia, ella no estaba confinada, la sentencia reconoce que la víctima estaba en la condición de estar en la calle, vagabunda, hasta ahí la acción de acoger; cuando vamos a la explotación sexual, peor no se cumple los elementos de la explotación sexual, en la propia sentencia que consta como hecho que cuando los policías le pidieron la cédula, ella personalmente les entregó, si se revisa en la parte pertinente del considerando décimo, literal b) dice la trabajadora sexual Leydi, no encuentra y nunca le vio a la menor en el lugar,

porque ella trabaja desde el 19 de septiembre, los hechos son el 28 de septiembre y que no encontró evidencia de trabajo de menores en el operativo que hizo la propia comisaria, además en el mismo considerando en el literal c) nunca antes estuvo en el prostíbulo, se argumenta también que en el operativo no se encontró vestimenta, ni maquillaje de la menor y que los cuartos abiertos se encontraban otras trabajadores sexuales y concluye en el mismo considerando c) da tres pautas: 1) que no se trataba de una persona que ejercía la prostitución generalmente 2) que si bien es cierto que en el cuaderno del administrador no existe apuntes económicos sobre el trabajo sexual de la menor y 3) que no siendo trabajo sexual asegurado por la seguridad social, no se puede esperar el cuidado y la toma de medidas y precisamente para medir responsabilidades; entonces son cuestiones subjetivas de los juzgadores, pero si ustedes hacen este ejercicio de ver si los hechos entran al tipo penal y que yo he hecho la verificación de que no existe tal situación, puede ser que como lo afirma la Corte como corrupción de menores, la propia Corte en su sentencia manifiesta que el administrador o dueño del local acepta que la menor brindaba cervezas dentro del local, ese es el elemento clave que el propio Tribunal de alzada dice ese es el punto que puede ser corrupción de menores, si revisamos el artículo 169 es el que permite la entrada de menores a prostíbulos, pues he hecho un ejercicio para demostrar de que no existe el delito de trata de personas, por lo tanto se pide que se acepte el recurso de casación, que se declare la indebida aplicación de la Ley, que corrijan esta violación directa por los jueces de instancia y apliquen correctamente la Ley que podría ser en el peor de los casos corrupción de menores."

7.2 Réplica del representante de la Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés Cevallos. "En cuanto a los argumentos esgrimidos por la defensa técnica del hoy procesado Ochoa Ramón Vicente Armando, debemos señalar que su defensa no ha podido realmente cumplir a cabalidad lo estipulado por la propia Corte Nacional que había señalado o había admitido como cargo único de discusión la indebida aplicación de los artículos 91.2, 92.2 del Código Orgánico Integral Penal, que debió haber atacado dentro de lo que corresponde a las argumentaciones propias que nacen de la sentencia, nos ha dicho una serie de afirmaciones de criterios de algunos escritores importantes sin duda alguna, y la dogmática ayuda al juzgador, ayuda a todos los operadores de justicia para adentrarse en lo que son en todos los sentidos generales de las normas de todos los caminos que la Ley tiene, sin embargo debo señalar estos temas ya fueron planteados ante la Corte Provincial y fueron además el motivo del recurso de apelación, estos estuvieron señalados allí y que la Corte en su sentencia y lo dice claramente: ante lo planteado por la defensa hacen un análisis pormenorizado de los elementos probatorios que aquí ha tratado de destacar el señor abogado y por ello quiero rescatar algo que es muy importante que es el testimonio anticipado de la víctima de 14 años edad, es una chica, es una niña todavía, pero sin embargo tiene una condición y una capacidad, como para señalar y ella dice yo salí de mi casa en varias ocasiones y voy a ejercer la prostitución en ese lugar donde fue encontrada, entonces hay una aceptación de la víctima quien señala que ella tenía un problema con su padrastro y esta es la cusa que le hace irse de su casa y ella dice estaba trabajando en un prostíbulo y que cuando estuvieron pasando por el parque su madre la encontró ya que su madre la estaba buscando e inmediatamente la llevó a la DINAPEN e hicieron la denuncia contra este sitio porque es ahí donde la niña estaba ejerciendo la prostitución y la encuentran dentro del prostíbulo y en la hora de que comenzaban el trabajo, el turno, esto es a las cinco, cinco y media de la tarde, en que ya estaba abriéndose el prostíbulo y su madre dice que su hija le había dicho que estaba trabajando de prostituta en el cabaret "La Luna" y determinándose que esta explotación sexual de que era parte la niña, era lo que la norma del Código Orgánico Integral Penal determina como trata de personas, el artículo 91 dice que la trata de personas es la captación, es la transportación, el traslado, la entrega, la acogida o recepción para sí o para una o más personas, ya sea dentro del país, ya sea fuera del país con fines de explotación, ese es el delito de trata y aquí se reúnen todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo e incluso el mismo administrador del local dijo a la policía que le dijo al dueño del local que no tengamos a esta peladita, porque esa es la forma que le conocían a la niña, que no quería que este la peladita porque está muy chica todavía, entonces como se puede ver la indebida aplicación debió habernos señalado y determinado porque razón en este caso no hubo la acogida, no hubo la recepción, dice que no hay que no se encontraron sus ropas, sus cosméticos, etc., pero parece un razonamiento tan simple que justamente la Corte hace una relación por qué no estaban sus cosas ahí puesto que la niña entraba y salía de su casa continuamente, pero que consta que la niña ahí trabajaba y ejercía la prostitución en virtud de este principio de Trata de Personas hubo exactamente una acogida, una

recepción de esta niña para que trabaje ahí, es más ella dice que le pagaban entre 40 y 50 USD diarios, se está entonces cumpliendo de esa forma todo lo relacionado con todos los elementos del artículo 91 que refiere a la Trata de Personas, el recurrente no ha podido establecer cuál es el yerro de la aplicación indebida de este artículo, en este caso hay que determinar y señalar que existe la actividad de explotación sexual como así lo refiere la niña y así como los argumentos que se han planteado, y que es lo que debía señalarse es porque razón la aplicación del artículo 91 genera una indebida aplicación, no pudo lograrse explicar, no logro cumplir con lo determinado sobre el cargo que debía discutirse, por esta razón la Fiscalía considera que no existe una verdadera fundamentación acorde a lo que establece el artículo 82 de la norma constitucional y el artículo 656 que establece cual es el recurso casacional, tanto más que el mencionado artículo en su inciso segundo es muy claro en señalar que no son admisibles los recursos que tengan pedidos de revisión de hechos del caso concreto y la verdad es que eso se ha pedido a este Tribunal es la revisión de hechos y valoración probatoria, por no haberse cumplido con las normas considero que debe desecharse el recurso al no haberse cumplido con lo establecido en la Ley."

7.3 Por la defensa de los derechos de la víctima S.J.E.T. menor de edad, el doctor Gustavo Ludeña Defensor Público, en lo principal manifiesta:

"Comparezco en calidad de Defensor Público a nombre de la víctima de iniciales SJET, esto de acuerdo al artículo 191 de la Constitución, en virtud de lo ya manifestado por parte de la representante legal del señor Fiscal General del Estado, como representante y abogado de la víctima me allano a lo manifestado por Fiscalía y solicito que se aplique la parte pertinente del artículo 657 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, esto es que se declare improcedente el recurso planteado."

7.4. Contrarréplica: Del doctor Álvaro Román Márquez, quien ejerce la defensa técnica de Vicente Armando Ochoa Ramón.-

"No estoy pidiendo que se haga revisión de los hechos, lo que digo es que la Corte, está diciendo que el acogimiento se probó, por que la niña ejercía la prostitución, pero la misma Corte fija y dice no hay prostitución, no está dentro del local, por eso acojo los criterios de los autores para que la interpretación sea mucho más generosa, es que tiene que estar privada, encerrada, ese es el punto calve del acogimiento, ella no estuvo ni encerrada, ni privada, por eso se dice que los hechos no cuadran al tipo penal, por eso es la indebida aplicación , por eso se reitera de que ustedes hagan ese examen y encuentren que si hay la indebida aplicación y por lo tanto la procedencia del recurso de casación y otra cuestión también es la que el administrador no rinde versión, no rinde testimonio, no está fijada en la sentencia, y lo que quiero explicar es como se construye los hechos en la sentencia, Miguel Tarufo en su libro "La prueba de los hechos" en la página 99 nos dice "el sentido de pretender construir una correspondencia entre el hecho y la norma que permita decir en esa norma en uno de los significados resultantes de la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante de esa norma y que fundamentara la decisión en la medida que resulte probado el juicio, eso es lo que dice el autor cuando dice que el Juez tiene que construir en su sentencia los hechos y los hechos van de la mano con la prueba, y el punto de partida es que tienen que destruir la presunción de inocencia, por eso es más difícil la construcción de una sentencia penal, no es como en el campo civil, laboral, tributario, hay otra forma de construcción de la sentencia, por lo tanto se pide que se acepte mi recurso."

9.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Sobre la naturaleza del recurso de casación:

9.1 La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 66, 75, 76, 77, 81, 82, 167, diseña y desarrolla un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantiza los derechos a la igualdad formal y material, a la tutela efectiva, imparcial y expedita, al debido proceso y la motivación, a ser juzgado por un juez competente, a la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a la seguridad jurídica de la que una de sus expresiones es la legalidad, en que la potestad de administrar justicia emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia que debe atender a principios fundamentales como la legalidad y la mínima intervención penal; y, en que las resoluciones deben estar motivadas.

9.2 Un Estado Constitucional de Derechos y Justicia es aquel en el que "...la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos..." (Sentencia

de la Corte Constitucional No. 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EF, publicada en el Registro Oficial suplemento 602 de 01 de junio de 2009.).

9.3 Acerca de lo que constituye el debido proceso penal, la Corte Constitucional para el período de transición, ha expuesto en el caso 002-08-CN, cuya sentencia está publicada en el Registro Oficial suplemento 602 de 1 de junio de 2009, que: "...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 derechos constitucionales) ... Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc.".

9.4 Se debe considerar la garantía contemplada en el artículo 8.2.1 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, cabalmente, se refieren al derecho de una persona condenada por un delito a que la condena y la pena sean sometidas a la consideración a un tribunal superior. En suma, el derecho a recurrir se encuentra reconocido por instrumentos internacionales de derechos humanos y por la norma normarum. En el caso que nos ocupa, se ha ejercitado este derecho conforme a las reglas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal.

9.5 Sobre la seguridad jurídica la Corte Constitucional ha dicho "…la seguridad jurídica es la garantía constitucional dada a los ciudadanos y ciudadanas por el Estado, de que sus derechos no serán violados; si esto ocurriera, se los protegerá. Es la convicción, la seguridad que tiene el ciudadano y ciudadana de que su situación jurídica no será, de ninguna manera cambiada más que por procedimientos establecidos previamente. Esto quiere decir estar seguros de algo y libre de cuidados..." Sentencia N. 008-095EP-CC, caso: 0103-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009.

9.6 Sobre la motivación la Corte Constitucional para el período de transición ha expuesto que: "... Para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión..." sentencia 0144-08-RA, caso 0144-08-RA publicada en el suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009. Y, posteriormente ha dicho que "La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve, y que nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión..." Sentencia 069-10- SEP-CC, caso 0005-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial 372, de 27 de enero de 2011. La motivación es un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya sus decisiones a fin de garantizar los derechos de seguridad jurídica, publicidad, defensa en juicio y transparencia.

9.7. En su naturaleza jurídica el recurso de casación se caracteriza por su tecnicismo. Su función principal es lograr la certeza jurídica, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección, enmendando los agravios inferidos a las partes.

9.8. Procedencia del Recurso:

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

El recurso de casación, en el Código Orgánico Integral Penal, es medio de impugnación de las sentencias de segunda instancia, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelación, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho.

Las causales del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, están previstas para revisar las violaciones a la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, y cada una de estas causales responde a errores in iudicando, que no son coadyuvantes, sino más bien individuales y excluyentes entre sí.

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad como en su contenido, pues está

vedado por ley para el Tribunal de Casación, toda vez que tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio y en respeto al principio de inmediación, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

Un cargo de casación, para poder ser atendido por este Tribunal, debe ser fundamentado en la audiencia respectiva, de manera autónoma, taxativa y con razón suficiente: cada cargo debe increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación; pues, éstas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se transgredió, expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista estima acertado y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Así mismo, la parte recurrente limitará su intervención a fundamentar única y exclusivamente los cargos que previamente fueron aceptados a trámite en el auto de admisión del recurso de casación, esto en virtud del principio de lealtad procesal.

10. Análisis del recurso presentado por Ochoa Ramón Vicente Armando

Como punto de partida, cabe destacar que el delito que se juzga de trata de personas, es considerado una forma de esclavitud moderna, por tanto, un delito que lesiona derechos humanos fundamentales. Este delito convierte a la persona en objeto que se puede "comercializar", lo que conlleva a su "cosificación". La víctima de trata de personas, aún cuando hubiese dado su consentimiento, no puede ser considerada como delincuente ya que, en cualquier circunstancia es una víctima. Es atraída por engaños y artimañas que utilizan los grupos de delincuencia organizada transnacional. Con frecuencia les ofrecen empleo, oportunidades de educación, viajes para mejorar sus condiciones económicas y de vida, matrimonio, mejores oportunidades para sus hijos, etc.

En virtud de lo manifestado, se afirma que la trata de personas no puede considerarse compatible con un Estado constitucional de derechos y justicia, como lo es el Ecuador; sobre todo, en tanto ésta clase de delito atenta contra la dignidad de los seres humanos y las libertades fundamentales de sus víctimas. Con relación a lo indicado, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante Protocolo de Palermo), establece en su preámbulo que:

"...para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente de mujeres y niños se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos".

En la especie, el procesado Vicente Armando Ochoa Ramón, ha sido juzgado por el delito establecido en el 91.2 del Código Orgánico Integral Penal La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil.", para entender de una manera amplía la infracción penal por la que ha sido condenado el encartado, en adelante se procede a exponer la definición del acto que se le atribuye al ciudadano referido:

Explotación: por explotación se entenderá la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral, incluidos los actos de pornografía y la producción de materiales pornográficos; específicamente, la explotación sexual comercial o prostitución ajena, es la comercialización, organizada o no, de una persona como mercancía sexual a cambio de una remuneración en efectivo o en especie, generalmente, aunque no siempre, con la intervención de un intermediario. [Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNUDD), 2010, pp, 12)]

En definitiva, la prostitución forzada es la situación en la cual la víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos de contenido sexual que involucran su cuerpo, para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello.

La defensa técnica del recurrente reclamó como único cargo admitido que existe en la sentencia de la Corte de Apelaciones indebida aplicación de los artículos 91.2 y 92.2 del Código Orgánico Integral Penal. El cargo de indebida aplicación según el tratadista Luis Gustavo Moreno Rivera, es:

> "(...)En la segunda, denominada aplicación indebida, el sentenciador efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados por la disposición; luego el error recae en la escogencia de la norma aplicable." (La Casación Penal, Teoría y Práctica Bajo la Nueva Orientación Constitucional, ediciones Nueva Jurídica, Colombia; pág. 125)

De lo que se concluye que cuando el recurrente invoca la indebida aplicación de una norma de derecho, alega que el juzgador entiende rectamente el contenido de la norma, sin embargo la aplica a un supuesto fáctico distinto, por lo que deviene en impertinente al caso en concreto; por lo tanto, en su argumentación el recurrente no solo debe determinar la o las normas que supuestamente han sido infringidas; sino también, cómo y en qué sentido se ha configurado el vicio argüido (indebida aplicación) y cómo esta indebida aplicación ha influido en la decisión de la causa e indicar qué norma es la que se debió aplicar correctamente al caso para que no se produzca la afectación al derecho que se alega.

En el caso *sub iudice* la defensa técnica del recurrente no ha podido cumplir con la demostración de la indebida aplicación de los artículos 91.2 y 92.2 del Código Orgánico Integral Penal, más en ejercicio de su argumentación en la audiencia lo que ha pretendido es que se haga una revaloración de la prueba al indicar "...del considerando décimo, literal b) dice la trabajadora sexual Lady, no encuentra y nunca le vio a la menor en el lugar, porque ella trabaja desde el 19 de septiembre, los hechos son el 28 de septiembre y que no encontró evidencia de trabajo de menores en el operativo que hizo la propia comisaria, además en el mismo considerando en el literal c) nunca antes estuvo en el prostíbulo, se argumenta también que en el operativo no se encontró vestimenta, ni maquillaje de la menor y que los cuartos abiertos se encontraban otras trabajadores sexuales y concluye en el mismo considerando c) da tres pautas: 1) que no se trataba de una persona que ejercía la prostitución generalmente 2) que en el cuaderno del administrador no existe apuntes económicos sobre el trabajo sexual de la menor y 3) que no siendo trabajo sexual asegurado por la seguridad social, no se puede esperar el cuidado y la toma de medidas y precisamente para medir responsabilidades" yendo de esta manera en contra de lo establecido en el artículo 656 inciso segundo que expresa "No son admisibles los recursos que contenga pedidos de revisión de los hechos del caso concreto...". Determinándose de esta manera que el recurrente no ha cumplido con la carga necesaria que exige este extraordinario medio de impugnación pues no ha indicado la impertinencia de las normas que considera violentadas respecto del caso en concreto, tampoco determina cómo ha influido en la decisión de la causa la indebida aplicación que se acusa, peor aún no ha demostrado a este Tribunal la razón lógico-jurídica por la que se alega el vicio argüido, requisitos que son indispensables para la procedencia del recurso de casación respecto de esta causal en específico.

Intenta demostrar que no existe el delito de trata de personas en el presente caso e induce a este Tribunal para que nuevamente efectué una valoración de la prueba no siendo este el momento procesal para ello, pues ya se emitieron juicios de valor respecto de las mismas y los hechos ya se consideraron probados por los juzgadores de instancia.

Los argumentos esgrimidos están alejados de la técnica que exige este extraordinario medio de impugnación y que expresamente están prohibidos en el inciso segundo del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal; y, la consecuencia jurídica para la trasgresión a la prohibición contenida en el nombrado artículo, es el rechazo de su cargo.

11.- En conclusión, los argumentos del recurso de casación propuestos por el procesado son improcedentes, alejados a las disposiciones legales y constitucionales invocadas en esta sentencia; lo que torna su pretensión impugnatoria en infundada; y, en consecuencia, improcedente. De conformidad con el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral Penal, no se encuentra error de derecho en la sentencia de segunda instancia, que cause mérito para proceder con el ejercicio de la casación de oficio.

12.- RESOLUCIÓN.

Con fundamento en los antecedentes y considerandos antes enunciados, tomando en cuenta que el procesado no ha fundamentado su recurso en los términos previstos en los artículos 656 y 657 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, ni ha explicado satisfactoriamente de qué manera la sentencia impugnada violó la ley conforme a la causal y el yerro invocado; y, al no ser la mera inconformidad con la sentencia una de las causales para que prospere este recurso extraordinario, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve:

1.- Por unanimidad desechar el recurso de casación interpuesto por Vicente Armando Ochoa Ramón.-

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.-

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL (PONENTE). Dr. Luis Cando Arévalo, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUEZ NACIONAL.

II

Causa Nro. *07308-2016-00154*
Resolución Nro. *1730-2018*
Fecha: *27 de septiembre de 2018*

TEMA: Delito: Violación. En el presente caso, el "conocimiento de la víctima con anterioridad" es una circunstancia constitutiva de la infracción y no una agravante; por ende no debe tomarse en cuenta para aumentar la pena impuesta al procesado. Las circunstancias constitutivas de la infracción, son los supuestos de hecho que se encuentran descritos en el tipo penal, mismos que son considerados como parte integrante de la conducta penalmente relevante y por consiguiente ameritan la pena prevista por el legislador por el cometimiento del injusto. Una circunstancia agravante es un supuesto fáctico no descrito dentro del tipo penal, que aumenta la malicia del acto, la alarma que produce la infracción dentro de la sociedad o la peligrosidad de sus actores.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Este proceso tiene como antecedente el parte policial informativo de detención del señor xxx, por un presunto delito de violación. El hecho ocurrió el día 6 de marzo del 2016, a las 13h18, en la ciudadela Las Orquídeas del cantón Piñas, cuando un agente policial avanzó hasta el UPC Piñas, donde tomó contacto con el señor A.Y.Q. quien denuncia que minutos antes había regresado del cantón Portovelo vendiendo fruta y que cuando llegó a su domicilio, su hija de 11 años de edad le ha manifestado que encontrándose sola en su domicilio, había sido víctima de violación por parte de su primo, quien aproximadamente a las 09h30 había ingresado a su casa, y al percatarse de que se encontraba sola entró a su dormitorio despojándola de su ropa, procediendo a violarla, a pesar de los ruegos de la niña para que no lo hiciera. El Tribunal de Garantías Penales del Oro, considera que los actos perpetrados por el procesado fueron los conducentes a obtener el fin deseado en este caso de abusar sexualmente de la menor. En base a la unidad de la prueba, de los testimonios de la víctima, policías, peritos y padres, además de la prueba pericial y documental, han permitido a los juzgadores conformar en un todo para llegar al convencimiento de que el procesado agredió sexualmente a la menor. El Tribunal de Garantías Penales del Oro con sede en el cantón Machala, dicta sentencia el 11 de enero del 2017, las 15h47, declarando la culpabilidad del ciudadano XXXX, como autor directo y responsable del delito de violación tipificado y sancionado en el art. 171 inciso primero, numeral 3 del COIP y en concordancia con el art. 42 numeral 1, literal a) ibídem, imponiéndole la pena privativa de libertad de diecinueve años; mas en el presente caso se ha demostrado de manera clara que el procesado ha suministrado datos e información precisa, verdadera, comprobable y relevante para la investigación, habiendo libremente dispuesto que de su persona se puedan extraer fluidos corporales (ADN) a fin de que se realicen los exámenes y prácticas periciales correspondientes para poder determinar su grado de responsabilidad, resultados que fueron claros y afirmativos para el sustento de la tesis de acusación fiscal, por lo que en atención y aplicación a la consideración atenuada del art. 46 ibídem, fijándose en concreto y manera definitiva la pena modificada de seis años y cuatro meses.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia dictada por el Tribunal a-quo interponen recurso de apelación la Fiscalía y el procesado. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en fecha 28 de marzo de 2017, las 15h30 resuelve confirmar la sentencia condenatoria en contra del procesado dictada por el Tribunal de Garantías Penales de El Oro con sede en el cantón Machala; y acepta parcialmente el recurso interpuesto por la Fiscalía, modificando la pena privativa de libertad a veintinueve años y tres meses, por haber adecuado su conducta al delito que tipifica y sanciona el Art. 171 inciso primero numeral 3) del COIP en calidad de autor en los términos que establece el Art. 42 numeral 1 literal a) ibídem, al haberse probado en juicio la circunstancia agravante no constitutiva de la infracción prevista en el Art. 48 numeral 9) ibídem, en relación de los mecanismos de aplicación de circunstancias agravantes prevista en el inciso tercero del Art. 44 del COIP. El Tribunal dentro de su fundamentación alega que dentro del ámbito general de protección a la integridad en los casos de violencia sexual se ha consolidado el estándar de la prueba indiciaria a favor de las víctimas, actuando con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, más aún en su condición de doble vulnerabilidad, menor de edad y víctima de violencia sexual, estableciendo procedimientos legales justos y eficaces para las víctimas. Bajo este contexto, el Tribunal considera que no cabe la aplicación de la atenuante trascendental prevista en el Art. 46 del COIP, que contiene la cooperación eficaz del procesado, quien actuó con conciencia y voluntad afectando la indemnidad sexual de la víctima de 11 años de edad. El Tribunal de Alzada no comparte el criterio del Tribunal a-quo respecto a la pena atenuada impuesta al culpable, por el hecho de haber permitido se obtengan sus fluidos corporales para la pericia técnica de ADN así como por el hecho de haber llegado a acuerdos probatorios respecto al testimonio de la víctima y la pericia del reconocimiento del lugar de los hechos, pruebas de cargo que previamente habían sido solicitadas y anunciadas tanto por la fiscalía como por los acusadores particulares. En este caso, no hay circunstancias atenuantes que el Tribunal Ad-quem deba considerar, a favor del culpable, frente a la vulneración de la indemnidad sexual de la víctima, cuyos derechos por mandato constitucional y legal son de" interés superior". En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente a menores víctimas de delitos sexuales en el curso del proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria, imponiendo al culpable penas irrisorias que no son compatibles con el bien jurídico protegido, lo que pone en riesgo la integridad física y mental de los menores, distanciándose del deber que asiste a los juzgadores, en aras de protección y seguridad de la víctima, al posibilitar el retorno del culpable al entorno social y familiar de la víctima, pues no debe olvidarse que la víctima y victimario son personas conocidas entre sí.

SÍNTESIS CASACIÓN

De la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, el procesado interpone recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, quien dicta sentencia el 27 de septiembre de 2018, las 08h35, aceptando parcialmente el recurso interpuesto por el condenado, en consecuencia casa la sentencia, por existir una indebida aplicación de los artículos 48.9 y 44 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, siendo la norma correcta a aplicarse el artículo 171.5 ibídem, por lo que, se le impone al procesado, la pena privativa de la

libertad de 22 años y de conformidad con el artículo 70 numeral 13 del Código Orgánico Integral Penal, se fija la multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general; se declara con lugar a la reparación integral de la víctima, misma que se encuentra fijada por el a quo. En lo principal, el Tribunal dentro de su fundamentación indica que es imperativo señalar que, las circunstancias constitutivas de la infracción son los supuestos de hecho que se encuentran descritas en el tipo penal, mismas que son consideradas como parte integrante de la conducta penalmente relevante y por consiguiente ameritan la pena prevista por el legislador por el cometimiento del injusto. Por otro lado, una circunstancia agravante es un supuesto fáctico no descrito dentro del tipo penal, que aumenta la malicia del acto, la alarma que produce la infracción dentro de la sociedad o la peligrosidad de sus actores, mismas que se encuentran previstas en los artículo 47 y 48(en caso de los delitos sexuales) del Código Orgánico Integral Penal, cuyas consecuencias jurídicas se encuentra previstas en el artículo 44 ibídem. El recurrente alega que el vicio que se acusa se ha configurado, toda vez que el Tribunal de apelaciones agrava la condena impuesta al procesado, al considerar que el conocer a la víctima con anterioridad es una agravante no constitutiva de la infracción, sin embargo, en este punto es necesario recalcar que, el Tribunal de casación advierte que se ha probado ante el Tribunal A quo y recogido por el Tribunal Ad quem, que entre el agresor y la víctima existe el segundo grado de afinidad; y, que de esta relación familiar se deriva la circunstancia de que el agresor conocía con anterioridad a la víctima. Por lo que en virtud de lo analizado se determina que efectivamente el Tribunal de apelaciones realizó una indebida aplicación de los artículos 48.9 y 44 inciso tercero del COIP, toda vez que, al ser el agresor miembro del núcleo familiar de la víctima, implica que conocía con anterioridad al sujeto pasivo del delito; y, por consiguiente se le debió aplicar única y exclusivamente el artículo 171 con el elemento constitutivo del tipo penal previsto en el numeral 5 del inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 07308-2016-00154

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 27 de septiembre del 2018, las 08h35.-

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, en sentencia de fecha 11 de enero de 2017, las 15h47, declaro al ciudadano Jordi Jairo Gualán Yunga culpable en el grado de autor del delito de violación, tipificado y sancionado en el artículo 171.3 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impuso la pena privativa de libertad modificada de seis años cuatro meses, una multa de dieciséis salarios básicos unificados del trabajador en general y medidas de reparación integral a la víctima. La Fiscalía y la acusación particular presentaron recursos de apelación.

La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en sentencia de fecha 28 de marzo de 2017, las 15h30, acepta parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía General del Estado y por la acusación particular, confirmando la sentencia condenatoria en contra del procesado, sin embargo es modificada la pena impuesta a veintinueve años tres meses de privación de libertad y multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general; ratificando en lo demás la sentencia subida en grado. El procesado interpuso recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.
Según la sentencia de la Corte de Apelación, la Fiscalía acusó de los siguientes hechos:

"[...] Este proceso tiene como antecedente el parte policial informativo de detención del señor JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, por un presunto delito de violación, suscrito por el Cbo. de Policía Carlos Gordillo Rodríguez, quién informa: "Hecho ocurrido el día 6 de marzo del 2016, a las 13h18, en la ciudadela Las Orquídeas, calles **Ángel Salvador Ochoa y Orquídeas del cantón Piñas, en** circunstancias que se encontraba de servicio como Dinapen-Piñas por disposición de la C.A.C. avanza al UPC Piñas donde toma contacto con el señor Ángel Eduardo Yunga Quezada quien denuncia, que minutos antes había regresado del Cantón Portovelo vendiendo fruta, cuando llego a su domicilio, su hija de iniciales P.N.Y.N de 11 años de edad, le ha manifestado que en momentos que se encontraba sola en su domicilio, había sido víctima de violación por parte de su primo JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, quien a eso de las 09h30 había ingresado al domicilio, aduciendo que buscaba a su otro hijo de nombres Alejandro Paul Yunga Taday, percatándose que se encontraba sola, entra a su dormitorio y le quita el short, y que la niña le había manifestado NO HAGAS ESO TU ERES MI PRIMO" **dándose la vuelta en la cama, poniéndose boca** abajo para evitar dicha situación, que en ese momento le había marcado al celular de su padre siendo las 09h39, contestándole pero se le ha cortado la llamada, quien ha tratado de devolver la llamada, sin que le conteste, que su hija le ha dicho que quiso gritar pero que le ha tapado la boca diciéndole "SI GRITAS VOY A MATAR A TU MAMA O A TU PAPA" procediendo a violarla y salir en precipitada carrera para marcharse en un camión. Que el señor Ángel Yunga le ha indicado que el presunto agresor su sobrino Jordy Gualán, se encontraba en las instalaciones de la CTE de Piñas, trasladándose al punto y siento las 13h18 toma contacto con el Vigilante Marco López H., dándole a conocer sobre el hecho, manifestándole que el ciudadano se encontraba en esas instalaciones, involucrado en un procedimiento de sus competencias, entregándole a dicho ciudadano para que tomara el procedimiento, y en que ese momento tomo contacto con el señor JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, quien se ha encontrado con aliento a licor, procediendo hacerle conocer el motivo de su aprehensión, haciéndole conocer sus derechos constitucionales, trasladándolo hasta la instalaciones del Hospital Luis Moscoso para la respectiva valoración médica y ser ingresado al Centro de Detención Provisional de este Cantón Piñas. [...]" (sic)

Después de la valoración probatoria, que es facultad del Tribunal *ad quem,* consideró demostrados los siguientes hechos:

"[...]En el caso sub examine tratándose de un delito de violación NO cabe la aplicación de la Atenuante Prevista en el Art. 46 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que por la naturaleza del delito se vulnera un Derecho Fundamental como es el derecho a la integridad Personal que incluye la integridad Psíquica, moral y sexual y libre de violencia, contenido en el Art. 66 numeral 3) literales a) y b) de la Constitución de la República, en el que el procesado JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, interviene y actúa solo violentando la Indemnidad Sexual de la Victima una niña de tan solo 11 años de edad, a quien procede a violarla, conforme se ha probado en juicio, con el Testimonio del Dr. Raúl Ernesto Zarate Chérrez (Medico Perito), quien en lo fundamental sujeto al examen y contra examen de las partes manifiesto: "Realice el examen médico legal a la adolescente de las iniciales P.N.Y.N, por disposición del fiscal Cristian Ayala, la menor de edad tenía 11 años y 10 meses al momento de la valoración, esto es, el día 5 de marzo del 2016, la misma que manifestó que había sido abusada sexualmente por un primo, que el llego a la casa donde estaba ella que metió la mano y abrió la puerta preguntando por el hermano de la víctima y ella lo llevo al cuarto indicándole que no estaba, posteriormente ella se va a su cuarto, él la sigue y procede a tomarla, sacarle la ropa, bajarle el short, a decirle que no diga nada y le introduce el pene en la vagina, ella toma su teléfono para llamar a su padre y él le dice que no lo haga porque lo va a matar, entonces luego él se va, cuando llegan los padres de la menor ella indica lo que había pasado, encontré una desfloración reciente completa a las seis, tome una muestra de hisopado vaginal, y como ella indico que no

se había lavado ni se había cambiado se tomó el interior como evidencia, se encontraba sin signos de lesiones extra, ni para genitales" [...] Del análisis y valoración de la prueba de cargo en su conjunto el tribunal de alzada concluye que las garantías constitucionales de Tutela Judicial Efectiva que le asiste a la víctima en los términos que establece el Art.75 y 78 de la Constitución de la Republica, en relación con el Art.23 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art.10 de la Declaración Universal de los derecho Humanos o Pacto de San José y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala Art.10 "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial que garanticen sus derechos, como así lo consagra la Convención Americana sobre derechos humanos R.O. No. 801 del 6 de agosto de 1984 en las Garantías Judiciales previsto en el Art.8 "consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos"; es menester recordar que la Tutela Judicial Efectiva no es exclusiva del procesado; es de los sujteos procesales a ser escuchados y ejercer en forma plena la defensa de sus derechos; en el caso sub examine la víctima de violencia sexual una menor de 14 años de edad, cuyo testimonio es determinante el mismo que analizado y valorado en conjunto con las pruebas de cargo y descargo aportadas en juicio. En este caso en concreto tratándose de un delito de violencia sexual, de "Violación" de una niña de 11 años de edad, con certeza determinan la verdad de los hechos; sin que en este caso en concreto, haya sido la única prueba de cargo la Pericia Técnica de ADN e Informe Genético Forense Código GEN-FOR-0335-16, realizada a las muestras de hisopados tomadas a la víctima y las muestras de fluidos corporales tomada al procesado JORDI JAIRO GUALÁN YUNGA, que no lo excluyen de su perfil genético obtenido de la muestras de la víctima, pericia técnico científica realizada por los peritos Ing. Alexandra Angulo y Lcda. María Elisa Lara, pericia técnico científica que es acreditada en juicio a través del testimonio que rinde en juicio sujeta al examen y contra examen de los sujetos procesales la perito Lcda. María Elisa Lara se determina la Presencia de Perfiles Genéticos en la Interpretación de Resultados: "En la Tabla No.1 y 2 se detallan los marcadores genéticos estudiados y los alelos detectados. Se analizaron 21 marcadores autosómicos, el marcados del sexo Amelogenina y 22 marcadores del Cromosoma Y. En los *EMP 1: Corte A y * EMP 2: Corte C, se obtuvo un perfil genético femenino (Tabla No.1). En el EMP 1: Corte A, se obtuvo ampliación en 19 de 22 marcadores del Hiplotipo del Cromosoma Y, los cuales coinciden con el de JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA. (Marcadores presentes **únicamente en personas del sexo masculino y son heredados por vía** patrilineal. Tabla2)] [...]Su implementación supone garantizar al sujeto activo, igualdad procesal probatoria, el debido proceso, el derecho de contradicción, la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial por parte del operador de justicia. Se considera entonces necesario, que la prueba indiciaria sea ponderada en conjunto con las "pruebas de refuerzo", como ocurre en el presente caso constan las pericias técnicas Médico legal practicada por el Dr. Raúl Zarate Cherrez e Informe Nro. 98-REZCH-2016, Testimonio de la Psicóloga Clínica Beatriz Marcela Ochoa Saldarriaga, Informe Social Pericial realizado por la perito Lcda. María Teresa Toral Ramírez, Informe Preliminar de Investigación No. 037-2016-PJ- que contiene el Reconocimiento del lugar de los hechos, practicado por el perito policía Angel Zambrano Bone, (pericia que pir acuerdo voluntario de los sujetos procesales se tiene como hecho probado en juicio y se exime del testimonio al agente de policía que lo practico; Testimonio de Henry José Erazo Jaya (Perito Bioquímico), quien previo las Formalidades de ley sujeta al examen y contra examen, de las parte procesales en lo fundamental sostiene: Trabajo en el centro forense, se recibió como evidencia una caja color blanco que contenía hisopados vaginal, una placa con frotis vaginal, y un interior color amarillo del cual se realizan tres cortes identificados como corte A, corte B, y corte C; De lo que es el hisopado no se encontró nada, en la placa se evidenciaron espermatozoides, del interior se realizaron tres cortes y tres hisopados, y, de cada uno de ellos se realizó placas, de los cuales tanto del corte A, como del corte C del interior, salió positivo, y, del corte B como del hisopado A,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

B y C salió negativo para P30, la proteína P30 la genera en la próstata, propiamente del hombre, es generada dentro de la próstata. A las repreguntas de la defensa del procesado, responde.- La placa se la realiza de los hisopados, dio ausencia de espermatozoides, se identificó la proteína P30 en dos cortes que se realizó en el interior. Pruebas de cargo que analizadas y valoradas en su conjunto permiten mantener un equilibrio real entre los derechos de la víctima, el debido proceso y las garantías judiciales, ya sea del Estado o de la persona a quien se le imputa la conducta punible en este caso el procesado JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA en la órbita del Derecho Penal. [...]ii) Bajo este contexto, no cabe la aplicación de la atenuante trascendental, prevista en el Art. 46 del Código Orgánico Integral Penal, que contiene la cooperación eficaz del procesado, quien actuó con conciencia y voluntad afectando la indemnidad sexual de la víctima de 11 años de edad, bajo el análisis ut supra. El tribunal de Alzad no comparte el criterio del Tribunal a-quo respecto a la pena atenuada impuesta al culpable en este caso en concreto, por el hecho de haber permitido se obtengan sus fluidos corporales para la pericia técnica de ADN así como por el hecho de haber llegado a Acuerdos Probatorios respecto al testimonio de la Víctima y la pericia del Reconocimiento del Lugar de los Hechos, pruebas de cargos que previamente habían sido solicitadas y anunciadas y solicitadas tanto por fiscalía como por los Acusadores Particulares.

Es este caso, no hay circunstancias atenuantes que el Tribunal Ad-quem deba considerar, a favor del culpable, frente a la vulneración de la indemnidad sexual de la víctima, una niña de 11 años de edad, cuyos derechos por mandato constitucional y legal son de "interés superior", concepto de trascendental importancia que transforma sustancialmente el enfoque de los derechos de los menores de edad, la consolidación de la investigación científica, en la medicina, la sicología, la sociología, etc., hacen patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, que establecen su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status que debe otorgar la familia, la sociedad y el Estado.

La nueva visión del menor desde una perspectiva humanista –que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección de los menores de edad garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo; lo que conlleva a reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes en los términos que establecen los Arts. 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, tal reconocimiento se encuentra plasmado en el Art.3 de la Convención de los Derechos del Niño y en los Arts. 1, 8 y 9 del Código Orgánico de la Niñez y a Adolescencia, principios que eleva a las niñas y niños a la posición de sujetos merecedores de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia. [...]

Por los argumentos expuestos el análisis y valoración de la prueba en su conjunto realizada por el Tribunal Ad-quem es congruente, coherente y valida a la teoría del caso que acusa Fiscalía y los Acusadores Particulares la pena impuesta al culpable corresponde a las circunstancias de la infracción penal y conducta del infractor probada en juicio.

NOVENO: RESOLUCIÓN.

Por las consideraciones expuestas el Tribunal de la Sala Especializada de Garantías Penales y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", en observancia a los Principios y Garantías Constitucionales de Seguridad Jurídica, Debido Proceso, Tutela Judicial Efectiva; con fundamento en el principio de Imparcialidad, Proporcionalidad y legalidad adjetiva contenido en los Arts. 82, 75 y Art. 76.3 de la Constitución de la Republica en relación con el Art. 5 numeral 3), Art. 44 inciso tercero, Art. 48.9 y Art. 171 Inciso Primero numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, conforme se determina en el análisis y argumentación ut supra; por decisión unánime RESUELVE:

a) CONFIRMAR la Sentencia Condenatoria dictada en contra del procesado JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, dictada por el Tribunal de Garantías Penales de El Oro, con sede en el cantón Machala, de fecha miércoles 11 de enero del 2017, las 15h47, se ACEPTA el

Recurso Parcial de Apelación de la Sentencia, interpuesto por el Agente Fiscal de El Oro, Dr. George Espinoza Loayza y los Acusadores Particulares, en consecuencia se modifica a VEINTINUEVE AÑOS Y TRES MESES La Pena Privativa de Libertad impuesta al culpable, por haber adecuado su conducta al delito que tipifica y sanciona el Art. 171 inciso primero numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor en los términos que establece el Art. 42 numeral 1 literal a) ibídem, al haberse probado en juicio la circunstancia Agravante no constitutiva de la infracción prevista en el Art.48 numeral 9) ibídem, en relación de los mecanismos de aplicación de circunstancias agravantes prevista en el inciso tercero del Art.44 del COIP.

b) Como consecuencia de la modificación de la pena privativa de libertad, se aplica la multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, que establece el Art. 70 numeral 13) del Código Orgánico Integral Penal vigentes a la fecha de esta sentencia; ratificando en todo lo demás la sentencia venida en grado." (Sic)

1.3. Decisión de admisibilidad del recurso.

El Tribunal integrado por: la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional, Tribunal que, por decisión unánime de 31 de mayo de 2018, las 08h36, decidió:

"Por lo expuesto, con fundamento en las normas citadas en este auto, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, concluye que el recurso de casación propuesto por el procesado, Jordi Jairo Gualán Yunga, presentado oportunamente en el término de ley, cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por el Código Orgánico Integral Penal, artículo 656, y la Resolución No. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, únicamente por dos de sus cargos, por lo que se lo admite a trámite por los siguientes puntos de derecho:

a. Errónea interpretación del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal;

b. Indebida aplicación de los artículos 44 y 48 ibídem."

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173 y por la Resolución del Pleno No. 209-2017, renovó un tercio de los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, y designó a los siete jueces quienes reemplazaron en sus funciones a los salientes.

El 26 de enero de 2018 el Consejo de la Judicatura posesionó a los nuevos jueces que se integraron a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183 sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer los recursos de casación en los procesos de acción pública y privada, según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 186.1 sustituido del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en la Resolución 02-2018, y previo sorteo en virtud de lo dispuesto en el artículo 160.1 del **Código Orgánico de la Función Judicial, el presente Tribunal** quedó integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti y el doctor Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial.

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, reservada y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de casación.- El abogado Juan Carlos Perea Criollo, abogado defensor del ciudadano Jordi Jairo Gualán Yunga, manifestó:

> "La sentencia impugnada es la de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, con fecha 28 de marzo del 2017, las 15h30, se la censura por la errónea interpretación del artículo 171, dicho error se lo puede encontrar en el considerando de la sentencia en mención, esto es la parte de anuncio de resolución, cuando la Corte dice lo siguiente paso al análisis del artículo 171 para después adecuar las agravantes previstas en el artículo 48 numeral 9, ¿ Por qué interpreta de manera errada el artículo 171?, este artículo 171 es el correcto, es artículo por el cual se le debe sancionar la conducta a mi defendido, pero resulta que al hacer un análisis del mismo para imponer la pena los señores jueces le quitan el sentido del artículo 171 emitido por los legisladores, de la lectura del artículo 171, a **más** de obtener los elementos subjetivos del tipo de lo que nos dice una violación común o dentro del tipo de violaciones por sus agravantes constitutivas del tipo penal, existen agravantes modificatorias de la pena, las cuales son a partir del segundo inciso dentro específicamente del número 4, 5 y 6, estos preceptos normativos son interpretados de manera errada, porque resulta que a criterio del Tribunal de apelaciones, el hecho de ser del entorno familiar, en torno de la víctima o representante legal de la víctima, los presupuestos dados en el segundo inciso 4, 5 y 6, no conllevan de conocer a la víctima con anterioridad, de manera implícita al analizar el artículo 171, se entiende que las personas que pueden ser agresores de cualquier víctima, en estos números conocen a la víctima con anterioridad, es decir se hubiera impuesto la pena máxima del tipo penal previsto, es por eso que la Corte en el considerando Octavo motivación, específicamente en el 8.9 que hace el análisis del tipo penal de violación y analiza todos los preceptos jurídicos de dicha norma llega a determinar de manera errada que el conocimiento de la víctima con anterioridad no es parte del tipo penal de violación, es por eso que esta vulneración que tiene consecuencia en su parte resolutiva en la que ello ratifica la sentencia venida en grado, la sentencia de primer nivel modificando la pena elevándola a un tercio conlleva una vulneración a la norma y perjudica a mi defendido, esta violación o esta errónea interpretación del artículo 171, conlleva a la indebida aplicación del artículo 48.9 y por ende del artículo 44 tercer inciso, es decir el artículo 48.9 no debía ser aplicado y por ende el artículo 44 tercer inciso que tiene el efecto de haberse probado una agravante no constitutiva del tipo penal o modificatoria de la infracción, se le impondrá la máxima pena en el tipo penal elevada en un tercio, es decir corrigiendo estos errores de derecho, la sentencia se tiene que casar, interpretando de una manera adecuada el artículo 171, no aplicando el artículo 48.9 y por ende 44 tercer inciso, porque a su vez tenía que aplicarse lo que en la sentencia de primera instancia se había hecho, aplicar la atenuante transcendental, bajo estas consideraciones la defensa técnica, se solicita que se acepte el recurso de casación y que se determine la pena y la sanción impuesta en primera instancia misma que ha sido modificada por creer erradamente en una agravante que es parte del tipo penal y por ende no debía haberse tomado en cuenta para elevar la pena en un tercio."

4.2. Contestación del recurso.- El doctor Raúl Garcés Llerena, delegada del señor Fiscal General del Estado, respondió:

> "Los antecedentes constan de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, que confirma esta sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón de Máchala, con respecto al delito de violación cometido en una menor de edad de once años a la fecha que se cometió este delito y por lo tanto el juzgador de instancia ha considerado que este delito de violación se tipifica y se considera la norma del artículo

171 inciso primero, con las circunstancias del numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 42 numeral 1 literal a) y la agravante contenida en el artículo 48 numeral 9 que tiene relación con el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal y por lo tanto se le ha impuesto la pena de veintinueve años, tres meses; respecto al recurso de casación que ha sido interpuesto por el abogado del recurrente , mediante auto de admisibilidad, la Corte Nacional de Justicia, lo acepta lo admite por errónea interpretación, en primer lugar del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, se conoce que la errónea interpretación pues corresponde cuando existe una errónea interpretación equivocada, cuando se le ha dado una inexacta valoración jurídica del caso, la Fiscalía estima que el juzgador de instancia no comete este yerro, la Fiscalía considera que por otra parte la circunstancia de la agravante del artículo 171 numeral tercero, pues corresponde por cuanto se trata de la agraviada de una menor de edad de dieciocho años, respecto al artículo 48.9 nos dice conocer a la víctima con anterioridad y aplicado este artículo es porque el delito que lo cometió fue el primo de la ofendida, pues inclusive es mayor de edad y que reconoció haber cometido este delito de violación, por otra parte la Fiscalía estima que la aplicación del artículo 44 del C.O.I.P. corresponde en el aumento del 1/3 por considerar la agravante que estaba plenamente establecida, Fiscalía considera de que no existe el primer yerro de la errónea interpretación del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, ni tampoco de la indebida aplicación del artículo 48.9 y artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, inciso tercero que aumentó la pena en un tercio y respecto al considerando octavo que se ha traído a colación de la sentencia plenamente observamos que es una sentencia lógica, comprensible y razonable, expresa las cuestiones de hecho y de derecho, por lo cual llega a determinar la existencia de la infracción penal así como la responsabilidad, culpabilidad y la aplicabilidad del artículo del delito de violación y la agravante, por lo expuesto Fiscalía solicita que se rechace le recurso de casación interpuesto por Jordi Jairo Gualán Yunga, por improcedente."

4.3. Contestación del recurso por parte de la acusación particular a través de su abogado defensor, doctor Bolívar Antonio Orellana Asanza.-

"Debo manifestar que no existe errónea interpretación del artículo 171, disposición que ha sido invocada por la defensa, pues se encuentra más que justificado conforme al hecho y el derecho de este delito como es la violación, en la persona inocente, una niña de once años de edad, más aun de un familiar que tenía acceso, como familiar el de llegar a los padres de la menor, es decir le conocía con anterioridad y este señor aprovechando de la soledad, el mero hecho de que la niña se encontraba sola, al desamparo abusó sexualmente, pretendiendo en primera instancia el negar de manera rotunda y que nosotros tenemos un ser supremo no lo permitió, pero poco a poco se fue aflojando y contó la verdad de manera sarcástica, a decir de él a colaborar con la Justicia, para que a decir de él tener algún beneficio en la sanción en la que iba a recibir; de mi parte señores jueces les digo que no dejen este delito en la impunidad, y acogiendo por todo lo dicho por la Fiscalía, solicito de mi parte que se deseche este recurso."(Sic.)

4.4. Réplica.- La defensa del procesado recurrente, dijo:

"Según el señor Fiscal, la sentencia estaría acorde a derecho, dentro del primer cargo que es la errónea interpretación del artículo 171, es algo que el señor Fiscal no refutó, de la lectura de todo el tipo penal existe lo que es la violación y el segundo inciso en adelante lo que modifica la pena y todo lo puesto a partir del segundo inciso en adelante en el que se dice que se impondrá la máxima pena, ya no puede ser tomado en cuenta con las agravantes genéricas de un delito o genéricas con esa clase como lo es del artículo 48, de la lectura y del argumento dado por Fiscalía y Acusador Particular que nunca se probó con la prueba pertinente el vínculo familiar pero son miembros de la familia, en el artículo 171 segundo inciso el número cuatro enuncia un sinnúmero de consecuencias o de vínculos por la cual se va a imponer el máximo de la pena en uno de ellos dice "cualquier entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima" y el número cinco "cuando están en el cuarto grado de consanguinidad", esto

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

congloba (sic.) lo que es mi defendido de manera implícita congloba (sic.) conocer a la víctima con anterioridad, es decir imponer la agravante del artículo 48.9, no es posible porque si condena al padre o alguna de estas personas en el segundo inciso en adelante es obvio que ya se conoce con anterioridad y esta agravante es modificatoria de la infracción y no puede ser utilizada como una agravante para amplificar la pena del tipo penal en máxima más un tercio, en consecuencia la aplicación del artículo 48.9 y el efecto del artículo 44 tercer inciso es indebidamente aplicado por que tenía que haberse aplicado lo que el tribunal penal, su agravante transcendental que la Corte de manera errada, sin norma porque no existe una norma en el Ecuador que diga que en delitos sexuales está prohibida, sin embargo el Tribunal aceptó y la confirmó, pero la Corte Provincial de manera ilegal solo con argumentos falaces, sin norma la niega, tomando en cuenta de que después del administrando justicia dice "decisión unánime resuelve confirmar la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales el de primera instancia, acepta parcialmente el recurso de apelación de Fiscalía y de la Acusación Particular, modifica la pena por la agravante del artículo 48.9 por que el efecto es que con una sola agravante el máximo de la pena más un tercio, pero si esa agravante no se hubiese impuesto por una correcta interpretación del artículo 171 nos quedamos con la sentencia de primera instancia." (Sic.)

QUINTO.- Consideraciones del Tribunal de Casación.

5.1. La casación penal

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

> **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
>
> 1.- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]
>
> 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** [...]. (Lo resaltado nos corresponde).

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

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

La Corte Constitucional (para el Período de Transición), en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional:

> **i.** Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual "la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos"[1].
>
> **ii.** "En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones

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

judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales). Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in peius, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc."[2].

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia 001-13-SEP-CC, caso 1647-11-EP, de fecha 6 de febrero de 2013, considera al debido proceso:

"[...] es un derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales. Como parte de las garantías de este derecho se incluye el derecho a la defensa, el mismo que permite a las personas acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea demostrando su inocencia o contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria. En este sentido, es obligación de todos los operadores de justicia aplicar las garantías básicas del debido proceso, y específicamente tutelar su cumplimiento en las diferentes actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento acarrearía la vulneración de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional sostiene que: *"De esta manera el debido proceso se constituye en el "axioma madre", el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar".* Por lo expuesto, los jueces como garantes del cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de este derecho".

La Corte Constitucional del Ecuador, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, ha razonado:

"Completando el marco de los derechos constitucionales de protección se encuentra el derecho a la seguridad jurídica, mismo que se configura como un valor jurídico implícito y explícito en nuestro ordenamiento constitucional y legal vigente, en virtud del cual el Estado provee a los individuos del conocimiento previo de las conductas que son permitidas y dentro de cuyo marco las personas pueden actuar.

Con respecto a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional ha determinado:

Es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público, respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno."[3]

Sobre el principio de legalidad, la Corte Constitucional (para el Periodo de Transición), en sentencia No. 031-10-SEP-CC, caso No. 0649-09-EP, dijo:

La Constitución de la República, al establecer las garantías básicas del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3 que "solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el artículo 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Sobre la naturaleza del recurso de casación, la Corte Constitucional del Ecuador, en funciones desde el 6 de noviembre de 2012, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, dictada en el caso No.1647-11-EP, 6 de febrero del 2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 904, de 4 de marzo de 2013, planteó que:

[2] Ecuador. Corte constitucional. Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

[3] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.

"El caso sub judice nace de un Juicio Penal, por lo tanto se remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar **únicamente la** sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 [...].

Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual, de ser el caso, se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales [...]." (Sic.)

Disponiendo que la sentencia sea llevada a conocimiento de la Fiscalía y del Consejo de la Judicatura, para los fines pertinentes. Este criterio lo ha ratificado la Corte Constitucional en la sentencia No. 008-13-SEP-CC, caso No. 0545-12-EP, de 2 de abril de 2013.

En la sentencia 001-13-SEP-CC, dictada en el caso 1647-11-EP, de 6 de febrero de 2013, la Corte Constitucional del Ecuador tiene un criterio amplio y dice:

La Corte Constitucional se ha pronunciado en variadas ocasiones respecto a la importancia de este recurso, así en la Sentencia N. 0003-09-SEP-CC sostuvo: 'La casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia, y habitualmente al de mayor jerarquía, como en nuestro país: la anterior Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia.' [...].

Decisión con la cual hemos de entender que el recurso de casación conlleva también al estudio del trámite por el cual se llegó a emitir la sentencia cuestionada.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación.

En lo principal, este Tribunal de Casación considera que los cargos en contra de la sentencia, expuestos por la defensa técnica del recurrente, se contienen en los siguientes puntos.

a) Errónea interpretación del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal.
b) Indebida aplicación de los artículos 48.9 y 44 tercer inciso ibídem.

5.3. Primera causal de casación.

El recurrente acusa que el Tribunal Ad quem que ha incurrido en la causal de errónea interpretación del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que es pertinente recordar que, este vicio se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, el juzgador al momento de aplicarla y subsumirla al caso en concreto le atribuye un sentido y alcance distinto del que le otorgó originalmente el legislador al momento de forjarla, es decir, se va más allá del contenido de la norma, produciendo un efecto jurídico distinto al que la norma prevé.

En este sentido para que el recurso de casación respecto a esta causal esté debidamente propuesto, es imprescindible que el recurrente exprese el sentido o alcance erróneo que dio el juzgador a cada una de las normas que invoca, al momento de aplicarla al caso en concreto, para posteriormente señalar cual estima es la correcta interpretación de esta norma, así mismo debe identificar en que parte de la sentencia se ha configurado el vicio acusado; y, como este vicio ha influido en la decisión de la causa.

En la especie, expresa como considera se ha interpretado erróneamente al artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo en su fundamentación, no determina cual es el correcto alcance o sentido de la norma que se acusa como violentada, tampoco determina como ha influido este error de derecho en la decisión de la causa (trascendencia), limtandose **a señalar:** "(...) específicamente del número 4, 5 y 6, estos preceptos normativos son interpretados de manera errada, porque resulta que a criterio del Tribunal de apelaciones, el hecho de ser del entorno familiar, en torno de la

víctima o representante legal de la víctima, los presupuestos dados en el segundo inciso 4, 5 y 6, no conllevan de conocer a la víctima con anterioridad, de manera implícita al analizar el artículo 171, se entiende que las personas que pueden ser agresores de cualquier víctima, en estos números conocen a la víctima con anterioridad, es decir se hubiera impuesto la pena máxima del tipo penal previsto (…)", Los requisitos señalados en líneas anteriores son indispensables para que la fundamentación del recurso de casación se encuentre debidamente explicado respecto de esta causal en específico; por consiguiente y al no haber demostrado de forma acertada su alegación, este Tribunal inadmite el cargo formulado, pues no existe razón suficiente para que la sentencia subida en grado sea casada por el vicio argüido.

5.4. Segunda causal de casación.

El recurrente acusa que el Tribunal de apelaciones aplicó indebidamente los artículos 44 inciso tercero y 48.9 del Código Orgánico Integral Penal, con respecto a la causal invocada por el impugnante, es imprescindible señalar que según el tratadista Luis Gustavo Moreno Rivera el vicio invocado es:

> *"(...)* denominada aplicación indebida, el sentenciador efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados por la disposición; luego el error recae en la escogencia de la norma aplicable." (La Casación Penal, Teoría y Práctica Bajo la Nueva Orientación Constitucional, ediciones Nueva Jurídica, Colombia; pág. 125)

De lo cual se concluye que cuando el recurrente invoca la indebida aplicación de una norma de derecho, alega que el juzgador entiende rectamente el contenido de la norma, sin embargo la aplica a un supuesto fáctico distinto, por lo que deviene a ser impertinente al caso en concreto; por lo tanto en su fundamentación el recurrente no solo debe determinar tal o cual norma supuestamente ha sido infringida, sino también como y en que sentido se ha configurado el vicio que considera se ha configurado (indebida aplicación); y, como la misma ha influido en la decisión de la causa.

Respecto al vicio acusado el Tribunal de apelaciones sostiene:

> "(...) habiéndose determinado la autoría del procesado JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, quien cumple con el verbo que manda la acción y se justifica en su actuar de los actos perpetrados contra la víctima de 11 años de edad, conducentes a obtener el fin deseado esto es violentar la indemnidad sexual de la víctima, el tribunal ad-quen considera que en este caso en concreto no cabe aplicar la atenuante trascendental en la imposición de la pena privativa de la libertad, prevista en el Art. 46 ibídem, al haberse probado en juicio una agravante no constitutiva del tipo penal, en observancia del Principio de legalidad Adjetiva prevista en el Art. 76 numeral 3) de la Constitución de la Republica, conllevan a imponer la pena máxima que establece el Art.171 Inciso Primero Numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, sumada en un tercio conforme el mecanismo de aplicación de circunstancias agravantes no constitutivas de la infracción, previsto en el Inciso tercero del Art. 44 ibídem, en cuyo caso corresponde imponer al culpable veintinueve años de pena privativa de libertad y como consecuencia de ello la multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, de conformidad con lo que dispone el Art. 70 numeral 13 ibídem, al haberse probado en juicio la culpabilidad del procesado (...) en observancia a los Principios y Garantías Constitucionales de Seguridad Jurídica, Debido Proceso, Tutela Judicial Efectiva; con fundamento en el principio de Imparcialidad, Proporcionalidad y legalidad adjetiva contenido en los Arts. 82, 75 y Art.76.3 de la Constitución de la Republica en relación con el Art. 5 numeral 3), Art. 44 inciso tercero, Art. 48.9 y Art. 171 Inciso Primero numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, conforme se determina en el análisis y argumentación ut supra; por decisión unánime RESUELVE: a) CONFIRMAR la Sentencia Condenatoria dictada en contra del procesado JORDY JAIRO GUALÁN YUNGA, dictada por el Tribunal de Garantías Penales de El Oro, con sede en el cantón Machala, de fecha miércoles 11 de enero del 2017, las 15h47, se ACEPTA el Recurso Parcial de Apelación de la Sentencia, interpuesto por el Agente Fiscal de El Oro, Dr. George Espinoza Loayza y los Acusadores Particulares, en consecuencia se modifica a VEINTINUEVE AÑOS Y TRES MESES La Pena Privativa de Libertad impuesta al culpable, por haber adecuado su conducta al delito que tipifica y sanciona el Art. 171 inciso primero numeral 3) del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor en los términos que establece el Art. 42 numeral 1 literal a) ibídem, al haberse probado en juicio la circunstancia Agravante no

constitutiva de la infracción prevista en el Art. 48 numeral 9) ibídem, en relación de los mecanismos de aplicación de circunstancias agravantes prevista en el inciso tercero del Art.44 del COIP."

El recurrente respecto a este vicio de derecho señala:

"(…) indebida aplicación del artículo 48.9 y por ende del artículo 44 tercer inciso, es decir el artículo 48.9 no debía ser aplicado y por ende el artículo 44 tercer inciso que tiene el efecto de haberse probado una agravante no constitutiva del tipo penal o modificatoria de la infracción, se le impondrá la máxima pena en el tipo penal elevada en un tercio (...)" (Sic.)

Por lo que es imperativo señalar que, las circunstancias constitutivas de la infracción son los supuestos de hecho que se encuentran descritas en el tipo penal, mismas que son consideradas como parte integrante de la conducta penalmente relevante y por consiguiente ameritan la pena prevista por el legislador por el cometimiento del injusto.

Por otro lado, una circunstancia agravante es un supuesto factico no descrito dentro del tipo penal, que aumenta la malicia del acto, la alarma que produce la infracción dentro de la sociedad o la peligrosidad de sus actores, mismas que se encuentran previstas en los artículo 47 y 48 (en caso de los delitos sexuales) del Código Orgánico Integral Penal, cuyas consecuencias jurídicas se encuentra previstas en el artículo 44 *ibídem.*

El recurrente alega que el vicio que se acusa se ha configurado, toda vez que el Tribunal de apelaciones agrava la condena impuesta al procesado, al considerar que el conocer a la víctima con anterioridad es una agravante no constitutiva de la infracción, sin embargo, en este punto es necesario recalcar que, este Tribunal de casación advierte que se ha probado ante el Tribunal A quo y recogido por el Tribunal Ad quem, que entre el agresor y la víctima existe el segundo grado de afinidad; y, que de esta relación familiar se deriva la circunstancia de que el agresor conocía con anterioridad a la víctima.

Por lo que en virtud de lo analizado se determina que efectivamente el Tribunal de apelaciones realizo una indebida aplicación de los artículos 48.9 y 44 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que, al ser el agresor miembro del núcleo familiar de la víctima, implica que conocía con anterioridad al sujeto pasivo del delito; y, por consiguiente se le debió aplicar única y exclusivamente el artículo 171 con el elemento constitutivo del tipo penal previsto en el numeral 5 del inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal.

SEXTO.- Resolución

En virtud de lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, en atención al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y, con fundamento en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, acepta parcialmente el recurso de casación interpuesto por el ciudadano sentenciado, en consecuencia casa la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en fecha 28 de marzo de 2017, las 15h30, por existir una indebida aplicación de los artículos 48.9 y 44 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal, siendo la norma correcta a aplicarse el artículo 171.5 ibídem, por lo que, se le impone al procesado, Jordi Jairo Gualán Yunga, la pena privativa de la libertad de 22 años y de conformidad con el artículo 70 numeral 13 del Código Orgánico Integral Penal, se fija la multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador en general; se declara con lugar a la reparación integral de la víctima, misma que se encuentra fijada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, en sentencia de fecha 11 de enero de 2017, las 15h47. Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL; Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL;

III

Causa Nro.*17282-2016-05156*
Resolución Nro. *539-2018*
Fecha: *3 de mayo de 2018*

TEMA: Delito: Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. La norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que las adicciones son un problema de salud pública; por lo tanto existirá contravención a lo dispuesto, cuando a pesar de que probatoriamente se determine que él o la procesada es farmacodependiente, se penalice su acción consumidora debido a que la sustancia encontrada en su poder supere el peso límite permitido en la tabla emitida por el CONSEP.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Mediante parte policial, se conoce que el 24 de septiembre de 2016, aproximadamente a las 17h30, por disposición de la central de radio patrulla ECU911, elementos de la policía se dirigieron a la avenida Amazonas, hasta las calles Guayaquil y Rocafuerte, sector Plaza de Santo Domingo, lugar donde encontraron a dos ciudadanas identificadas como xxx y xxx, en actitud sospechosa, procediendo a trasladarlas a una UPC para realizarles un registro personal por tratarse de personas de sexo femenino; encontrando en su poder varias fundas plásticas cuyo contenido luego de ser analizado dio como resultado positivo para pasta base de cocaína, por lo tanto se procedió a su aprehensión. El Juez de la Unidad Judicial de Flagrancia de Quito dio inicio a la instrucción fiscal en contra de la acusada xxx, para su posterior procesamiento en trámite directo; con respecto de la acusada xxx, se dejó el trámite en fase de investigación previa. El 15 de diciembre de 2016, las 11h38, el Juez de la Unidad Judicial con Competencia en Infracciones Flagrantes de Quito, dictó sentencia absolutoria en favor de xxxx; por lo que, ratificó su estado de inocencia, y dispuso que la procesada de manera voluntaria se someta a un tratamiento para tratar su problema de adicción. El Tribunal al fundamentar la sentencia considera que la ley penal, al sancionar ciertas conductas prohibidas está protegiendo determinados bienes jurídicos, que en la presente causa corresponde a la salud pública; sin embargo pueden presentarse situaciones en las que una conducta, aun siendo típica, no es contraria a derecho porque la misma se ejecutó para precautelar otro bien jurídico, lo cual constituye una causa de justificación de la conducta típica, así en nuestro ordenamiento jurídico dichas causales se encuentran establecidas en el Art. 30 del COIP como excluyentes de la antijuridicidad; causales que en la sentencia no concurren, puesto que los actos fueron ejercidos por la persona procesada con voluntad y conciencia determinándose por parte de la defensa una teoría de consumo. En ningún momento se ha podido establecer que más allá de la tenencia ha existido micro tráfico, entendiendo el juzgador que la tenencia debe siempre tener un fin determinado, que permita determinar el tipo de antijuridicidad sea esta formal o material, a ello debe tenerse en cuenta que las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá" desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales...".

En consecuencia, los jueces, tribunales penales, Cortes Superiores, Corte Suprema, según el caso, han manifestado que la adicción es un problema social. De los diferentes elementos analizados en la sentencia se indica que la persona examinada es farmacodependiente y debe recibir tratamiento terapéutico para su rehabilitación.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El Fiscal por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia interpone recurso de apelación ante la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que el 21 de febrero de 2017, las 16h23, acepta el recurso interpuesto, por lo que revoca el fallo subido en grado y en su lugar declara la responsabilidad de la acusada como autora directa de lo dispuesto en el artículo 220.11 del COIP; en ese sentido, le impuso la pena privativa de libertad de tres años y multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general. El Tribunal en su argumentación considera que la responsabilidad de la procesada, se encuentra probada con el testimonio del policía Edison Fabricio Ordóñez Castro, quien afirma que observó cuando la compañera agente policial registró a la procesada y encontró en el bolsillo derecho del pantalón la droga; la cual luego de las pruebas pertinentes se establece que corresponde a pasta base de cocaína, con un peso neto de 4,38 gramos; el Tribunal considera que es irrelevante el lugar exacto donde encontraron la droga, toda vez, que la propia procesada afirma que compró el alcaloide para su consumo y por ese motivo fue detenida en acción flagrante. No existe constancia procesal que la procesada esté legalmente autorizada por autoridad competente, para que tenga o posea el alcaloide incautado. Se debe considerar que a pesar de que la procesada es adicta al consumo de marihuana y pasta base de cocaína, la cantidad que poseía (4.38 gramos) sobrepasa los 2 gramos que son permitidos para el consumo, según la tabla expedida por el CONSEP, subsumiendo su conducta al tipo penal establecido en el Art. 220 numeral 1 literal b) del COIP, en calidad de autora directa, es decir, la procesada actuó con conciencia y voluntad, sabía cómo consumidora que el poseer la pasta base de cocaína, estaba prohibido por la norma legal mencionada y a pesar de aquello, lo hizo. Por otro lado, no existe constancia procesal de que la defensa, en la audiencia de juzgamiento, haya acreditado circunstancias atenuantes a favor de la procesada; tampoco la Fiscalía ha acreditado que existan circunstancias agravantes para la imposición de la pena. El Órgano Jurisdiccional, luego de haber analizado y valorado las pruebas de cargo y descargo presentadas por las partes procesales, en la audiencia de juzgamiento, con criterios de valoración establecidos en el Art. 457 del COIP, tiene el convencimiento que está probado la existencia de la infracción y la culpabilidad de la procesada.

SÍNTESIS CASACIÓN

La sentenciada, conforme a las reglas del COIP, interpone recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, quien casa la sentencia de mayoría, por haber contravenido lo dispuesto en la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, ratificando el estado de inocencia de la recurrente, dejándose sin efecto las medidas impuestas en su contra. En ese contexto, el Tribunal argumenta que sobre la base del esquema de la tipicidad y sus componentes, el caudal probatorio que el ad quem ha sustentado, fueron para determinar que la procesada tenía 4.38 gramos de pasta base de cocaína; se entiende que aquel verbo contenido en el tipo, corresponde al ánimo

consiente de tener y disponer de aquellas sustancias, ya que se ejerce el dominio sobre dichos alcaloides; en ese sentido, el Tribunal de Apelación se ha referido exclusivamente a que la encartada poseía la cantidad de droga ya mencionada, sin embargo nada se indica sobre la comprobación de aquellos elementos conducentes a determinar que la hoy casacionista realizaba actividades de comercialización de las sustancias por las cuales fue condenada; toda vez que, este tipo de infracciones son consideradas como delitos de peligro abstracto para la salud y seguridad social, pues no es necesario la producción de un daño concreto, ya que basta la peligrosidad de la conducta; nuestra ley pretende evitar una futura lesión a este bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta que aquella puesta en peligro no ha de ser considerada como elemento del tipo, sino que, se trata de que el legislador ha normado la conducta ilegal en pos de proteger la salud pública. Frente a aquello, los juzgadores de instancia, en orden a la aplicación correcta del derecho, deben exponer razonadamente los fundamentos que soporten la decisión adoptada, como cumplimiento de la garantía constitucional de motivación de resoluciones, y justamente aquello se logra con el valor probatorio atribuido al medio utilizado para este fin, ya que, a través de aquellos medios se puede considerar que una conducta se subsume a un tipo penal objetiva y subjetivamente, actividad juzgadora que se reconoce como juicio de tipicidad, para en tal efecto, entrar al estudio de la antijuridicidad, con el fin de determinar la lesión al bien jurídico formal (conducta opuesta al ordenamiento jurídico –desvalor de acto-) y material (lesión propia del bien jurídico protegido -desvalor de resultado-), y finalmente, sobre la culpabilidad, para establecer la imputabilidad de la persona procesada y su conciencia real o potencial de lo antijurídico del acto. En el caso subjúdice, la influencia en la decisión de la causa radica especialmente en que de aquella actividad que se ha estructurado por parte de la Sala de Alzada, no se justifica motivadamente el ajuste del tipo penal, que para el presente proceso es el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, con la prueba que ha fijado ya que solamente se han referido a la cantidad de sustancia encontrada, aduciendo que sobrepasa el límite permitido de 2 gramos; prueba sobre la cual el Tribunal no puede desarrollar un nuevo juicio valorativo por prohibición expresa, pues, solo corresponde examinar si en el razonamiento plasmado por la Sala de Alzada, se vulneró norma alguna bajo las modalidades de casación, que para el caso in examine, resulta notorio el error en que se ha incurrido, toda vez que, habiendo el ad quem considerado probatoriamente que la procesada es farmacodependiente, por sobrepasar aquel límite al que reiteradamente se ha referido, y haya penalizado su acción consumidora bajo un tipo penal no demostrado motivadamente, ese razonamiento judicial contraría, desobedece y vulnera la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, pues, vislumbra una omisión de ésta y su contenido mandatorio y prohibitivo; delimitada la procedencia del primer reproche, obliga al Tribunal a enmendar tal error jurídico mediante la aceptación del recurso planteado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17282-2016-05156

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, jueves 3 de mayo de 2018, las 16h13.-
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 los hechos dados como probados por el Tribunal *ad quem,* que revocó el fallo de primer nivel, se constata en resumen lo siguiente:

La presente causa tiene como antecedente el parte policial de 24 de septiembre del 2016, las 17h30 aproximadamente, en el que se detalla que en la fecha indicada, por disposición de la central de radio patrulla ECU911, elementos de la policía se dirigieron a la avenida Amazonas, hasta las calles Guayaquil y Rocafuerte, sector Plaza de Santo Domingo, lugar donde encontraron a dos ciudadanas identificadas como Rita Silvana Quishpe Catota y María Fernanda Espinoza Angulo, en actitud sospechosa, procediendo al efecto a trasladarlas a una UPC para realizarles un registro personal por tratarse de personas de sexo femenino; en ese sentido, se encontró en poder de las referidas ciudadanas, varias fundas plásticas cuyo contenido luego de ser analizado dio como resultado positivo para pasta base de cocaína; por lo tanto, se procedió a su aprehensión.

El 25 de septiembre de 2016, las 12h10, ante el Juez de la Unidad Judicial con Competencia en Infracciones Flagrantes de la ciudad de Quito, se llevó a efecto la audiencia de calificación de flagrancia, en la que se dio inicio a la instrucción fiscal por diez días, en contra de la acusada Rita Silvana Quishpe Catota, para su posterior procesamiento en trámite directo; con respecto de la acusada María Fernanda Espinoza Angulo, se dejó el trámite en fase de investigación previa.

El 15 de diciembre de 2016, las 11h38, el Juez de la Unidad Judicial con Competencia en Infracciones Flagrantes de la ciudad de Quito, dictó sentencia absolutoria en favor de Rita Silvana Quishpe Catota; por lo que, ratificó su estado de inocencia, y dispuso que la procesada de manera voluntaria se someta a un tratamiento para tratar su problema de adicción; fallo del cual, el Fiscal de la causa interpuso recurso de apelación.

El 21 de febrero de 2017, las 16h23, la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, en sentencia de mayoría, aceptó el recurso interpuesto; por lo que, revocó el fallo subido en grado y en su lugar declaró la responsabilidad de la acusada Rita Silvana Quishpe Catota como autora directa de lo dispuesto en el artículo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal; en ese sentido, le impuso la pena privativa de libertad de tres años y multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general; fallo del cual, la sentenciada interpuso recurso de casación, el cual recayó para su conocimiento y tramitación en este Tribunal de la Sala Penal, Penal Policial, Penal Militar 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 la procesada, la anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez.

- Providencia dictada el 6 de marzo de 2017, las 15h39 por el *ad quem,* en la que se concede el recurso interpuesto
- Acta de sorteo de la causa No. 17282-2016-05156, efectuado por la Presidencia 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.
- Auto dictado el 7 de junio de 2017, las 08h45, por esta Sala, mediante el cual admitió a trámite el recurso interpuesto por Rita Silvana Quishpe Catota, respecto a la contravención al texto de la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador y errónea interpretación de los artículos 29 y 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso en la que fueron escuchados: en representación del señor Fiscal General del Estado, el doctor Marco

Navas Arboleda; el doctor Germán Jordán, defensor público, en representación de la procesada.

1.2 Cargos planteados en la fundamentación del recurso por parte de la defensa técnica de la procesada Rita Silvana Quishpe Catota:

a) Luego de estructurar un recuento sobre los antecedentes del hecho y sobre la sentencia condenatoria dictada en contra de la recurrente, refiere que el Tribunal de Apelación, con la decisión tomada por mayoría ha contravenido el texto de la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador; ya que, la sentenciada conforme lo ha acreditado el médico que la atendió es farmacodependiente a la marihuana y pasta base de cocaína, lo cual fue inobservado por el *ad quem,* pues las adiciones son un problema de salud pública que compete al Estado desarrollar programas para tratar aquello; en tal virtud, la ley determina la prohibición de criminalizar a personas adictas a estupefacientes; por consiguiente, la consecuencia de haber condenado a la hoy casacionista también contravino lo dispuesto en los artículos 424 y 425 ibídem; ante lo cual, cita un extracto del objetado fallo donde considera se evidencia el error de derecho, tomando en cuenta que, se ha afirmado la farmacodependencia de la procesada; ante lo cual, señala que la tabla que contiene las cantidades para penalizar las actividades relacionadas con drogas es referencial; toda vez que, no se puede sostener que por el hecho de tener más de 2.01 gramos de sustancia ilegal que está permitido, se pueda estimar que se trata de una persona micro traficante.

b) Al segundo cargo por el cual ha recurrido el fallo de segundo nivel lo sustenta indicando que el *ad quem,* condenó la conducta de la acusada por el artículo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, el artículo 29 ibídem refiere que la conducta penalmente relevante será antijurídica solamente si lesiona un bien jurídico protegido; en virtud de lo cual, dentro de la sentencia se probó que la sustancia que se encontró a la procesada era para su consumo, y en el presente caso, si se toma en cuenta el tipo penal, éste tiene catorce verbos rectores de los cuales el Tribunal de Apelación sancionó con fundamento al de tenencia, lo cual no basta, pues la tenencia de la sustancia era para consumo y el perjuicio que se ha causado es justamente por haber criminalizado a una persona farmacodependiente.

En su derecho a la réplica manifiesta que la casacionista se encuentra bajo problemas de adicción lo cual no debió haberse criminalizado, por lo que solicita se ratifique su estado de inocencia.

1.3. Contestación al recurso por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado.

a) Señala estar de acuerdo con la exposición de la defensa de la procesada, ya que, el Tribunal de Apelación no ha considerado que el doctor Carlos Rodrigo Costales Terán, médico legista de la Fiscalía, quien acreditó que la acusada es famacodependiente a la marihuana y pasta base de cocaína, con lo cual debía haberse tomado en cuenta lo dispuesto en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador.

b) Seguido a ello, indica que se ha tomado en cuenta en primera instancia para ratificar el estado de inocencia la cantidad de 1.38 gramos, en tanto que, en segunda instancia la de 4.38, para condenar la conducta de la procesada, sin considerarse lo indicado por el médico legista, existiendo además, una falta de proporcionalidad en la pena, pues se ha sentenciado a una pena máxima de tres años; y en tal virtud, se debe tomar en cuenta la norma citada y dictar una sentencia acorde a la cantidad mínima de droga encontrada a la recurrente.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia números 01-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018, de 1 de febrero de 2018.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente; doctores David Jacho Chicaiza y Roberto Guzmán Castañeda, Conjueces Nacionales, quienes actúan en remplazo de los doctores Marco Rodríguez Ruíz y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales, por licencias legalmente concedidas, conforme consta en los oficios Nos. 587-SG-CNJ-ROG y 590-SG-CNJ-ROG, suscritos por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

2.2. Análisis de la fundamentación del recurso

En vista de las alegaciones esbozadas, es preciso iniciar refiriéndonos a que este medio de impugnación está dirigido a enmendar las faltas que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia de apelación, que por su naturaleza es de carácter extraordinario, por cuanto, exigen motivos taxativos para su interposición y admisión, siendo estos, los errores de derecho producidos por el juzgador al momento de utilizar normas jurídicas aplicables al resolver, o a su vez de haber escogido normas correctas, les ha dado un alcance a su texto que no es el que verdaderamente tienen. En ese sentido, es un medio de impugnación limitado y cerrado, pues, su fundamento se ciñe a estrictas causales determinadas en la ley (artículo 656 Código Orgánico Integral 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"*[1]. 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 este recurso 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 contenida 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 y que tales yerros sean relevantes, 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 de 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 656 del Código Orgánico Integral Penal, donde se determina la prohibición de valorar nuevamente la prueba y los hechos fácticos, 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.

2.3 En vista de lo considerado *ut supra,* la recurrente Rita Silvana Quishpe Catota, centra su principal sustentación casacional a lo siguiente:

[1] Gilberto Martínez Rave. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

Contravención expresa a la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador.

Conforme ya se ha indicado sobre la causal seleccionada, es evidente que, esta modalidad representa aquella contradicción entre el razonamiento aplicado por el Juzgador de segundo nivel y aquella norma que está dirigida a la actividad juzgadora, es por ello que, se considera que este tipo de presupuesto implica una desobediencia, y contraposición a la ley, ya sea porque se la desconoce, o sabiendo su contenido normativo, se considera no ajustable al caso que se juzga.

Ahora, el fundamento nuclear de la casacionista radica en que el Tribunal de Apelación ha criminalizado la conducta de una persona adicta a la marihuana y pasta base de cocaína, conforme lo ha sostenido el médico legista Carlos Rodrigo Costales Terán, quien atendió a la procesada; en ese contexto, adiciona el hecho de que no es procedente el haber demostrado uno de los verbos rectores contenido en el tipo penal (tener) por el que se procesó a la hoy recurrente, ya que la sustancia no tenía el fin de comercializarse sino para consumir; ahora bien, la norma alegada como contravenida a su texto, señala lo siguiente:

> *"Art. 364 CRE.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco."* (Subrayado fuera del texto)

Al tratarse de una norma constitucional, su contenido normativo refleja una disposición prohibitiva, dirigida a la actividad juzgadora de los administradores de justicia al señalar la no criminalización de personas consumidoras bajo las diversas modalidades de adicción, lo cual debe ser comprobado por tratarse de un problema de salud pública y bajo los estándares para considerar a un individuo como consumidor; y, justamente, la norma revela que no se puede hacer distinción ni singularización de individuos que han caído en los diferentes problemas de famacodependencia, pues, para ello las organizaciones encargadas de estudiar aquellas situaciones, son las que permiten fijar la condición y modo de tratamiento de dichas personas, como lo es la OMS (Organización Mundial de la Salud).

Expuesto aquello, el Tribunal de Alzada, para justificar la imputación a la hoy objetante, ha expuesto el siguiente criterio, el cual se desprende de la lectura al acápite titulado como: "*ANÁLISIS DE ESTE TRIBUNAL DE ALZADA, RESPECTO DE LAS EXPOSICIONES PRESENTADAS POR LAS PARTES PROCESALES, EN ESTA INSTANCIA; Y, ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DESARROLLADAS POR LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO, ANTE EL JUEZ A-QUO (sic), en el cual, se ha edificado el siguiente contenido:*

- **Premisa fáctica:** el 24 de septiembre del 2016, las 17h30 aproximadamente, Rita Silvana Quishpe Catota, fue aprehendida en delito flagrante por tener en su poder sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.
- **Premisa normativa:** artículo 220.1 b) del Código Orgánico Integral Penal, norma que contiene el siguiente texto:
  "Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: (…) b) Mediana escala de tres a cinco años."
- **Conclusión:** El Tribunal de Apelación como justificación de la decisión que ha adoptado expone lo siguiente: *"(…) Este Órgano Jurisdiccional considera que se encuentra probada la responsabilidad de la procesada Rita Silvana Quishpe Catota, con el testimonio de Edison Fabricio Ordóñez Castro, quien afirma que estuvo presente y observó cuando la compañera registró a la procesada y encontró en el bolsillo derecho del pantalón la droga, este Tribunal por voto de mayoría toma en cuenta este testimonio, porque observó que su compañera encontró en poder de la procesada el alcaloide, el mismo que luego de las pruebas pertinentes, establecen que corresponde a pasta base de cocaína, con un peso neto de 4,38 gramos; es irrelevante el lugar*

exacto donde encontraron la droga, toda vez, que la propia procesada afirma que compró el alcaloide para su consumo y por ese motivo fue detenida por elementos policiales, es decir, que la procesada fue detenida en acción flagrante, no existe constancia procesal, que Quisphe Catota, esté legalmente autorizada por autoridad competente, para que tenga o posea el alcaloide incautado; cierto es, que la procesada es adicta al consumo de marihuana y pasta base de cocaína, pero la cantidad que poseía, esto es, 4.38 gramos, sobrepasa los 2 gramos que son permitidos para el consumo, según la tabla expedida por el CONSEP, subsumiendo su conducta al tipo penal establecido en el Art. 220 numeral 1 literal b) del COIP, en calidad de autora directa, es decir, la procesada actuó con conciencia y voluntad, sabía cómo consumidora que es, que el poseer o tener la pasta base de cocaína, en su humanidad, prohíbe la norma legal mencionada, a pesar de aquello, lo hizo. (…) *Los testimonios de los señores policías López Erazo y Quingatuna Culqui, corroboran con lo manifestado por Ordóñez Castro, por cuanto los tres elementos policiales el 24 de septiembre del 2016, aproximadamente a las 17h30 estuvieron presentes en las calles Guayaquil y Rocafuerte, en esta ciudad de Quito, porque intervinieron en la detención de la procesada, porque una compañera policía realizó el registro a Quishpe Catota, encontrando en poder de ésta, el alcaloide materia del presente enjuiciamiento. Este Órgano Jurisdiccional, luego de haber analizado y valorado las pruebas de cargo y descargo presentadas por las partes procesales, en la audiencia de juzgamiento, con criterios de valoración establecidos en el Art. 457 del COIP, tiene el convencimiento que está probado la existencia de la infracción y la culpabilidad de la procesada Rita Silvana Quishpe Catota."* (sic)

En virtud de lo señalado, se desprende que *ad quem* ratifica que la acusada es una persona farmacodependiente, ya que así lo habría señalado el doctor Carlos Rodrigo Costales Terán, médico legista que atendió la condición de la procesada; en ese contexto, la Sala de Alzada, al realizar el juicio de tipicidad sobre la conducta de la procesada, concluyó su análisis indicando que la acción se adecua a lo dispuesto en el artículo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal, norma de la cual, se puede deducir que, en cualquier de sus modalidades requiere la verificación de los elementos objetivos como subjetivos por parte del Tribunal de Apelación en virtud de que sus facultades de autonomía, exclusividad e independencia como órgano jurisdiccional de alzada, le permiten proporcionar un valor probatorio sobre los elementos aportados por los sujetos procesales, encaminado a demostrar la configuración de cada uno de aquellos presupuestos para atribuirlos a la responsabilidad de la persona procesada, pues justamente aquella actividad corresponde a la subsunción del hecho al derecho.

En ese contexto, sobre la base del esquema de la tipicidad y sus componentes, en el presente caso, el caudal probatorio que el *ad quem* ha sustentado, es para determinar que la procesada tenía 4.38 gramos de pasta base de cocaína; ahora, se entiende que aquel verbo contenido en el tipo, corresponde al ánimo consiente de tener y disponer de aquellas sustancias, ya que se ejerce el dominio sobre dichos alcaloides, con su conocimiento expreso o tácito, conducta que implica la potestad del sujeto activo de ejercer control o dominio sobre la sustancia prohibida, para su disposición inmediata y directa del medio ilícito; en ese sentido, el Tribunal de Apelación, se ha referido exclusivamente a que la encartada poseía la cantidad de droga ya mencionada en líneas anteriores, sin embargo, nada se menciona sobre la comprobación de aquellos elementos conducentes a determinar que la hoy casacionista realizaba actividades de comercialización de las sustancias por las cuales fue condenada; toda vez que, este tipo de infracciones son consideradas como delitos de peligro abstracto para la salud y seguridad social, pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues basta la peligrosidad de la conducta; nuestra ley pretende evitar una futura lesión a este bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta que, aquella puesta en peligro no ha de ser considerado como elemento del tipo, sino que, se trata de que el legislador ha normado la conducta ilegal en pos de proteger la salud pública.

Frente aquello, los juzgadores de instancia, en orden a la aplicación correcta del derecho, deben exponer razonadamente los fundamentos que soporten la decisión adoptada, como cumplimiento de la garantía constitucional de motivación de resoluciones, y justamente aquello se logra con el valor probatorio atribuido al medio utilizado para este fin, ya que, a través de aquellos medios se puede considerar que una conducta se subsume a un tipo penal objetiva y subjetivamente, actividad juzgadora que se reconoce como juicio de tipicidad, para

en tal efecto, entrar al estudio de la antijuridicidad, con el fin de determinar la lesión al bien jurídico formal (conducta opuesta al ordenamiento jurídico-desvalor de acto-) y material (lesión propia del bien jurídico protegido –desvalor de resultado-), y finalmente, sobre la culpabilidad, para establecer la imputabilidad de la persona procesada y su conciencia real o potencial de lo antijurídico del acto.

Explicado aquello, en el caso *sub judice,* la influencia en la decisión de la causa, radica especialmente en que de aquella actividad que se ha estructurado por parte de la Sala de Alzada, no se justifica motivadamente el ajuste del tipo penal que para el presente proceso es el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización con la prueba que ha fijado, ya que, solamente se han referido a la cantidad de sustancia encontrada, aduciendo que sobrepasa el límite permitido de 2 gramos; prueba sobre la cual, este Tribunal no puede desarrollar un nuevo juicio valorativo por prohibición expresa, pues, solo corresponde examinar si en el razonamiento plasmado por la Sala de Alzada, se vulneró norma alguna bajo las modalidades de casación, que para el caso *in examine,* resulta notorio el error en que se ha incurrido, toda vez que, habiendo el *ad quem* considerado probatoriamente que la procesada es famacodependiente, por sobrepasar aquel límite al que reiteradamente se ha referido, y haya penalizado su acción consumidora bajo un tipo penal no demostrado motivadamente, ese razonamiento judicial contraría, desobedece y vulnera la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador, pues, vislumbra una omisión de ésta y su contenido mandatorio y prohibitivo.

En conclusión, resulta evidente a la luz del análisis de este Tribunal que la fundamentación del cargo propuesto por la impugnante se encuentra justificada, de ahí que la recurrente, considere la transgresión del resto de normas constitucionales alegadas bajo el mismo presupuesto casacional; de lo cual, en virtud de lo estudiado, sería infructuoso entrar a examinar el cargo referente a la errónea interpretación de los artículos 29 y 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal; toda vez que, delimitada la procedencia del primer reproche, obliga a este Tribunal a enmendar tal error jurídico mediante la aceptación del recurso planteado.

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 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, aceptando el recurso interpuesto, casa la sentencia de mayoría dictada el 21 de febrero de 2017, las 15h23, por haber contravenido lo dispuesto en la norma contenida en el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador; por lo que, se ratifica el estado de inocencia de la recurrente Rita Silvana Quishpe Catota, dejándose sin efecto las medidas impuestas en su contra. 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. Roberto Guzmán Castañeda, CONJUEZ NACIONAL; Dr. David Jacho Chicaiza, CONJUEZ NACIONAL.

IV

Causa Nro. *07281-2014-0202*
Resolución Nro. *2120-2018*
Fecha**:** *13 de diciembre de 2018*

TEMA: Delito contra la seguridad interior del Estado. La causal de casación por indebida aplicación de la ley tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a un determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta aplicada; su convergencia radica en que, el hecho fáctico, tras la valoración probatoria, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene. Para que el tribunal juzgador dicte una sentencia condenatoria, no solo le es necesario comprobar la existencia de la infracción, sino instituir con certeza, conforme la prueba y su valoración, al o los responsables de aquella infracción con la determinación de su grado de participación, de lo contrario la misma norma exige confirmar el estado de inocencia de los procesados.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Con fecha 30 de septiembre del año 2010, en la ciudad de Huaquillas, a partir de las ocho de la mañana aproximadamente, personal policial se reunió en las instalaciones del Comando de Policía, dedicándose unos a observar noticias sobre los hechos ocurridos a nivel nacional donde estuvo inmerso el Presidente de la República; después un grupo del personal policial sale del recinto policial a dar un recorrido trasladándose hacia el puente internacional, incitando a los policías que se encontraban en el lugar a integrarse, retirándose del lugar donde estaban prestando sus servicios. Producto de esta reunión, en la entrada del Comando de Policía, personal uniformado de la policía procede a prender fuego a neumáticos en la entrada y también en la parte exterior, esto es en la vía pública, teniéndose la noticia de que algún personal policial gritaba consignas de " viva el paro", mientras se encontraban viendo las noticias. El Tribunal de Garantías Penales de el Oro, dentro de su fundamentación considera que, al tratarse del delito de " Paralización de Servicios Públicos", los actos constitutivos son los descritos en el Art. 158 inciso primero del Código Penal, subsumido en el Art. 346 del COIP, y que los procesados xxx, xxx perpetraron estos actos en contra de la seguridad ciudadana violentando la seguridad pública, constituyendo esto, el elemento valorativo con relevancia jurídica penal que ha sido valorado por el juzgador. Es el menoscabo a la seguridad pública, lo que conlleva a despojar del bien jurídico protegido a los miembros de una sociedad, la misma que deja de contar con la prestación de ese servicio público, correspondiendo a la Policía Nacional la misión imperativa de atender la seguridad ciudadana, el orden público y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional. Dentro de los elementos del tipo penal subjetivo, se encuentra el dolo, con el que se requiere intelectualmente la previsión o conocimiento de la cadena causal, esto es, se debe saber que puesta una condición debe seguir a ésta un efecto. Este conocimiento y voluntad hacen relación de las circunstancias del tipo penal, lo que en el caso sub judice no es posible determinar. En la prueba actuada ante el Tribunal de Garantías Penales no se justificó la existencia de los hechos, ya que no existen elementos suficientes como un acto que repudie una sanción penal; por lo que se considera que tampoco se encuentran probados los elementos del tipo penal subjetivo, esto es, que no

se ha logrado probar la categoría dogmática de la tipicidad en relación a los procesados xxx, xxx. Tampoco se han comprobado los elementos de la categoría dogmática respecto a la antijuricidad ya sea formal o material del acto típico, ni a la última categoría de la culpabilidad, como juicio de reproche. El 16 de mayo de 2017, las 08h20, el Tribunal de Garantías Penales de El Oro, dicta sentencia, en la que ratifica el estado de inocencia de los ciudadanos xxx y xxx, absolviéndoles del delito tipificado y sancionado en el artículo 158 del Código Penal, vigente a la fecha de la comisión de la infracción (artículo 346 del COIP), dejando sin efecto las medidas cautelares tanto personal, como real que pesaban sobre los mencionados ciudadanos.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La Fiscalía interpone recurso de apelación del fallo emitido por el Tribunal a-quo. El Tribunal de apelación, ha estimado que los procesados xxx y xxx, al ser miembros de la institución policial y parte del Grupo "ALCON II", participaron en los actos conducentes a la paralización de servicios públicos en el Cantón Huaquillas, con quema de llantas a la entrada del Comando de Policía, así también en la toma simbólica del puente internacional que une el Ecuador con el Perú y que tal hecho afectó el normal desenvolvimiento en el cantón Huaquillas y en el país; los procesados fueron identificados al momento de realizar la pericia técnica en la que se procede a realizar el cotejo fisionómico entre las fotografía dubitadas e indubitadas obtenidas, y de acuerdo al estudio se determina que mantienen semejanzas y características similares al señor xxx y al señor xxx. El Tribunal en base a la sana crítica y a la valoración de las pruebas actuadas dentro de la audiencia de juzgamiento, determina que se ha justificado la materialidad de la infracción; y en cuanto a la responsabilidad de los procesados se indica que de conformidad al Art. 158 de la Constitución (orden interno) se establece que:" Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos (...)", a esto se agrega lo constante en el Art. 4 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional:" Son funciones específicas de la Policía Nacional: a) Mantener la paz, el orden y la seguridad pública..."; si consideramos la doctrina, se puede indicar que la obediencia se relaciona con la jerarquía y la disciplina implica el sometimiento irrestricto al orden institucional y el acatamiento a las disposiciones legales, jurídicas y administrativas, el carácter no deliberante hace referencia a la neutralidad política que se debe mantener como miembros de la institución. La legalidad está establecida en la ley y su interpretación no le corresponde a la Policía, no obstante está obligada a conocerla, no solo para la presunción establecida en la ley, sino por la naturaleza propia del cargo que desempeña, en definitiva es reconocer específicamente que la Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil armada, técnica, garantizada, disciplinada y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público y proteger el libre ejercicio de los derechos y la libertad de las personas dentro del territorio nacional, que la formación de los miembros de la Policía Nacional está basada en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, la investigación especializada, el control y la prevención de los delitos. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en sentencia de 04 de octubre de 2017, las 12h48, resuelve, aceptar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, en consecuencia, revoca la sentencia dictada por el Tribunal a-quo, al considerar probada la existencia de la materialidad de la infracción y el nexo causal entre las pruebas del tipo penal y la responsabilidad de los procesados, concluyendo que xxx y xxx han adecuado su conducta en calidad de autores al delito tipificado y sancionado en el Art. 158 del Código

Penal, vigente a la época de la comisión de la infracción; y, observando el principio de favorabilidad determinado el Art. 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 9.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, Art. 5.2, Art. 16 del Código Orgánico Integral Penal, aplican la ley más benigna, siendo la determinada en el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndoles a los prenombrados procesados la pena de un año de privación de libertad, multa de cuatro(4) salarios básicos unificados del trabajador en general.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los procesados interpusieron recurso de casación de la sentencia emitida por el adquem, ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia. En la fundamentación de la sentencia de casación, se evidencia que el Tribunal de apelación ha demostrado, conforme a derecho, una paralización de servicios públicos suscitada el 30 de septiembre de 2010; sin embargo, del propio análisis que realiza la Sala respecto de la prueba presentada en la audiencia de juicio, se aprecia que se implanta la configuración de un error de derecho en la sentencia recurrida, esto por cuanto, no existe un razonamiento concreto con el que se justifique que los procesados xxx y xxx hayan adecuado sus conductas a los preceptos jurídicos contemplados en el artículo 158 del Código Penal, vigente a la época del cometimiento de la infracción, lo que implica que no se efectuó un correcto juicio de tipicidad que conlleve a determinar que los hechos que el tribunal ad-quem dan por probados, se ajustan al tipo penal que se atribuye a los procesados. La Sala conforme el análisis probatorio efectuado se limita a señalar, en la mayor parte de su conclusión, los deberes y obligaciones constitucionales y legales de los miembros que conforman la Institución Policial del Ecuador. Como se ha referido anteriormente, la causal de casación por indebida aplicación de la ley, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a un determinado caso; su convergencia radica en que, el hecho fáctico, tras la valoración probatoria, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene, a partir de esta concepción se debe destacar que respecto al primer caso, para que el tribunal juzgador dicte una sentencia condenatoria, no solo le es necesario comprobar la existencia de la infracción, sino instituir con certeza, conforme la prueba y su valoración, al o los responsables de aquella infracción con la determinación de su grado de participación, de lo contrario la misma norma exige confirmar el estado de inocencia de los procesados. En conclusión, las acciones determinadas en la sentencia recurrida, no muestran fehacientemente, mediante un análisis concreto probatorio efectuado por la Sala, que la conducta realizada por los procesados se subsuman al tipo penal acusado, lo que a su vez implica una trasgresión directa a la ley, bajo la modalidad de indebida aplicación del artículo 158 del Código Penal, omitiendo aplicar la norma contenida en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia declara improcedente los recursos de casación interpuestos y casa de oficio la sentencia al verificarse una indebida aplicación del artículo 158 del Código Penal, en consecuencia, ratifica el estado constitucional de inocencia de los ciudadanos xxx y xxx, ordenando la cesación de todas las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 07281-2014-0202

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 13 de diciembre del 2018, las 11h57.-

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:

1.1. El 16 de mayo de 2017, las 08h20, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Machala, Provincia de El Oro, dictó sentencia, en la que ratificó el estado de inocencia de los ciudadanos JULIO JAVIER NÚÑEZ NÚÑEZ y FREDDY MARCELINO MENDOZA ORDINOLA, absolviéndoles del delito tipificado y sancionado en el artículo 158 del Código Penal, vigente a la fecha de la comisión de la infracción (artículo 346 del COIP), dejando sin efecto las medidas cautelares tanto personal, como real que pesaban sobre los mencionados ciudadanos. De este fallo, Fiscalía interpuso recurso de apelación.

1.2. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en sentencia de 04 de octubre de 2017, las 12h48, resolvió, aceptar el recurso de apelación, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de El Oro, y al considerar probada la existencia de la materialidad de la infracción y el nexo causal entre las pruebas del tipo penal y la responsabilidad de los procesados, concluyen que Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola han adecuado su conducta en calidad de autores al delito tipificado y sancionado en el Art. 158 del Código Penal, vigente a la época de la comisión de la infracción; y, observando el principio de favorabilidad determinado el Art. 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 9.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, Art. 5.2, Art. 16 del Código Orgánico Integral Penal, aplican la ley más benigna, siendo la determinada en el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndoles a los prenombrados procesados, la pena de UN AÑO de privación de libertad, multa de cuatro (4) salarios básicos unificados del trabajador en general. De esta sentencia, los procesados interpusieron recurso de casación.

Los hechos detallados, conforme el tribunal *ad-quem,* medularmente se circunscriben a lo siguiente:

"La presente causa penal tiene como génesis el Oficio Circular con fecha 30 de septiembre del 2010, emitido y suscrito por el Dr. Alfredo Alvear Enríquez, Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Fiscalía General del Estado Subrogante, en el que indica lo siguiente: "Señores Fiscales Provinciales, en virtud de los hechos suscitados al interior de la Policía Nacional el día de hoy 30 de septiembre del 2010, que son dominio público y que han generado conmoción nacional al atentar contra la seguridad interna del Estado, de conformidad con los artículos 158, 159 y 163 de la Constitución de la República del Ecuador, dispongo se inicie de forma inmediata las investigaciones correspondientes por los delitos previstos en Libro Segundo Título I Capitulo III del Código Penal y Código Penal de la Policía Nacional, esto es delitos contra la seguridad interna del Estado y otros tipos penales que se encuentren producto de la investigación. De las acciones que se adopten y del progreso de las investigaciones se mantendrá permanentemente informado al señor Fiscal General del Estado" Diligencias practicadas: 1. La Fiscal Dra. Paola Vivanco remite oficio 2880-FGE-FPEO-PVM-323-C-2010, solicitando al Jefe del Comando de Policía de Huaquillas, que informe si el día 30 de septiembre del 2010 se produjeron algún tipo de desmanes o inconvenientes, con miembros de la policía al servicio en el cantón Huaquillas (fs 04); en contestación al mismo, el Señor Mayor de Policía Angel Zapata Villacrés, Jefe de la Policía de Huaquillas, remite un informe a la indicada autoridad haciendo conocer lo siguiente: 1.1. En orden cronológico indica que el día de los hechos, a las 0800, se disponga a salir de la oficina del comando y verifico que en la prevención se encontraba todo el personal de su jurisdicción informándose por la televisión sobre los acontecimientos en la

ciudad de Quito. 1.2. Que a las 09h00 los medios de prensa le consultaron sobre la situación y que les indico que todo estaba bajo control. 1.3. Que a las 09h30 mientras hablaba con la prensa, personal motorizado salió del cuartel manifestando su descontento y que iban a recorrer la ciudad como muestra de malestar, que conoció que la dirección tomada fue la del puente internacional y que frente a la prevención, personal policial prendió fuego a un neumático. 1.4. Que a las 09h45 el personal policial ingresa al cuartel y los disuade a salir a laborar normalmente. 1.5. Que a las 10h30 ingresa al cuartel de policía el Tnte. Omar Gutiérrez de la Policía de Perú, a informarse de la situación en el cantón. 1.6. Que a las 15h00 se comunicó con el Gral. Arteta, jefe del distrito Tumbes y que le comunico que la situación era normal pero que el indicado oficial le manifestó que el presidente de Perú, Alan García, había dispuesto el cierre de la frontera y que coordinaron el retorno de ecuatorianos y peruanas. 1.7. Finalmente que durante el tiempo transcurrido en la cronología detallada no se produjeron actos delictivos o daños a la propiedad privada, ni se usó material o elemento disuasivo y que el armamento y equipo se encuentra en condición y número igual al entregado en dotación 2. La Fiscal Dra. Paola Vivanco remite oficio 2881-FGE-FPEO-PVM-323-C-2010, solicitando a Jefe de la Policía Judicial de Huaquillas, que informe si el día 30 de septiembre del 2010 se produjeron algún tipo de desmanes o inconvenientes, con miembros de la policía al servicio en el cantón Huaquillas; en contestación al mismo, el señor Myr. de Policía. Iván Riofrio Pacheco, Jefe de la Policía Judicial en Huaquillas, remite un informe 139-SPJH-2010 (fs 10) a la indicada autoridad (...) 18.2. Informes de lnvestigación (Myr. Quelal). En oficio 2011-259-UPAI-CP3, de fecha 29 de marzo del 2010 (2011) (existe copia certificada en papel fax) remitido por Myr. Raymond Quelal al señor Fiscal Dr. Lenin Fierro Silva. (fs. 79), se detalla un listado de policías que, según dice textualmente, "participaron en la toma simbólica y quema de llantas el día 30 de septiembre del 2010 frente al cuartel del cantón Huaquillas y Puente internacional". Los nombres del personal nombrado son: Poli. Max Mauricio Cuenca García (Puente internacional); Poli. Diego Armando Armendáriz Bravo (Puente internacional); Cbop. Julio Javier Núñez Núñez (Comando de Policía Huaquillas); Cbos. Jorge Iván Valencia Méndez (Comando de Policía Huaquillas);Cbos. Freddy Mendoza Ordinola (Comando de Policía Huaquillas); Cbos. Miguel Angel Mina (Comando de Policía Huaquillas)." **" (sic)**

1.3. Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

A la presente sentencia, le anteceden los siguientes actos procesales que denotan su validez:

- Decreto de 15 de noviembre de 2017, las 08h50, dictado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, por medio del cual se conceden los recursos de casación interpuestos por los procesados Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola.
- Sorteo de fechas 22 de diciembre de 2017 y 08 de marzo de 2018, esta última, en virtud del dispuesto en la Resolución N° 02-2018, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, referente a la renovación parcial de sus miembros, realizado dentro de la causa penal No. 08282-2015-01344, 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 quedó radicada la competencia en éste Tribunal de Casación.
- Audiencia oral, reservada y contradictoria de sustentación de los recursos de casación, en la que fueron escuchados: El doctor Edwin Vinicio Romero, abogado defensor del procesado Julio Javier Núñez Núñez; el doctor Paúl Guerrero, Defensor Público y abogado del procesado Freddy Marcelino Mendoza Ordinola; y, al doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado.

1.3.1. Fundamentación del recurso por parte del Doctor Edwin Vinicio Romero, en representación del recurrente Julio Javier Núñez Núñez:

a) La sentencia atacada es la emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de fecha miércoles 4 de octubre del 2017, las 12h48, dentro del juicio número 07281-2014-0202, en la que condenan al señor Julio Javier Núñez Núñez por considerar que adecuó su conducta en calidad de autor al delito tipificado y sancionado en el artículo 158 del Código Penal vigente a la época del cometimiento de la infracción y por principio de favorabilidad, aplican la ley más benigna (artículo 346 del COIP).

b) Interpone su recurso de casación por existir una indebida aplicación del artículo 76.7.i)

de la Constitución de la República del Ecuador; la sentencia atacada solo realiza una transcripción de la sentencia del Juez a-quo, debiendo tomar en cuenta que, conforme consta en el segundo párrafo, el Tribunal ad-quem le atribuye al ciudadano Julio Javier Núñez Núñez, como sujeto activo del tipo penal de paralización de un servicio público, tipificado y sancionado por el artículo 346 el COIP, es decir, aplica una norma posterior, y al realizar el estudio analítico del mencionado tipo penal, mencionan que tal infracción será sancionado con una pena de 1 a 3 años, y ésa es la norma que sanciona los actos realizados por los recurrentes, sin embargo, a la fecha se encontraba vigente el Código Penal Ecuatoriano y se tenía que realizar una valoración del artículo 158 de la misma normativa. Determinan que los actos realizados por Julio Javier Núñez Núñez y Fredy Mendoza se encuentran probados con total certeza y se habla de tres verbos rectores: impedir, entorpecer y paralizar el servicio público, pero el artículo 158 del Código Penal derogado, determina que para la configuración del delito de Sabotaje, es indispensable que cumplan con dos condiciones: la destrucción, el deterioro, la inutilización, la interrupción, o la paralización de los servicios públicos o privados o de procesos de producción, y la segunda condición es el producir la alarma colectiva, es decir que no solamente interesa la conducta encajada en la tipificación de la norma sino la intención del sujeto activo del delito de ocasionar daño y la alarma colectiva.

c) La indebida aplicación del artículo 158 del Código Penal derogado, habla de producir alarma colectiva y de la misma manera, analizando el Código Orgánico Integral Penal en su normativa pertinente no menciona nada sobre alarma colectiva, ya que no se analizan los elementos objetivos del tipo penal. En conclusión, en la sentencia atacada, no se realiza una valoración del tipo penal sobre los verbos rectores del 158 del Código Penal y del 346 del Código Orgánico Integral Penal.

Por cuanto se ha incumplido los preceptos contenidos en la Constitución de la República del Ecuador, esto es que toda sentencia debe contener un razonamiento, una lógica y comprensibilidad, se solicita que se case la sentencia.

1.3.2 Fundamentación del recurso por parte del Doctor Paúl Guerrero Defensor Público, en representación del recurrente Fredy Mendoza Ordinola:

a) Ha interpuesto recurso de casación de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, porque existe una indebida aplicación del artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal, cuando la norma correcta era la del artículo 619.2 del mismo cuerpo legal, en concordancia con el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, esto por cuanto, para sentenciar a su defendido, simplemente realizan un análisis general de los supuestos hechos cometidos, así en el considerando séptimo de la sentencia, los jueces de la Corte Provincial de El Oro, manifiestan que los actos realizados por el señor Fredy Mendoza Ordinola, alteraron la paz de forma general, que se deja probada su participación con las pericias técnicas y la prueba testimonial, responsabilizándole de la paralización del destacamento de la Policía Nacional y del puente de aguas verdes, pero no se manifiesta que dicha paralización lo realizó el señor Fredy Mendoza, puesto que solamente se encontraba en el lugar de los hechos más no realizando ningún tipo de delito, puesto que no se pudo comprobar. Además se sostiene que se paralizó el puente internacional, lo cual es incorrecto, esto porque por versión de un Teniente de la Policía del Perú, se determinó que por disposición del presidente del Perú, Alan Garcia, se ordenó que de forma adecuada y ordenada regresen todos los ciudadanos del Perú a su país.

b) Que en la sentencia se establece que se encontraban varias personas con uniformes policiales, pero no se individualiza a las mismas, pero los señores jueces subsumen el delito a los hechos de ese día y la participación de su defendido, realizando un análisis sesgado, no se indica cómo impidió, entorpeció o paralizó el normal desenvolvimiento o prestación de un servicio público, además no se ha de demostrado cómo se resistió violentamente al restablecimiento del mismo.

Concluye solicitando que se case la sentencia por ser injusta y se ratifique el estado de inocencia del recurrente.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.3.2. Contestación por parte del doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado.

a) Que los hechos son los realizados el 30 de septiembre del 2010, cometidos en horas de la mañana principalmente en la parte interior y exterior del comando de la policía de Huaquillas, así como en el puente internacional de Huaquillas, con actos conforme lo ha establecido el juzgador de instancia, y como resultado de estos actos, se produce una paralización de servicios públicos.

b) Respecto al recurso de casación planteado por el señor Julio Núñez Núñez, quien considera que existe indebida aplicación del artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal y que debía ser aplicado el artículo 158 del Código Penal vigente a la época del cometimiento de los actos, conforme la alegación, estima que el juzgador de instancia aplicó por principio de favorabilidad, dispuesta en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República, la menos rigurosa, dando un beneficio al procesado Julio Núñez Núñez porque la pena en el Código Penal, era de 8 a 12 años de reclusión mayor ordinaria, en tanto que en el artículo 346 en el Código Orgánico Integral Penal, es de 1 a 3 años de privación de libertad. Se ha indicado que el verbo rector que es la alarma pública, también contenida en la norma del COIP, y al ser el procesado un miembro policial, sus actos paralizaron un servicio público como la transportación o movilidad de personas y de vehículos. Que se ha hecho hincapié el artículo 76.7.1) de la Constitución referente a la motivación, pero a criterio de Fiscalía, la sentencia se encuentra debidamente motivada y reúne los parámetros de motivación, de ahí que, la alegación por falta de motivación necesita que se exprese de forma lógica dónde consta el yerro en la sentencia y no solo en forma general, por tales consideraciones se solicita que se rechace el recurso de casación.

c) En relación al recurso presentado por Freddy Marcelino Mendoza, ha determinado que interpone su recurso al considerar que existe una indebida aplicación del artículo 346 del COIP y que la norma correcta a aplicar es la contenida en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador en la que se presume el estado de inocencia, de ahí que fiscalía estima que del análisis que realizó la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en el cual toma en cuenta en forma global todas las pruebas, llegando a establecer la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del señor Fredy Mendoza; por tanto no se ha vulnerado dicha normativa, de ahí que, no procede revalorización de prueba conforme lo señala el recurrente, en ese sentido solicita que el recurso sea rechazado por improcedente.

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 lo determinado por el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; y, artículo 186 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional; doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional Ponente.

2.2 Validez Procesal.

El presente recurso de casación se ha tramitado en observancia a los artículos 75 y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y del trámite propio del presente recurso; en consecuencia, al no existir vicios de procedimiento, ni omisión de solemnidades sustanciales, este Tribunal declara la validez de lo actuado.

2.3 Sobre el recurso de casación.

El recurso de casación constituye una manifestación del derecho a recurrir de los fallos, 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 contenida 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."

Este medio de impugnación 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, así, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, contempla las causales por las que procede el recurso de casación, esto es, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, fuera de las cuales su consecuencia es la declaración del recurso como improcedente.

Coherente con lo expuesto, Orlando Rodríguez, afirma "*La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas*"[1]; en tanto que, Gilberto Martínez Raye, 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 relación a las causales determinadas, 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.

Para analizar el recurso de casación, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ha 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].

En virtud de aquello, quien recurre debe realizar una correcta fundamentación, para que el Tribunal de Casación cuente con los medios claros y suficientes para casar una sentencia con base a los argumentos expuestos.

2.4 Sobre la impugnación esgrimida por los recurrentes:

El doctor Edwin Vinicio Romero, abogado del recurrente Julio Javier Núñez Núñez, así corno el doctor Paúl Guerrero, Defensor Público y abogado del recurrente Fredy Mendoza Ordinola, expresaron la existencia de la transgresión de la ley, mediante una indebida aplicación de la misma, así, el primero de los prenombrados profesionales, considera que se aplicó indebidamente la norma del artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal, siendo la disposición correcta a aplicarse la determinada en el artículo 158 del Código Penal, vigente a la fecha de los acontecimientos, además que existe una indebida aplicación del artículo 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, considerando que los elementos del tipo penal definitivos en el artículo *158* del Código Penal, no se reproducen en el artículo 346 del COIP, esto es, producir la alarma colectiva, corno elemento objetivo del tipo penal.

En tanto que, la defensa del procesado Fredy Mendoza Ordinola, ha manifestado, en casi un similar argumento, una indebida aplicación de la disposición contenida en el artículo 346 del Código

[1] Rodríguez Ch. Orlando. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.
[2] Gilberto Martínez Rave. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 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.

Orgánico Integral Penal y la norma debida que debía ser aplicada es la del artículo 619, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 76.2 de la Constitución del Ecuador, considerando que los yerros se visualizan en el considerando séptimo de la sentencia impugnada, donde se realiza un análisis del tipo penal, sin determinar la alteración de la paz, y del cual, el recurrente Fredy Mendoza Ordinola haya realizado una paralización del cuartel o del puente internacional de Huaquillas.

De lo antes expuesto, es necesario, en primer lugar, determinar el alcance de la causal de casación de indebida aplicación, invocada por los recurrentes en sus intervenciones, así, ésta tiene lugar cuando se utiliza una norma legal que de manera errónea ha determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta aplicada; su convergencia radica en que, el hecho fáctico, tras la valoración probatoria, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene. En palabras del autor Heliodoro Fierro Méndez respecto del presupuesto invocado refiere que: *"El despropósito se ofrece en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados en el precepto, al no coincidir los sucesos procesalmente reconocidos con las hipótesis que lo condicionan"*[4].

Bajo ese contexto, los recurrentes al haber realizado sus alegaciones, han considerado la existencia de una violación de la ley, por indebida aplicación, sin embargo el fundamento plasmado se aparta de la rigurosidad que conlleva recurrir vía casación, toda vez que, al invocar este tipo de modalidad de yerro de derecho en la sentencia, debían demostrarse que en efecto, el Tribunal de alzada, realizó una falsa adecuación de los hechos probados a los preceptos contenidos en las normas jurídicas alegadas como vulneradas, mediante un fundamento por cada una de ellas, exhibiendo la parte específica de la sentencia en la que se vislumbra cada error, y su influencia en la decisión de la causa, situación que en el caso concreto han omitido los recurrentes.

Así, de la fundamentación realizada por el recurrente Julio Javier Núñez Núñez, a través de su defensa técnica, considera la existencia de una indebida aplicación del artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal y del artículo 76.7.i)[5] de la Constitución de la República del Ecuador, empero, su argumento simplemente versó en que la sentencia atacada, realiza una transcripción de la sentencia del Juez a-quo, sin determinar, según su criterio, cuál es el alcance de la norma legal y Constitucional y su aplicación incorrecta al caso en concreto; de igual forma, la alegación en torno a que no se debió aplicar el artículo 346 el COIP, por ser norma posterior, no contó con un sustento que conlleve a decretar una posible violación de la ley, evidenciándose claramente que el fundamento presentado por el impugnante, en nada justificó su impugnación conforme la causal de casación escogida para el efecto, alejándose de la exigencia que conlleva recurrir por esta vía extraordinaria. A pesar de lo señalado, este Tribunal al verificar la sentencia impugnada, de la misma se desprende que, conforme el análisis efectuado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, versa de cierta medida, sobre los elementos constitutivos del tipo penal determinados en el artículo 158 del Código Penal, aplicable a la causa, concluyendo que dicha conducta sigue siendo sancionada por el artículo 346 del COIP, de ahí su aplicación en torno a la penalidad de la infracción, en atención al principio de favorabilidad determinada tanto en la Constitución como en la normativa penal ecuatoriana, como bien ha razonado la Sala Penal, en su sentencia, desarrollando este criterio a partir de su considerando siete punto once (7.11), consecuentemente resulta en la improcedencia de su impugnación, por falta de fundamentación.

Por otro lado, como hemos referido, el recurrente Fredy Mendoza Ordinola, a través de su defensa técnica, en torno a justificar su recurso, señaló una indebida aplicación del artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal, considerando que la norma correcta que debía aplicarse es la determinada en el artículo 619.2 del mismo cuerpo legal, en concordancia con el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, bajo un argumento que conllevó a instaurar que los jueces de la Corte Provincial de El Oro, consideraron que

[4] Heliodoro Fiero Méndez. Casación y Revisión Penal. Segunda Edición. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. p. 244.

[5] 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: (...)i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

los actos realizados el día de los hechos, alteraron la paz del Estado, responsabilizando a su defendido de dicha paralización, específicamente del destacamento de la Policía Nacional y del puente de Aguas Verdes, pero que tal circunstancia no ha sido probada.

Refiriéndonos a la norma Constitucional alegada por el recurrente como inaplicada al caso concreto, es necesario señalar que, el Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos, como garantías constitucionales al debido proceso, el artículo 76, numeral 2 de la Constitución de la República, instituye que por el derecho a la presunción de inocencia, toda persona debe ser tratada como tal, antes y durante la tramitación del proceso, siendo mediante sentencia ejecutoriada o en firme que se puede determinar si la persona procesada mantiene o no ese estado, por el contrario, se la declara culpable; es decir, mientras ello no ocurra, es inocente, en ese sentido, el recurrente, conforme su fundamentación, no ha justificado cómo la Sala de Apelación, ha vulnerado la referida norma constitucional, en consecuencia, su recurso de casación deviene en improcedente por falta de fundamentación.

2.5. Ahora bien, el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Tribunal de Casación, realizar acciones de casación de oficio, para de tal manera corregir aquellos errores detectados en la sentencia de segunda instancia y que el impugnante o impugnantes omitieron por su fundamento equivocado; es así que, en el caso que nos ocupa, de la lectura del fallo objetado, a partir del considerando "Séptimo", se desprenden las siguientes apreciaciones:

> *"(...) Conforme dispone el artículo 346 del COIP, que refiere: "La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público", el sujeto activo de la infracción no necesariamente tienen que ser calificado o cumplir una función específica, sin embargo en razón de ser los acusado miembros de la Policía Nacional, que pertenecían al Grupo "ALCON II" y que laboraban en el Cantón Huaquillas provincia de El Oro, frontera con el vecino país de Perú, se ha dejado probado con las pericias técnicas y prueba testimonial que los ciudadanos JULIO JAVIER NUÑEZ NUÑEZ y FREDDY MARCELINO MENDOZA ORDINOLA, han participado en actos conducentes a la paralización de servicios públicos en el Cantón Huaquillas, esto es, en la entrada del Comando de Policía como también en el puente internacional, afectando el normal funcionamiento de la ciudad, actos que lo realizaron en la mañana del 30 de septiembre del año 2010. Siendo por tanto menester anotar lo que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 158 dice: "Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos. (...).". Pese a esta máxima constitucional se ha establecido como hecho probado que JULIO JAVIER NUÑEZ NUÑEZ y FREDDY MARCELINO MENDOZA ORDINOLA, miembros de la institución policial y que eran parte del Grupo "ALCON II" han participado en actos conducentes a la paralización de servicios públicos en el Cantón Huaquillas, esto es, en la quema de llantas a la entrada del Comando de Policía como también en la toma simbólica del puente internacional que une con el país del Perú, hechos que fueron presenciados por la ciudadanía y también cubiertos por los medios de comunicación que difundieron a través de los medios de comunicación a nivel nacional de lo sucedido la mañana del 30 de septiembre del año 2010(...)".*

Conforme lo transcrito de la sentencia recurrida, el tribunal de apelación, ha considerado que los procesados Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola, al ser miembros de la institución., policial y parte del Grupo "ALCON II", participaron en los actos conducentes a la paralización de servicios públicos en el Cantón Huaquillas, con quema de llantas a la entrada del Comando de Policía, así también en la toma simbólica del puente internacional que une el Ecuador con el Perú, y que tal hecho afectó el normal desenvolvimiento en el cantón Huaquillas y en el país, de lo cual, para llegar a dicha conclusión, el tribunal *ad-quem,* ha estimado:

"(...)Pues, no solo se cuenta con prueba testimonial respecto a la paralización de los servicios públicos por parte de JULIO JAVIER NÚÑEZ NÚÑEZ y FREDDY MARCELINO MENDOZA ORDINOLA, miembros de la institución policial y que eran parte del Grupo "ALCON II", sino con la pericia técnicas que obran del proceso y que han sido acreditados por parte de quienes suscribe el informe, en el caso del testimonio de Nelson Ramón Ronquillo Vargas, perito acreditado, indica haber realizado la explitación de la información constante en un CD que le fuere entregado, y en mismo realizó la experticia de audio y video, realizando una secuencia de imágenes y transcripción del audio, y en una de las partes se puede apreciar un rotulo que se lee "bienvenidos al Perú" allí ***se encuentran aglomerados varias personas tanto de género femenino y masculino portando uniformes de similares características***

a los portados por la policía Nacional del Ecuador, *también se encuentra un vehículo tipo cuadrón, color blanco, estas personas en la parte anterior como posterior del chaleco la palabra "Policía", en el audio se escucha una voz masculina que grita "viva el paro" esto se corrobora con el testimonio de Milton Robinson Jiménez Cueva , quien realiza el cotejamiento físico de imágenes obrantes en un CD con las fotografías tomadas a Herrera Sergio, Mendoza Ordinola Freddy, Mina Rojas Miguel Angel, Naranjo Henry Nelson, Núñez Núñez Julio Javier, Patiño Gusman Franquin, Quintanilla Bonilla Edeer Josue, Sarmiento Sandoval Richard Alberto, Sánchez Gaybor Cristhian Fabian, Valencia Méndez Jorge Iván y Zapata Villares Angel Lautaro, con quienes se realizó el cotejamiento fisonómico con las foto grafías editadas, sobre todo se determina que las fotografías que de una manera libre y voluntaria fueron tomadas a JULIO JAVIER NÚÑEZ NÚÑEZ y FREDDY MARCELINO MENDOZA ORDINOLA, tiene características similares con las que constan el CD sobre el cual realizo la pericia técnica(...)"* **(sic).** (Lo resaltado fuera del texto)

En este orden de ideas, conforme la precisión del tribunal ad-quem, es evidente que se ha demostrado conforme a derecho una paralización de servicios públicos, suscitado el 30 de septiembre de 2010, sin embargo, del propio análisis y transcripción que realiza la Sala, respecto a la prueba presentada en la audiencia de juicio, se aprecia lo siguiente:

> *"(...)En el presente caso conforme obra del proceso y de lo manifestado en audiencia de juicio al momento que rinde testimonio Angel Lautaro Zapata Villares quien en la parte pertinente indica: El 30 de septiembre del 2010 nosotros estuvimos en la ciudad de Huaquillas, (...), posterior a mis espaldas habían un poco de policías que estaban vestidos de camuflaje, camuflaje se utilizaba por el personal que se lo denominaba el grupo Halcón, ellos realizaban actividades en patrulleros y motos, (...), este grupo de compañeros policías estaban alterados y es visible ver que se escuchaban las voces de protestas, y yo me dirigí hacia ellos y les dije que aquí las cosas están normal y tienen que ir a trabajar, en ese instante tomaron una actitud bastante beligerante hacia mí, es así, que el encargado del personal que era un suboficial de apellido Sergio Herrera me parece, el me trato de mediar y evidentemente indiqué que los tiene que controlar y disponer que se evite me falten el respeto, (...), todos salieron a trabajar, pero el grupo de motociclistas, recuerdo entre ellos el de camuflaje tomaron otra actitud, desobedecieron las ordenes y lo único que observe es que salieron del cuartel, luego de esto paso el tiempo, se decretó crisis (...), inmediatamente parte de mis funciones corno comandante realice un comunicado correspondiente manifestándole a través de un telegrama al comandante provincial de que la situación había sido superada y que a eso de las 11 de la mañana en la ciudad el servicio de policía estaba totalmente reestablecido, que las cosas se dieron por los grupos de policías que fueron persuadidos por lo que se hablo fue lo que genero este incidente, pero luego todo volvió a la calma, (...) ya para el medio día nosotros ya con más tranquilidad alguien me comunico que aquellos que habían salido del cuartel de forma violenta habían ido al puente internacional y luego habían regresado al cetro de la ciudad, lo que si pude ver obviamente al siguiente día una fotografía en el puente internacional se los ve ahí específicamente al grupo de camuflaje que están ahí, (...). El grupo Halcón tiene como movilización vehículo, pero no lo utilizaron, (...) algunos del grupo Halcón, como de los motociclistas salen abruptamente del cuartel, estaban Nuez y Mendoza entre el grupo que salió, los logramos implicarlos cuando dispuse nuevamente la formación y evidentemente no estaban ni los motociclistas, ni los compañeros que aparecieron en la fotografía del siguiente día en el puente, (...). En tanto que al momento que rinde el Testimonio Jorge Iván Valencia Méndez (Policía), en lo principal manifestó.- Preste servicios en la Provincia de El Oro, (...), estuve el 30 de septiembre del 2010 en Huaquillas, yo estaba en un grupo de reacción denominado Halcón 2, como auxiliar tenía que colaborar al Jefe de patrulla en cualquier disposición, ese día me encontraba de servicio donde al momento nos habían indicado al grupo de reacción que avanzáramos a las 8 de la mañana al cuartel, formamos para salir con el detenido, luego con el fuimos a la unidad judicial y luego regresamos aproximadamente a las 10h00, nosotros estábamos como grupo de apoyo donde luego de haber ingresado con el detenido estábamos para prestar a cualquier compañero la colaboración, (...), y nosotros no sabíamos aun lo que se estaba dando en la ciudad de Quito, nosotros acudimos a la Unidad Judicial para que se dé inicio a la audiencia, la misma que se suspendió por lo que estaba sucediendo (...), estaba el cabo Mina Rojas que era conductor, el sargento Núñez que estaba como jefe de patrulla, el compañero Mendoza y mi persona que estábamos como auxiliar, al momento en que salimos no sucedía nada en el cuartel, salimos aproximadamente 07h45,*

hora que iba a ser la audiencia, al momento que ingresamos al cuartel pude observar algunos compañeros que estaban en la prevención viendo TV observando lo que suscitaba en las demás provincias, una vez que regresamos, el detenido quedo en la CDP, mi mayor Ángel Zapata nos ordenó formar de inmediato para salir nuevamente a cumplir con nuestras labores, (...).

Al rendir su testimonio la ciudadana Carmen Piedad Castro Ávila (Periodista), en lo principal manifestó.- Estuve en Huaquillas el 30 de septiembre del 2010, (...), yo soy corresponsal del diario El Nacional en el cantón Huaquillas, (...), yo estaba casi por el Municipio cuando pasaron los Policías en un cuadrón investigando, creo que eran como unos tres, eran como las 8 de la mañana, de ahí me fui al puente internacional donde pude observar a los uniformados agrupados en la mitad del puente, y ahí se habían mezclado ciudadanos civiles ecuatorianos, peruanos, a ver de qué se trataba la novedad y ellos se habían tomado el puente simbólicamente, me refiero a la Policía de Ecuador, yo solamente los vi que estaban ahí parados, por esa razón no podían pasar los transeúntes, yo solamente tome la foto para el periódico y luego me traslade hasta el cuartel de la policía para saber si podía entrevistar a alguien(...)los policías estaban agrupados en la garita, estaban observando un TV informándose (...), en el reportaje esta la fotografía del Banco de Machala con las puertas cerradas, la cooperativa Santa Rosa también, yo no escuche ningún tipo de proclama, eran como las 8h30 am, después el alcalde llamo a la tranquilidad pues las personas tenían miedo por los robos, y de ahí en horas de la tarde indico que se calmen porque todo estaba normal, (...).

Tenemos el testimonio de Washington Ricardo Paredes Vilela (Perito), en lo principal manifestó.- (...), realice el reconocimiento del lugar de los hechos, de acuerdo al delito que constaba contra la seguridad del Estado, esto fue hecho el 8 de febrero del año 2012, la primera escena es la del Comando Provincial de Huaquillas que se ubica en la Av. Republica Costa Rica y la Hualtaco, donde se decía que presuntamente se habían suscitado ciertos hechos, y la segunda escena fue siguiendo la Av. Republica hasta más o menos el puente que da con la calle Arenillas, esos son los dos lugares que se reconoció, (...), solamente reconocí el lugar, existen los lugares, la escena fue previo al puente internacional. (...).

Tenemos el testimonio de Nelson Ramón Ronquillo Vargas quien indica: Laboro en la Unidad de Apoyo Criminalística de El Oro, soy perito (...), se procedió a realizar una secuencia de imágenes y transcripción de audio, según la secuencia de imágenes se puede apreciar un lugar abierto en donde la cámara de video enfoca hacia un inmueble de color blanco con franjas de color azul y plomo, así mismo enfoca el ingreso a una puerta de mallas de alambre, en el lugar existe algunas personas de género masculino, los mismos que portan uniformes de similares características a la Policía Nacional del Ecuador, (...), en una de las partes se puede apreciar un rotulo que se lee Bienvenidos al Perú, ahí se encuentra aglomeradas varias personas tanto de género femenino como masculino portando uniformes de similares características a los portados por la Policía Nacional del Ecuador, se encuentra un vehículo tipo cuadrón de color blanco, (...), luego se retiran del lugar en dicho cuadrón, el video enfoca nuevamente al lugar como prevención, se entrevista a una persona de género masculino en donde se realiza a transcripción de audio, se enfoca a una persona de género masculino que porta uniforme de similares características al portado por la Policía Nacional del Ecuador, se encuentra esta persona junto a un objeto de similares características a una llanta, que está encendida, existen varias personas que se encuentran alrededor de esta llanta utilizando uniforme de similares características al portado por la Policía Nacional del Ecuador, (...), respecto al audio teniendo en cuenta en la transcripción intervienen 32 personas, a comienzo se puede escuchar a una persona de género masculino que indica viva el paro, y varias personas contestan viva el paro, fue lo más relevante, que se pudo transcribir, en relación a la secuencia de imágenes, según la cámara de video únicamente no enfoca exactamente qué persona es la que manifiesta viva el paro, no se puede distinguir que persona lo indica, en el lugar donde se lee Bienvenidos al Perú, donde están personas vistiendo uniforme de similares características al portado por la Policía Nacional del Ecuador, en ese lugar también se escucha viva el paro, (...).

Consta el testimonio de Sergio Herrera Yánez quien indica: Preste servicios en la ciudad de Huaquillas, en septiembre del 2010 yo trabajaba en comunicaciones, al 30 de septiembre era suboficial primero, al momento de hacer formar yo pasaba lista, y se daba parte al jefe superior, yo era el custodio del armamento, (...), para el 30 de septiembre en la mañana mi Mayor Ángel Zapata distribuyo al personal a los servicios, (...), luego el personal de servicio urbano salió a cumplir sus funciones e inmediatamente yo me regrese a entregar el armamento que faltaba y recibir al personal

que iba a salir franco, eso sería más o menos 8 de la mañana, posterior salí a la parte posterior del cuartel a desayunar, cuando regrese pude observar al personal que escuchaba noticias en la prevención, sin ninguna novedad, regrese a mi lugar de trabajo(...), luego más o menos a las 09h20 salgo con dirección a la prevención, (...)en ese momento pude ver que una llanta se encontraba prendida a unos 20 o 25 metros en la prevención, y a lado de esa llanta había un grupo de policías, mi mayor Zapata indico que voten esa llanta, de ese grupo se escuchó un susurro faltándole el respeto a mi mayor Zapata, yo reaccione enseguida y lo tome del brazo a mi mayor y le dije que no se deje faltar el respeto, les dije a ese grupo que les pasa, mi mayor reacciono diciéndome que haga formar a todo el personal, (...), todo se normalizo, en el momento en que estaba la llanta prendida en ese grupo mi mirada se centró en el policía Julio Núñez que estaba parado cerca la llanta con el señor policía Mendoza, una vez formado el personal se da lectura a la orden y se da los servicios, 07h30 es la hora normal en que formamos (...), y de ahí todos se retiraron a su servicio, se encontraba el grupo Halcón 2, después de la formación desconozco lo que hicieron, estaba vestidos de camuflaje, vi en el grupo a los policías Núñez y Mendoza, ellos estuvieron parados cerca de la llanta que se encontraba prendida, la llanta estaba en el interior del comando, yo no he escuchado que alguna persona haya indicado deparo o algo de eso, cuando mi mayor hizo formar nuevamente al personal todo volvió a la normalidad, cada uno tenía ya sus servicios y funciones específicas, en la segunda formación se aglomeraron en círculo a escuchar lo que decía mi mayor, si se encontraba el señor Núñez y el señor Mendoza. (...).

Consta el testimonio de Ever Josué Quintanilla Boniila (Policía), en lo principal manifestó.- El 30 de septiembre del 2010, me encontraba laborando en Huaquillas como cabo segundo, (...), ciertos compañeros estaban que reclamaban en la parte de la prevención, hubo una quema de llantas pero por la función en que me encontraba no me percate quien la había prendido, tenía yo que estar pendiente de los detenidos, no recuerdo si hubo algún traslado de detenido esa mañana del 30S pero debe estar registrado en el libro, la quema de llanta fue en la parte interior del cuartel, a unos 20 o 25 metros de la prevención, después ya la apagaron, eran como las nueve de la mañana más o menos, un rato llego por ahí el señor mayor Riofrio, el comandante Zapata mando a formar para indicar ciertas cosas y disponer que el personal siga laborando normalmente y cumplan las labores que correspondían, (...), ciertos compañeros de pronto incitaban a ciertas actividades que realicen algunos compañeros, en Huaquillas no se escuchó, no era paralización, era como solicitando apoyo por lo de Quito, (...), en la parte interior de la prevención, al grupo halcón se encontraban unos 6 a 8 compañeros entre los cuales se encontraban el señor Núñez y el señor Mendoza, así como también ciertos motorizados. (...). Habían más compañeros y yo más me dedique a estar más pendiente en lo que podía pasar con los presos, (...).

Consta el testimonio de Mario Rolando Rosero Noboa, en lo principal manifestó.- Al 30 de septiembre del 2010, me encontraba de servicio en Huaquillas en el casco comercial, en aquel entonces era cabo segundo, (...), ese día yo me encontraba de servicio en el puente internacional, salí a trabajar a las siete y media después de la formación, y no recuerdo la hora si fue a las 9 de la mañana por la central de radio nos indicaron que ingresemos todas las unidades al comando de Huaquillas, en ese entonces mi Mayor Ángel Zapata nos hizo formar y nos indicó que trabajaremos con normalidad para evitar conflictos y problemas en la ciudad, salimos y nos fuimos a indicar a todos los señores cambistas que tuvieron precaución por lo que estaba pasando en Quito, luego yo me fui a mi puesto de servicio que era en el puente internacional, no recuerdo la hora, mi Mayor Zapata me dispuso a mí que avance de custodia a una audiencia que se daba por delitos aduaneros en la fiscalía, y me fui con el detenido, (...), al puente llegaron algunos compañeros con uniforme camuflaje y otros con el uniforme caqui, estuvieron aproximadamente unos 5 u 8 minutos, no fue mucho tiempo. (...).

Testimonio de Juan Manuel Macas Ortiz (Policía), en lo principal manifestó.- Trabajo en la Unidad de apoyo Criminalístico de la provincia de El Oro, (exhibe documento) (...)como objeto de pericia que se realice la transcripción de audio y video de un archivo, determinar en sí si existen servidores policiales participando en hechos que se asimilen a una protesta, (...)se me entrego el dispositivo de almacenamiento, un cd, (...), se realizó la transcripción de las emisiones lingüísticas por parte de las personas que se encuentran grabadas en dichos archivos, de igual manera en las imágenes fotográficas se procedió a la respectiva transcripción de los títulos y subtítulos de los respectivos medios de comunicación, se puede apreciar en el video varias personas de género masculino que visten uniformes de similares características

al portado por la Policía Nacional del Ecuador, los cuales se encuentran aglomerados en cierto lugar en un ambiente abierto, realizando varios movimientos entre sí, se puede apreciar quema de llantas en la vía pública y varios carteles utilizados por dichas personas, nombres de personas no se pudo constatar, no se realizó identificación, los archivos que constaban en el cd se encontraban en normal funcionamiento a la hora de su reproducción en computadora. (...). El video es tomado de algún medio de comunicación.

Testimonio de Milton Robinson Jiménez Cueva (Policía), en lo principal manifestó.- Laboro en el área de Criminalística, (exhibe documento) consta mi firma, se nos envía oficio de Fiscalía General solicitando identificación de cotejamiento físico de imágenes obrantes en un cd con las fotográficas tomadas a Herrera Sergio Evaristo, Mendoza Ordinola Freddy, Mina Rojas Miguel Ángel, Naranja Henry Nelson, Núñez Núñez Julio Javier, Patiño Guzmán Franklin Armei, Quintanilla Bonilla Ever Josué, Samaniego Sandoval Ricardo Alberto, Sánchez Gaibor Cristina Fabricio, Valencia Méndez Jorge Iván y Zapata Villares Ángel Lautaro, (...)procedimos a capturar las imágenes más claras y fehacientes para realizar el cotejo fisiológico, (...), una vez que se obtiene los elementos se los asigna como dubitados, para posterior realizar el peritaje con los elementos obtenidos como lo son las fotografías realizadas en el departamento de Criminalística, que de forma libre y voluntaria el señor Mendoza Ordinola Freddy Marcelino, Núñez Núñez Julio Javier, luego se procede a realizar el cotejo fisionómico entre la fotografía dubitada No. 1 con la indubitada No. 1 del señor Mendoza Freddy, se procede a hacer los análisis y estudios, de acuerdo al estudio mantienen semejanzas y características similares al señor Mendoza Ordinalo Freddy Marcelino; de la misma forma la fotografía dubitada 3 y 4 obtenida de la secuencia de imágenes del cd objeto de pericia se cotejo con la fotografía del señor Núñez Javier, en la cual al hacer la comparación los dos imágenes dubitadas con las indubitadas presentas características similares y semejanzas, la conclusión es que las imágenes dubitadas 1 y 2 con las fotografías indubitadas 1 y 2 presentan características similares, así como semejanzas, y de las imágenes 3 y 4 con las fotografías indubitadas 3 y 4 también presentan características similares y semejanzas. (...), yo cumplo una disposición del señor fiscal que se me emite que se identifique al señor Núñez Núñez Julio Javier, yo no puedo asegurar que sea la misma persona, pero sí que constan las similares características existen otros medios de los cuales cuenta Fiscalía para la realización de esta pericia como son certificados biométricos, fotografías del sistema SIIPNE y diferentes archivos policiales que nosotros tenemos, fue imprescindible la colaboración del señor Núñez, (...), de la fotografía 5 a las 18 no se pudo determinar quiénes son las personas que aparecen. (...), yo indique anteriormente que solo se pudo identificar a los dos señores, en el informe se indica que no se pudo cotejar por no tener suficiente campo de estudio en el 13.5 consta, 30 de septiembre del 2014, es la fecha en que se realizó el informe. (…).

Dentro de la prueba presentada por el procesado Julio Javier Núñez Núñez, consta el testimonio de Sara Ortiz Ochoa, en lo principal manifiesta que: El día 30 de septiembre del 2010, se encontraba en la mañana en su casa (...), desde ahí hasta el comando hay como 3 cuadras, el personal de la Policía si estaba laborando normalmente, que tiene su negocio al lado del comando, que lo abre a las tres de la tarde, que se enteró de las noticas de Quito pero en Huaquillas todo estaba tranquilo. (...).

Testimonio de Cesar Augusto Vallejo Zabala, en lo principal manifestó.- En la Av. La República, entre 19 de octubre es donde tengo mi negocio, a unos 300 a 400 metros del comando, yo estuve en mi negocio la mañana del 30 de septiembre del 2010, alrededor de mi local existe más negocios, estuvimos trabajando con total normalidad. (...).

En tanto que el testimonio de Testimonio de Miriam Fabiola Ramírez Villalta, en lo principal manifestó.- De mi domicilio al comando hay unas cinco cuadras, tengo un laboratorio ubicado en las calles Av. La Republica y Hualtaco, de ahí al comando hay una inedia cuadra, la mañana del 30 de septiembre estuve laborando en el laboratorio, iba gente que iba y venía, me dio mucho miedo, tengo cosas costosas en el laboratorio, cerré la puerta enrollable, es poco común que circule gente por ahí, (...)". **(sic)**

Partiendo de que, la Constitución de la República del Ecuador, consagra en su artículo 82, el derecho a la seguridad jurídica, el cual se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, derecho que garantiza a las personas que toda actuación pública se realizará acorde a la Constitución y a una normativa previamente establecida, aplicada adecuadamente por las autoridades competentes, creando un ámbito de confianza y certeza.

Concatenado a este derecho, se encuentra la garantía del debido proceso, así el artículo 76 Ibídem, señala: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes"*. Garantía Constitucional que implanta un límite a las actuaciones de las autoridades administrativas *y* judiciales, evitando la arbitrariedad en sus decisiones.

La Corte Constitucional del Ecuador, en relación a esta disposición constitucional, ha referido: *"Esta disposición constitucional busca establecer un límite a la actuación discrecional de las autoridades públicas, límite que se encuentra dado por las normas y los derechos de las partes a ser aplicadas y garantizadas dentro de un proceso administrativo o judicial en el que se ventila una controversia, en virtud de la cual, se demanda una resolución que tutela de manera adecuada los derechos de las partes en litigio evitando en todo momento la indefensión y respetando el ordenamiento jurídico vigente"*[6].

En alusión a lo manifestado, el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, expone que la finalidad de la prueba, es el establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado; en el mismo sentido, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 453, determina que, la finalidad de la prueba, es llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada; dicho así, la ineficacia o falta probatoria que no permita fijar con plena certeza y convencimiento la materialidad de la infracción o a su vez, sus responsables, conllevaría a que el juzgador ineludiblemente ratifique el estado constitucional de inocencia del o los procesados.

En el caso en examen, las conclusiones a las que ha llegado la Sala de Apelación, se determina que en efecto el día 30 de septiembre de 2010, en el Cantón Huaquillas, se presentaron actos conducentes a la paralización de servicios públicos, esto es, en la entrada del Comando de Policía como también en el puente internacional, sin embargo, la Sala tras un análisis limitado, respecto a la responsabilidad de los procesados, concluye:

> *"(...) En el caso sub examine en base a las pruebas actuadas dentro de la audiencia de juzgamiento, este Tribunal, considera que existe justificado la materialidad de la infracción, en cuanto a la responsabilidad tenemos que indicar que en cuanto al orden interno de conformidad al Art. 158 de la Constitución establece: "(...)", a esto se agrega lo constante en el Art. 4 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional. "(...)"; si consideramos la doctrina podremos indicar que la obediencia se relaciona con la jerarquía y la disciplina (…), por lo tanto este tribunal llega a la conclusión que existe los hechos probados que suscitaron el 30 de septiembre del 2010 en la ciudad de Huaquillas, Provincia de El Oro, hechos que se produjeron con la quema de llantas, lanzamiento de consignas "viva el paro" por parte de uniformados entre los cuales se encontraban los hoy procesados Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola y que fueron identificados al momento de realizar la pericia técnica en al que se procede a realizar el cotejo fisionómico entre la fotografía dubitada No. 1 con la indubitada No. 1 del señor Mendoza Freddy, se procede a hacer los análisis y estudios, de acuerdo al estudio mantienen semejanzas y características similares al señor Mendoza Ordinalo Freddy Marcelino, de la misma forma la fotografía dubitada 3 y 4 obtenida de la secuencia de imágenes del CD objeto de pericia se cotejo con la fotografía del señor Núñez Javier, en la cual al hacer la comparación los dos imágenes dubitadas con las indubitadas presentas características similares y semejanzas, la conclusión es que las imágenes dubitadas 1 y 2 con las fotografías indubitadas 1 y 2 presentan características similares, así como semejanzas, y de las imágenes 3 y 4 con las fotografías indubitadas 3 y 4 también presentan características similares y semejanzas., lo que aparte de no cumplir con sus funciones de prestar seguridad ciudadana, consumándose por lo tanto la paralización de un servicio público al impedir, entorpecer y paralizar la seguridad ciudadana que estaban obligados a dar como miembros policiales (...)"* (sic).

De lo transcrito, sin que este Tribunal de Casación efectúe un nuevo estudio o análisis probatorio, implanta la configuración de un error de derecho en la sentencia recurrida, esto por cuanto, no existe un razonamiento concreto con la que se justifique que los procesados Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola hayan

[6] Corte Constitucional del Ecuador, SENTENCIA N° 020-16-SEP-CC, de 20 de enero de 2016. Casos Nos. 0610-11-EP y 0611-11 EP ACUMULADOS.

adecuado sus conductas a los preceptos jurídicos contemplados en el artículo *158* del Código Penal, vigente a la época del cometimiento de la infracción, lo que implica que, no se efectuó un correcto juicio de tipicidad que conlleve a determinar que los hechos que el tribunal ad-quem dan por probados, se ajustan al tipo penal que sea atribuible a los referidos procesados, conforme el análisis probatorio efectuado por la propia Sala y de lo cual hemos transcrito en líneas anteriores, limitándose a señalar, en la mayor parte de su conclusión, los deberes y obligaciones Constitucionales y legales y de los miembros que conforman la Institución Policial del Ecuador.

Como hemos referido anteriormente, la causal de casación por indebida aplicación de la ley, ésta tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a un determinado caso; hay aquí una norma correcta que se ha dejado de aplicar y una incorrecta aplicada; su convergencia radica en que, el hecho fáctico, tras la valoración probatoria, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene. En palabras del autor Heliodoro Fierro Méndez respecto del presupuesto invocado refiere que: *"El despropósito se ofrece en la falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos contemplados en el precepto, al no coincidir los sucesos procesalmente reconocidos con las hipótesis que lo condicionan"*[7].

Acorde a las reglas generales determinadas en el artículo 304-A, del Código de Procedimiento Penal, respecto a la sentencia, instaura que la misma *"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".*

A partir de esta concepción, se debe destacar que respecto al primer caso, para que el tribunal juzgador dicte una sentencia condenatoria, no solo le es necesario comprobar la existencia de la infracción, sino instituir con certeza, conforme la prueba y su valoración, al o los responsables de aquella infracción con la determinación de su grado de participación[8], de lo contrario la misma norma exige confirmar el estado de inocencia de los procesados.

En conclusión, las acciones determinadas en la sentencia recurrida, no muestra fehacientemente, mediante un análisis concreto probatorio efectuado por la Sala, que la conducta realizada por los procesados Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola, se subsuman al tipo penal acusado, lo que a su vez implica una trasgresión directa a la ley, bajo la modalidad de indebida aplicación del artículo 158 del Código Penal, omitiendo aplicar la norma contenida en el artículo 304-A del Código de Procedimiento 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,** conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara:

a) Improcedente los recursos de casación interpuestos por Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola.
b) Casar de oficio, la sentencia dicta por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, de fecha 04 de octubre de 2017, las 12h48, al verificarse una indebida aplicación del artículo 158 del Código Penal, conforme lo explicado en el presente fallo, en consecuencia, se ratifica el estado constitucional de inocencia de los ciudadanos Julio Javier Núñez Núñez y Freddy Marcelino Mendoza Ordinola, ordenando la cesación de todas las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra en el presente proceso penal 07281-2014-0202.
c) Una vez ejecutoriada la resolución, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL; Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL.

[7] Heliodoro Fiero Méndez. Casación y Revisión Penal. Segunda Edición. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. p. 244.
[8] Ecuador.- Código Penal, Art. 41. Son responsables de las infracciones los autores, los cómplices y los encubridores.

V

Caso Nro. *17721-2016-1110*
Resolución Nro. *1380-2018*
Fecha: *2 de agosto de 2018*

TEMA: Delito: Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. El Tribunal de Casación cambia el criterio determinado en el Precedente Jurisprudencia No. 12-2015, razonando que en los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos constantes en el artículo 220 del COIP, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente dosificada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación fueron: "[...] Que el 15 de noviembre de 2015, a las 18h30 minutos, aproximadamente, miembros de la Policía Nacional que se habían encontrado de servicio en el Control Sur de esta ciudad de Tulcán, hacen parar la marcha de un vehículo tipo automóvil marca Chevrolet, Nova, de placas GCY-0150 en el que viajaban dos personas identificadas con los nombres de: xxx de nacionalidad colombiana y xxx, de nacionalidad ecuatoriana, que al solicitarles un registro personal y del vehículo, en los laterales del automotor observan un excesivo peso razón por la cual los trasladan hasta la Unidad Antinarcóticos del Carchi en donde en presencia del suscrito en calidad de Fiscal, de los hoy procesados y Abogado de la defensa se procede a la apertura de los laterales del automotor encontrando debidamente camuflado sustancia sujeta a fiscalización constituida por base de cocaína con un peso neto de 41.853 gramos y 15.593 gramos de marihuana, razón por la cual se inició un proceso penal en contra de los acusados.[…]" con estos antecedentes, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, de 26 de abril de 2016, las 12h02, en base a las pruebas presentadas, ordenadas, practicadas e insertadas al proceso, llegando al convencimiento más allá de toda duda razonable, declaró la culpabilidad de los ciudadanos xxx y xxx, como autores directos del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; imponiéndoles, a cada uno, la pena privativa de libertad de treinta y cuatro años, ocho meses; y multa de ciento veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia de primer nivel, apelaron los sentenciados, el 21 de junio de 2016, a las 14h08, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, en fallo de mayoría, razonando que con respecto de la existencia de la infracción y responsabilidad de los recurrentes, en el caso en examine, se encuentra comprobada con los acuerdos probatorios celebrado entre el señor Fiscal de la causa y la defensa técnica de los encartados, que fuera presentado ante el Tribunal de Garantías Penales del Carchi, máxime que el mismo no ha sido cuestionado por ninguno de los defensores en la audiencia de fundamentación de recurso de apelación, a mas de quer fueron aprehendidos en

flagrancia, su participación fue directa, por lo tanto tuvieron el control del hecho (teoría del dominio del hecho), su voluntad y conciencia en el acto, desde el momento en que regresaron desde Colombia con sustancias estupefacientes (marihuana: 15.593 gramos peso neto y pasta base de cocaína: 41.853 gramos peso neto), encaletados en los guarda-fangos delanteros de costado derecho e izquierdo del vehículo aprehendido, como quedó demostrado en la auiencia de juicio; y, que sus funciones fueron principales y directas, desechó los recursos interpuestos; y, ratificó la sentencia impugnada; 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

Una vez que se ha identificado en qué casos y cuándo operan, el concurso de infracciones, esto es, ya sea el concurso real [o material] y el ideal [o formal]; abstrayéndonos al proceso en ciernes, en donde, huelga reiterar, al ahora recurrente XXXX quien viajaba en un automotor en compañía del también procesado XXXX, el 15 de noviembre de 2015, al ser registrados por miembros policiales, se les encontró transportando camuflado en los laterales del automotor 41.853 gramos de base de cocaína y 15.593 gramos de marihuana; esto es, dos tipos diferentes de sustancias, las cuales pese a que se encuentran catalogadas de manera distinta y autónoma en la normativa, vale decir, en la" Tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala" empero dada la cantidad se encuentran en el misma escala y el hecho es producto de una misma acción, de todo lo cual se deriva y/o pende la sanción. Es por ello, que para el caso estamos frente a un concurso ideal de infracción; en donde, como señala el artículo 21 del COIP, para efectos de la sanción se debe aplicar la pena de la infracción más grave; lo cual, traducido en el presente caso, en donde, acorde al tipo de sustancia (por un lado cocaína y por otro marihuana), y los gramajes de las mismas, que las ubica en el rango de la gran escala, cuya pena oscila entre un piso de 10 años y un techo de 13 años; en aplicación del concurso ideal, la pena más grave corresponde al umbral de 13 años, y por lo tanto, en principio sería, la pena a aplicar, a la cual, claro está habría que sumar agravantes en el caso de haberla. La resolución del Tribunal de Casación fue la de casar la sentencia recurrida por indebida aplicación de la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia; cuando en su lugar debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 406 ejusdem, con la concurrencia del agravante del artículo 47.5 del mismo cuerpo legal; imponiendo por lo tanto, a los procesados XXXX y XXXX la pena privativa de libertad de 17 años 4 meses.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1110-2016

Juez Ponente: Dr. Edgar Flores Mier

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, jueves 2 de agosto de 2018; las 12h19.-
VISTOS:
1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA
El infrascrito Tribunal de Casación, conformado por el Doctor Edgar Flores Mier, Juez Nacional Ponente; el doctor Marco Rodríguez Ruíz, Juez Nacional; y el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional quien actúa ante excusa del doctor Luís Enríquez Villacrés, es competente para conocer del presente recurso extraordinario de casación, en virtud de lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República (CRE); 141, 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal (COIP) -aplicable al *subjúdice-;* así como también, según lo dispuesto en las Resoluciones Nros. 10-2015, 01-2018 y 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y el respectivo sorteo de ley.
2.- ANTECEDENTES
2.1.- Antecedentes fácticos
Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo que consta fijado en la sentencia de segundo nivel, ahora impugnada, son los siguientes:

> …Que el 15 de noviembre de 2015, a las 18h30 minutos, aproximadamente, miembros de la Policía Nacional que se habían encontrado de servicio en el Control Sur de esta ciudad de Tulcán, hacen parar la marcha de un vehículo tipo automóvil marca Chevrolet, Nova, de placas GCY-0150 en el que viajaban dos personas identificadas con los nombres de: José Jesús Enríquez Ortíz de nacionalidad colombiana y Nilson Antonio Barre Quiroz, de nacionalidad ecuatoriana, que al solicitarles un registro personal y del vehículo, en los laterales del automotor observan un excesivo peso razón por la cual los trasladan hasta la Unidad Antinarcóticos del Carchi en donde en presencia del suscrito en calidad de Fiscal, de los hoy procesados y Abogado de la defensa se procede a la apertura de los laterales del automotor encontrando debidamente camuflado sustancia sujeta a fiscalización constituida por base de cocaína con un peso neto de 41.853 gramos y 15.593 gramos de marihuana, razón por la cual se inició un proceso penal en contra de los acusados. (...)[1]

2.2.- Antecedentes procesales (Validez Procesal)
A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por el procesado, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Sentencia de primer nivel, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, de 26 de abril de 2016, las 12h02, que declaró la culpabilidad de los ciudadanos José Jesús Enríquez Ortíz y Nilson Antonio Barre Quiroz, como autores directos del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220.1,d) del Código Orgánico Integral Penal (COIP); imponiéndoles, a cada uno, la pena privativa de libertad de treinta y cuatro años, ocho meses; y multa de ciento veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.
- Sentencia de segundo nivel, dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, de 21 de junio de 2016, las 14h08, que en decisión de mayoría, desecha los recursos de apelación interpuestos por los procesado, y confirma el fallo subido en grado.
- Providencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, que corre de fs. 105 del cuaderno de segundo nivel, mediante la cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por el procesado Nilson Antonio Barre Quiroz.
- Sorteo del Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia, según lo ya expresado en el numeral 1 de este fallo.

[1] Ver sentencia de mayoría del Tribunal de Apelación que obra fs. 83 a 90; cita a fs. 83 vta.

- Auto de 4 de diciembre de 2017, las 09h46, mediante el cual se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por el encartado Nilson Antonio Barre Quiroz. *"ú única y exclusivamente por los cargos desarrollados en los puntos 4.1.1.; y, 4.1.2, de este auto, esto es, en cuanto a la errónea interpretación del artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal; y, la contravención expresa de los artículos 5.1.3; 13.1.2.; y, 17 ejusdem; los mismos que deberán ser fundamentados en audiencia oral y contradictoria, sin variar su contenido; recordando, además, la prohibición que tiene el impugnante de alterar los hechos que se consideran como probados en la sentencia impugnada, devenida del segundo inciso del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal...."*[2]
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que intervinieron: el doctor Eduardo Riofrio, defensor público, como defensa técnica del procesado Nilson Antonio Barre Quiroz; el doctor Marco Navas Arboleda, delgado del señor Fiscal General del Estado; y, el doctor Wilson Camino, defensor público, en representación del procesado no recurrente José Jesús Enríquez Ortíz.

3.- AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1.- Fundamentación del recurso interpuesto por Nilson Antonio Barre Quiroz, procesado.

Durante la audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, el doctor Eduardo Riofrio, defensor público, en representación del encartado y con relación al cargo admitido a trámite, arguyó:

- ***Errónea interpretación del artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal.***
  - Se refiere a la errónea interpretación del norma indicada, la cual, señala, constituye la agravante que ha sido aplicada en el presente caso a su defendido, toda vez que se encuentran sentenciados el señor Nilson Antonio Barre Quiroz y José Enríquez, por presuntamente haber incurrido en la conducta establecida en el artículo 220.1,d) del COIP, esto es Tráfico.
  - Indica, que hay una errónea interpretación, toda vez que el artículo 47.5 en su parte pertinente establece que es como agravante el cometer la infracción con la participación de dos ó más personas; cuando el texto literal de la norma no establece que es un agravante cometer la infracción dos personas, sino es una conjunción "de", con dos; dicha circunstancia permite establecer que existe una errónea interpretación del artículo 47.5 toda vez que el Tribunal de Apelación debió haber revisado este punto y al no ser conforme a derecho hacer una interpretación extensiva, se han violado los artículos 13.1 y 2 que es que hay que atenerse al tenor literal de la norma y la prohibición de utilización de analogías para ampliar los tipos penales.
  - Solicita que se acepte la casación y se revoque el fallo modificándolo parcialmente en el aspecto de la agravante aplicada a su defendido y al otro procesado.
- ***Contravención expresa de los artículos 5.1.3; 13.1.2 del Código Orgánico Integral Penal.***
  - Manifiesta que hay contravención expresa de los artículos 5.1. y 5.3, esto es el principio de legalidad y el principio de *in dubio pro reo;* de la misma manera, del artículo 13.1 y 13.2 del COIP, esto es, respecto a la interpretación de las normas penales que en la parte principal establece la prohibición de utilización de analogías y aplicación estricta al tenor literal de la norma.
  - En el presente caso se ha aplicado a su defendido una acumulación de penas basados en lo establecido en la Resolución 12 de 2015; más sin embargo, bajo los principios de legalidad y aplicación al tenor literal de la norma, se violenta toda vez que no se aplica ni el artículo 20 que es un concurso real, ni el artículo 21 del COIP que establece el concurso ideal, haciéndose claramente una contravención expresa al principio de legalidad.
  - De la misma manera se contravienen principios constitucionales como el artículo

[2] Ver auto de admisión del recurso de casación, que obra de fs. 3 a 10 del cuaderno de casación; cita a fs. 10.

82 seguridad jurídica, el artículo 75 que establece la tutela judicial efectiva, así como normas establecidas en el artículo 11.2.3.4.5 CRE; toda vez que esta resolución (12-2015) se trata de aplicar única y exclusivamente para delitos catalogados o dentro del ámbito de los delitos de sustancias estupefacientes.

- Hace mención que el Estado ecuatoriano en el año 1997 fue sentenciado en el caso Suárez-Rosero versus Ecuador en la sentencia de 12 de noviembre de 1997 serie No. 35 de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en la cual establecía que no se puede violar el principio de igualdad por el cometimiento de algunas circunstancias o delito en particular; en ese caso era un delito de narcotráfico y que todos y cada una de las conductas deben ser juzgadas por el principio de igualdad y discriminación.
- En el presente caso claramente se está realizando una discriminación y violando el principio de igualdad al juzgarlos única y exclusivamente por ese delito, ya que es público y conocido que en el país no se juzga o se hace acumulación en otros delitos como de pronto cohecho, peculado o de otra circunstancia que tal vez revelen mayor peligrosidad.
- Existen también consultas elevadas hacia la Corte Constitucional en pro de que esta resolución (12-2015) adolece de vicios de constitucionalidad; de la misma manera se encuentran consultas elevadas hacia la presidencia de esta Corte Nacional.
- La defensa del señor Nilson Antonio Barre Quiroz, cree que se han violado por contravención expresa los artículos 5.1.3. 13.1.2, asimismo el artículo 17 COIP, ya que nos dice que las infracciones deben estar establecidas con anterioridad al cometimiento de la norma.
- Solicita que se acepte, de igual manera, el recurso de casación interpuesto y se reforme la sentencia subida en grado, estableciendo que no existe ni un concurso real, ni un concurso ideal, conforme lo establecen los artículos 20 y 21 del COIP para que sea aplicado en la presente causa.

3.2.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

El doctor Marco Navas Arboleda, delegado del señor Fiscalía General del Estado, manifestó:

- Con relación a que existe una errónea interpretación del artículo 47.5 COIP; la norma determinada es la precisa, es decir el artículo 47.5 es la norma jurídica que se debe aplicar; no hay tal equivocación en tanto y en cuanto hay agravantes dentro de este Tráfico de sustancias estupefacientes, habida cuenta que está en el grado de gran escala el tráfico que se realizaba, y así tenemos que cocaína había 41.853 gramos, marihuana 15.593 gramos, pesos netos; lo cual da una gran escala.
- Se ha aplicado en forma correcta el artículo 47.5 por cuanto cuando se trafica diferentes sustancias cocaína y marihuana la pena es acumulativa de conformidad con lo que indica el artículo 17 del COIP, es decir se pondrá una pena privativa de libertad de hasta 40 años y en este caso se ha puesto 34 años 8 meses, es decir, está dentro de la norma el *quantum* de la pena, en tal virtud, no hay tal mala interpretación del artículo 47.5.
- En cuanto a que hay una contravención expresa del artículo 5.1.3. COIP, manifiesta que los procesados tuvieron un debido proceso, conforme lo estipula el artículo 76 CRE; cuando se cometió el delito estaba en plena vigencia el COIP y en cuanto a la duda razonable, al *in dubio pro reo,* no hay duda sino certeza y hay el convencimiento de que se estaba traficando en gran escala por parte de los dos procesados.
- Se ha dicho también que se ha sentenciado por analogía a los dos procesados; la sentencia es por las pruebas que se presentó dentro del proceso por parte de la Fiscalía, además es un delito flagrante el que se tuvo y fue probada la materialidad de la infracción, la responsabilidad de los sentenciados, así como el nexo causal correspondiente;, por lo tanto la sentencia es lógica, clara, precisa y comprensible y existe la correspondiente razonabilidad. Además, hubo un acuerdo probatorio dentro del proceso, correspondiente a la materialidad de la infracción la misma que fue dada entre las partes y aprobada por el correspondiente tribunal.
- La sentencia está dentro de la norma jurídica correspondiente, el quantum obedece al artículo 55 del COIP, consecuentemente Fiscalía pide que se declare improcedente el recurso de casación planteado y que se

ratifique la sentencia venida en grado; por otra parte no se ha indicado en qué considerando de la sentencia se encuentra el error en la sentencia y cuál sería la norma jurídica a aplicar.

- Por tales consideraciones solicita que se declare improcedente el recurso.

3.3.- Réplica por parte de la defensa técnica del recurrente

- En el considerando 6.10 -de la sentencia recurrida-, se establece el error; y en lo que se refiere a la normativa que debía aplicarse, en el caso concreto es público y notorio que existe un delito de narcotráfico y que hay la autoría y participación de los procesados; ese no ha sido el fundamento del recurso de casación, el recurso se lo fundamenta en la errónea interpretación así como en la contravención expresa en el momento de aplicar la pena que es privativa de libertad de 34 años, 8 meses, cuando es por un delito de 65 kilos aproximadamente de sustancia.
- Fiscalía refiere que única y exclusivamente al tratarse de un delito de tráfico a alta escala deba ser tratado de forma diferente, y que por lo tanto no se tiene derecho a recurrir; el principio de igualdad establece que debe aplicarse la ley en todos y cada uno de los delitos y procesos de manera igual y equitativa.

3.4.- Intervención de la defensa del procesado no recurrente

El doctor Wilson Camino, defensor público, en representación del procesado no recurrente José Jesús Enríquez Ortíz, manifestó:

- Que pido que se haga extensivo el recurso a favor de su defendido; está de acuerdo en lo indicado por el abogado del recurrente sobre la resolución 12-2015 , así como de las resoluciones de la Corte Constitucional que ha referido la defensa del procesado recurrente, de lo cual ha existido una consulta de legalidad por los señores Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; así mismo de que existe una consulta de inconstitucionalidad por parte de los señores Jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que se han referido a ese mismo tema de la acumulación de penas; lo cual pide que se tome en cuenta para su defendido.

4.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Respuesta a los cargos planteados por el impugnante

4.1.1.- En cuanto a la alegación de que existe una *"errónea interpretación del artículo 47.5 del COIP",* ya que a decir del recurrente dicha agravante ha sido mal interpretada toda vez que existe la conjunción "con", y que eso significa que para que pueda determinarse la agravante necesariamente debe haber la participación de 3 personas y no de 2 como ha ocurrido en el *subjúdice;* considerando por tanto, que existe una errónea interpretación y que por ello se debe aceptar dicho cargo y casar parcialmente el fallo modificándose en cuanto a la aplicación de la agravante.

Así planteada esta primera alegación, misma que estriba en el denominado *"error de interpretación propiamente dicho",* el cual implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; por otro lado, se debe precisar que este error *in iure* no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; es por ello, que cuando se alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

Ahora bien, este Tribunal a efecto de despejar la presente alegación considera pertinente, en aras de poder determinar el *quantum* de la pena, que es menester necesario establecer cuál de las tablas de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala (esto es, si la publicada en el R.O. Segundo Suplemento, No. 288 de 14 de julio de 2014; ó, la del R.O. Segundo Suplemento. No. 586 de 14 de septiembre de 2015, ratificada en el R.O. Segundo Suplemento. No. 628 de 16 de noviembre de 2015), estaban vigentes al momento de ocurridos los hechos; todo ello, para establecer si existe o no favorabilidad en cuanto a su aplicación.

Así, acorde con lo que consta en el fallo impugnado se tiene que los hechos ocurrieron el 15 de noviembre de 2015, es decir, a dicha fecha se encontraba vigente la tabla publicada en el R.O. Segundo Suplemento. No. 586 de 14 de septiembre de 2015; más sin embargo, cabe precisar, que tanto en la una como en la otra tabla, con relación al transporte y la cantidad de sustancia que se halla determinada en el *sub júdice* (cocaína 41.853 grs., y marihuana

15.593 grs.) se encasilla en la categoría de gran escala, sin que esta clasificación jurídica haya variado en ninguna de las tablas; de allí que, en este caso no existe la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad, toda vez que la conducta persiste y la clasificación se encuentra en la misma escala dada la cantidad de los estupefacientes incautados a los procesados.

De otro lado, este Tribunal, ex oficio, advierte que la conducta atribuible a los justiciables, no ha sido precisada en cuanto al verbo rector, que en este caso es de transporte, mismo que describe la conducta de los procesados y que en el grado de participación se subsumen en el artículo 42.3 COIP, es decir, coautoría; y, que en efecto la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 47.5 *ejusdem,* de suyo exige la concurrencia de dos o más sujetos activos, como en el caso concreto ha ocurrido; es por ello, que el cargo de casación alegado respecto a la errónea interpretación del artículo 47.5 COIP deviene en improcedente.

4.1.2.- En cuanto a la alegación de: *"contravención expresa de los artículos S. 1.3 1.3.1.2. y 17 del COIP"* cargo para el cual se ha indicado que se debe tener en cuenta la institución del *in dubio pro reo,* que las normas penales tienen que interpretarse siempre en el sentido más favorable y no como en este caso que se ha aplicado una analogía a través de la Resolución No. 12-2015 dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia -misma que se señala es inconstitucional e ilegal-, atentando al principio de legalidad lo cual violenta los artículos 20 y 21 COIP que se refiere a los concursos real e ideal; de allí que, el recurrente señala que se ha contravenido expresamente el principio de legalidad en relación con los artículos 85, 75, 11.2.3.4.5 CRE; y que existe una violación flagrante a la ley; se hace referencia al caso Suárez Rosero versus Ecuador en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado no se puede violar el principio de igualdad y no discriminación, lo cual se dice ha ocurrido en este caso; es así que se solicita aceptar este cargo y reformar la sentencia en cuanto a que no existe ni concurso ideal ni real.

Planteado así el marco argumentativo de esta segunda alegación del recurrente, la cual versa en el denominado *"error de omisión",* el cual implica la comparación de la narración del juzgador con el supuesto fáctico de la norma; cuando se alega esta causal, el recurrente debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error caso contrario no.

En el presente cargo se ha indicado que existe la contravención expresa de los artículos 5.1.3 13.1.2. y 17 del COIP; empero no se ha realizado contraposición alguna de los elementos indicados supra (narración y supuesto fáctico), el recurrente afirma que existe delito, empero no se precisa cuál; que existe responsabilidad, igualmente sin establecer bajo qué grado, y concluye que no hay concurso ni ideal ni real, es decir, lo determinado en los artículos 20 y 21 COIP. Ahora bien, frente a la referencia de la Resolución No. 12-2015, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que en lo medular es el eje de su cuestionamiento o argumentación, es importante señalar que la jurisprudencia en el modelo del Estado constitucional de derechos y justicia es fuente de derechos, por tanto es exigible por y ante los operadores de justicia, por tanto su aplicación e interpretación no se analiza por analogía al tratarse de fuente de derecho independiente. Es por ello que, este segundo cargo, al no haber sido argumentado en debida forma, ni haber determinado cómo, por qué y/o en dónde subyace el error de derecho alegado, se lo rechaza, también, por improcedente.

4.2.- Casación de oficio.

Este Tribunal de Casación, desde nuestro 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-; y, en virtud de las potestades oficiosas que el artículo 657.6 COIP le ha concedido a este órgano jurisdiccional, ha procedido a revisar la sentencia de segundo nivel, detectándose en ella un error de derecho en cuanto a una indebida aplicación, esto es, del denominado *"error de pertinencia"* que es el yerro que comete el juzgador al haber aplicado una norma jurídica (Resolución No. 12-2015) cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo; en tanto, conforme se evidenciará con el análisis y abordaje que sigue, al realizar la contraposición de estos dos elementos, el precepto jurisprudencial (norma aplicada) no se adecua con la narración de los hechos fijados por juzgador, y pese a ello, el *Ad quem* la ha aplicado para resolver, por lo tanto la vulneración se habrá configurado.

4.2.1.- Toda vez que el caso *sub lite* está inmerso dentro de los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, entre los cuales

existen diferentes tipos penales, establecidos por la "normativa"; resulta menester referirnos, por un lado al alcance, espíritu y/o sentido estricto de la Resolución No. 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la posibilidad de cambio de un criterio jurisprudencial obligatorio, así como al tema doctrinariamente conocido como *"el concurso de delitos"*

4.2.1.1.- Con fecha 16 de septiembre de 2015, la Corte Nacional de Justicia, expide la Resolución No. 12-2015, precedente jurisprudencial, que señala:

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

Cabe indicar que si bien la referida Resolución, la cual a su vez, constituye la redacción de un precedente jurisprudencial, y es jurisprudencia con efecto generalmente obligatorio desde su publicación en el Registro Oficial, lo cual data de 22 de septiembre de 2015, en el Suplemento No. 592; no es menos cierto que su aplicación ha dado lugar a varios cuestionamientos, incluso, se halla interpuesta una consulta al mismo Pleno de la Corte Nacional de Justicia, planteada precisamente por uno de los miembros de este Tribunal de Casación[3], en la cual se plantean aspectos como:

- En cuanto a la *"identificación del problema jurídico"* se establece:
  - Que la referida Resolución (12-2015) recoge los fallos de triple reiteración dictados por diversos Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal de este máximo órgano jurisdiccional, en materia de drogas, particularmente sobre la aplicación del artículo 220.1 COIP, en concurrencia de varias sustancias prohibidas atribuibles a una misma persona o personas -ya sea en una misma o diferente cantidad y calidad-, con una dosificación punitiva dentro de un modelo de concurso real (art. 20 COIP), con un tope de 40 años de pena privativa de libertad. -Se repara que la Resolución no se pronuncia sobre la acumulación de pena pecuniaria en caso de concurso-.
  - Que el Pleno de esta Corte declaró como jurisprudencia obligatoria un modelo de concurso con efecto real (o material) por el que, frente a la concurrencia de varias sustancias en diversa cantidad y calidad, atribuibles a una misma persona o personas, la pena a imponerse al o los encartados se acumula conforme a la calidad y cantidad de sustancia, con un tope de 40 años.
  - Que la referida Resolución (12-2015) ha provocado el incremento desproporcionado de la punición en los casos concretos en tratándose de delitos de drogas.
  - Que más allá de la *"DECISIÓN"* de la referida Resolución, ésta, en el numeral *"IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS"* determina dos problemas jurídicos a saber: **i)** Diferenciar los casos expuestos de las situaciones de concurso real de infracciones y concurso ideal de infracciones; y, **ii)** Establecer la idoneidad del tipo penal contenido en el artículo 220.1 COIP, para acumular la punición y garantizar la proporcionalidad de la pena.
  - Que en nuestro ordenamiento jurídico (ya sea en el anterior CP y en el actual COIP) se ha mantenido vigente el modelo de absorción.
  - Que el diseño punitivo recogido por el asambleísta para la construcción de la tabla de sustancias sujetas o catalogadas a control y punidas en el artículo 220.1 COIP, se dosifica a partir de dos elementos a saber: **i)** La cantidad de sustancia prohibida; y, **ii)** La calidad de sustancia; empero, en lo que respecta a los verbos rectores, el referido artículo tiene una estructura polinuclear que se centra en 14 verbos que anteriormente tenía autonomía en diversos tipos penales y con diversa dosificación punitiva acorde con el tipo penal específico que trate.

[3] Ver Oficio No. 40-RVC-2018 de 26 de marzo de 2018, suscrito por el doctor Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional, dirigido a la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- Que la dosificación punitiva ha variado desde la implementación del COIP, al haberse rediseñado la tabla de drogas por cantidad y calidad, con lo que la determinación judicial de las penas en los casos concretos también ha sufrido una notoria variación contra reo.
- Que en la exposición de motivos de la Resolución (12-2015), luego de ejemplificar casos hipotéticos, citar doctrina de varios autores, tomar el marco jurídico vigente, y dilucidar si se trata de concurso real o ideal de infracciones, se concluye que: *"EN EL PRESENTE CASO NO SE REUNE LOS REQUISITOS DEL CONCURSO NI EN SU FORMA IDEAL (ART. 21 COIP) Ni EN LA REAL (ART. 20 COIP)"*
- Que la Resolución 12-2015, crea una tercera vía o tercera forma de concurso no previsto en los artículos 20 y 21 COIP, por la que en el efecto principal se acumulan las penas con un tope de hasta 40 años en concurrencia de dos o más sustancias prohibidas de la misma o distinta calidad, atribuidas a una misma persona o personas.
- Que el problema jurídico que emana de la aplicación de esta jurisprudencia obligatoria surge al ser aplicable, también, el artículo 406 COIP sobre la conexidad, sobre todo en lo atinente a considerar la necesaria comparación de la pena en abstracto que se establece entre los tipos penales.

Es así que, frente a tal marco problemático con relación a la aplicación de la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, la consulta referida, en específico plantea:

> (...) a. La resolución nro. *12-2015* dictada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, se estaría aplicando una forma concursal no prevista en el COIP (arts. *20 y 21),* lo que en doctrina se conoce corno "exasperación penal", y, que conducen a una dosificación punitiva reforzada, siempre o casi siempre, cercana al tope de 40 años de pena privativa de libertad, lo que afectaría el fundamento constitucional y legal de la medida de la pena en atención a la lesividad que deviene de la tutela de bienes jurídicos relevantes.
>
> b. Las reglas relativas a la conexidad previstas en el artículo 406 COIP, los casos se calificarían judicialmente, en los casos concretos, siempre o casi siempre como concurso ideal (art. 21 COIP) que se rige por el principio de absorción en que se pune el tipo penal más grave, considerándose que al conducta leve ya se encuentra punida en la primera y que satisface los cánones constitucionales (art. 76.6 CRE) de dosificación penal.

Este Tribunal Casacional, a fin de aportar al esclarecimiento de la Resolución No. 12-2015, más allá de que, conforme quedó indicado se halla, pendiente la consulta al respecto; considera pertinente ir estructurando criterios y plasmarlos en sentencias como la que ahora nos ocupa, en las cuales se abonará a aquel fin.

4.2.1.2.- Los precedentes jurisprudenciales, dentro de la discusión iusfilosófica constituyen ya un lugar común, pues ocupan una posición muy destacada entre los argumentos de que dispone el juez para justificar sus decisiones; más aún cuando se considera lo que Dworkin nos dice que *"el derecho es un concepto interpretativo"*[4] y que los precedentes, al completar la norma, posibilitan precisamente esa pre-comprensión de la cual parte toda interpretación según así lo considera la hermenéutica; de allí que, bien se puede comprender entonces que aun cuando pareciera ser exagerada aquella frase de Hughes cuando señalaba, si bien pensando en la Constitución, que el derecho *"es lo que los jueces dicen que es"*[5], resultaría en todo caso innecesario un eventual alegato en pro del cambio de criterio jurisprudencia!, tanto más que, en palabras de Hart, dos son las técnicas de las que se vale el Derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación[6], siendo ambos elementos necesarios de todo sistema jurídico[7].

---

[4] Ver, al respect, Dworkin, Ronald, Laws Empire", Cambridge. Mass./London, pp. 87 y 410.

[5] Hughes, Charles Evans, Speech Before the Chamber of Commerce. May 3, 1907, en "Public Papers of Charles Evans Hughes". J.B. Lyons co., state printers. Albany, N.Y., 1908, p. 139.

[6] Hart. H. L. A., "El concepto de Derecho" (trad. Genaro Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 155.

[7] Los cuales vienen así a exhibir una nota común, por cuanto los precedentes, al contrario que las normas sancionadas por el legislador, pueden ser objeto de distinción (distinguishing) o de reemplazo/anulación (overruling) por los propios jueces, encontrándose por ello sometidas a una *especial revisibilidad (vide* Raz, Joseph, "La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral, U.N.A.M., México. 1985, p. 237).

Ahora bien, la posibilidad de avanzar y/o cambiar un precedente jurisprudencial, resulta válida en tanto y en cuanto la problemática desde la observancia misma y el cambio o apartamiento de los precedentes, deben estar movidos por el interés de contribuir al amplio debate que sobre la teoría de la interpretación o argumentación jurídica (o, en una terminología más clásica, teoría de las fuentes del derecho[8]), se ha venido desarrollando con creciente intensidad -en particular desde que von Savigny publicara por allá en 1840 su "Sistema de Derecho Romano actual" *(System des heutigen Römischen Rechts)*[9]- hasta llegar a constituirse en uno de los temas centrales de la filosofía del derecho y, más concretamente de la lógica jurídica, configurando en ese ámbito lo que Bobbio diera en *llamar "lógica de los juristas"*[10].

Antes de entrar en materia referente al "cambio del criterio jurisprudencial" *(stare decisis),* es pertinente, reparar -acorde con lo indicado en el punto inmediato anterior y del precedente expedido mediante Resolución No. 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia-, que a los fines de la interpretación jurídica un precedente constituye toda decisión judicial anterior que tenga alguna relevancia[11] para el juez que debe resolver el caso; ahora bien, para el tema que nos ocupa, y conforme se desarrollará y motivará en extenso en el punto siguiente, el problema del "cambio de jurisprudencia" se lo enfoca desde el eje de cuando se abandona un criterio propio y ya "no se está a lo decidido", para emplear con libertad la conocida fórmula *"stare decisis et quieta non moveré"* fórmula que más allá de las polémicas sobre su significado[12], expresa en definitiva el principio de que un tribunal debe seguir sus propios precedentes en casos análogos[13]; para ello corresponde hacer el abordaje de cuándo cambiar y las exigencias del cambio.

Desde el marco planteado, bien podemos remitirnos a Arnio Aulis, quien nos explica que *"a fin de que la vida social no caiga en el caos* (...) *las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tonto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias"*[14]*;* con la primera se permite anticipar las relaciones sociales y la segunda, a su vez, posibilita ajustar el derecho a las nuevas realidades.

Es así que nos encontramos -dado el caso que ahora nos ocupa-, con una exigencia ineludible de la teoría de los precedentes, reconciliar la obligatoriedad de seguirlos con la facultad-deber de los jueces de encontrar la solución más correcta o justa para la disputa jurídica concreta. Al respecto ya Perelman advertía que el *"principio de inercia"* no significa que todo lo que es deba permanecer inmodificado, sino sólo que es irrazonable abandonar sin fundamento

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[8] Entendiendo por fuentes del derecho a *"toda razón que, de acuerdo con las reglas generalmente aceptados en la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificatoria en la interpretación"* (Aarnio, Aulis, "Lo racional como razonable", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 123), concepto éste que, si bien se mira, exhibe una total coincidencia en su perspectiva con la definición de argumento que proporcionaba Tomás de Aquino en sus "*Quaestiones disputatae de veritate*", q. XIV, a. 2, ob. 14 (argumentum dicitur quod arguit mentem ad assentiendurn alicui), pues en definitiva la justificación de las decisiones judiciales obedece-antes que nada- a la finalidad de convencer u obtener la adhesión de los destinatarios de las mismas, sin perjuicio de cumplir al propio tiempo una función validante del fallo.

[9] Savigny, Friedrich Carl von, "Sistema de Derecho Romano actual", versión española por F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878. Cfr., en especial, tomo 1, libro 1, capitulo IV -"Interpretación de las leyes, pp. 145/221.

[10] Bobbio, Norberto, "Derecho y Lógica, Centro de Estudios Filosóficos, U.N.A.M., México, 1965, Cuaderno 18, p. 23.

[11] Aarnio, Aulis, "Lo racional como razonable", op. cit. p. 126.

[12] Pues para algunos por *stare decisis* hay que entender la regla que atribuye valor vinculante a las decisiones de los órganos judiciales de mayor jerarquía; ver, en tal sentido, la clásica obra de sir Rupert Cross, *"Precedent in English Law"*, 3a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1977; e, igualmente el clásico libro de Julio Cueto Rúa, "El 'Common Law'", Editorial La Ley, Buenos Aires. 1957, pp. 32, 121 y 141).

[13] Así, Alonso García, quien agrega: *"el que el tribunal inferior siga el precedente del superior no es una derivación del principio de stare decisis, sino de la regla administrativa que, para el buen funcionamiento de los tribunales y en aras de la uniformidad, implica el que dicho tribunal inferior siga las directrices de! superior* (Alonso García, Enrique. La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1984, p. 165).

[14] Aarnio. Aulis, "Lo racional como razonable", op. cit., p. 32

una concepción ya aceptada[15]; de allí que, si bien es cierto que todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener una rectitud absoluta y perennizarse para siempre *"en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base"[16],* condicionados siempre por el factor tiempo, de suerte tal que un cambio en la situación demanda el consiguiente "ajuste jurisprudencial". Además, ni es menos cierto que, hablar de que existe un apartamiento del precedente supone que se ha determinado la sustancial similitud de casos, extremo que no se presenta cuando –más allá de la obvia dificultad que existe para tal determinación- se ha verificado un cambio de circunstancias o de contexto.

En cualquier caso, el concepto clave a manejar es el de "la racionalidad", a la luz del cual, la sujeción al precedente perderá justificación cuando sólo se sustente en lo que Bentham denomina falacia del *"miedo a la innovación",* consistente en el rechazo de toda nueva medida simplemente porque es nueva[17] y que se da la mano con otros sofismas que discurren en idéntica dirección, también tratados por Bentham al hablar de las falacias de autoridad, como los de *"la sabiduría de los antepasados o argumento chino"* y de *"la ausencia de precedentes"[18];* esa racionalidad supone que todo juez llamado a decidir un caso cuya materia ha sido resuelta en fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un *"test de fundamentación racional"*, y *"decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptor, en cierto modo 'ciegamente' el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico"[19].*

De allí que, aunque el respeto de los precedentes no sea una exigencia caprichosa, tampoco puede traducirse en un *"aprisionamiento de la razón"[20],* ni significar que los jueces quedemos atrapados por antiguos errores[21], tal como lo ha manifestado también *Alexy y Drier cuando precisan que "la pretensión de validez de un precedente más allá del caso concreto se basa solamente en la fuerza de convicción de sus fundamentos, Como así también en la autoridad y competencia del tribunal"[22]*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

---

[15] Perelman, Chaïm. "Betrachtungen über die praktische Vernunft", en Zeitschrift für philosophische Forschung 20, 1966, p. 219.; también Alexy. Robert, "Theorie dar juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskourses als Theorie der juristischen Begründung", Suhrkamp Verlag. Frankfurt am Main, 1978, p", op. cit., p. 217.

[16] Larenz, Karl."Metodología de la Ciencia del Derecho", 4a ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 311.

[17] Bentham, Jeremy, "Falacias políticas" (trad. Javier Ballarin), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 84. Para Perelman esto *"de ningún modo corresponde a un sofisma, sino al efecto de la inercia que favorece el estado de cosas existentes, el cual sólo debe modificarse si hay razones en pro de la reforma"* (Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca. L., op. cit., p. 143).

[18] Ver Bentham, Jeremy, *op. cit,* pp. 41 y 65.

[19] Larenz. Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho, 41a ed., Ariel, Barcelona, p. 431.
Esto nos hace pensar en la vieja regla, pensada para las leyes, de *"cessante ratione legis. cessat lex ipsa"* que hace decir a Austin que *"in the case of judiciary law, if the ground of the decisión has fallen away or ceased, dic ratio decidendi being gane, there is no law left"* (Austin, John, op. cit., vol. II, p. 631).
Zagrebelsky, por su parte, propone la fórmula de la *"continuidad jurisprudencial críticamente evaluada"* (Zagrebelsky, Gustavo. "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución" en López Pina. Antonio (ed.). "División de Poderes e Interpretación", Tecnos, Madrid, 1987, p. 175).

[20] Gráfica expresión del juez Frankfurter en su voto disidente en "U.S. v. International Boxing Club". 348 U.S. 236, 249, 1995

[21] Decía Hobbes que no hay juez que no pueda errar en un juicio y que *"si posteriormente, en otro caso análogo, encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria, está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga o persistir en él: ni (por la misma razón) se convierte en ley para otros jueces, aunque hayan hecho promesa de seguirla"* (Hobbes, Thomas, "Leviatan", F.C.E., México, 1940, p. 227).

[22] Ver Alexy, Robert-Dreier, Ralf, "Precedent in the Federal Republic of Germany", en MacCormick, D. Neil-Summers, Robert S.
(eds.), "Interpreting Precedents. A Comparative Study, op. cit., p. 29.

En cuanto a las exigencias para el cambio, podemos indicar que Robert Alexy apunta que, como derivación del principio de universabilidad, existe la *"regla de la carga de argumentación"*[23], que determina que quien quiera apartarse de un precedente tiene que asumir la carga de justificar tal apartamiento[24], siendo inadmisible el abandono discrecional de los precedentes, lo cual, de suyo y hacerlo así simplemente, sería ofensivo para la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las decisiones judiciales; hay, pues, una necesidad de "tomar en serio" los precedentes - apropiándonos de la expresión patentada por Dworkin-[25].

El propio Alexy nos remite así al "principio perelmaniano de inercia", característico del derecho y de la mentalidad de los juristas, que determina que la apelación a una praxis preexistente no necesite ninguna justificación[26], es así que este autor señala: *"lo precedente se convierte en parte integrante del sistema jurídico, en un modelo del que (los jueces) pueden prevalerse con la condición de mostrar que el nuevo caso se asemeja suficientemente al antiguo. (...) En efecto, se estima que el enunciar ciertos actos, ya se trate de apreciaciones o decisiones, es un consentimiento implícito a su utilización en concepto de precedentes, una especie de compromiso para comportarse de forma semejante en situaciones análogas"*[27]*;* lo cual se asienta en la fórmula de justicia que prescribe "tratar igual a lo igual", de tal suerte de no introducir discriminaciones arbitrarias.

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, se ha ocupado de esta exigencia que pretende derivarse del principio de igualdad, señalando que aunque éste no implica una férrea inmutabilidad de los criterios interpretativos, *"impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable"*[28] (subrayado fuera de texto). De allí que, una vez adoptado un criterio el mismo sólo puede ser modificado por razones suficientes *(raisons suffisantes*[29]), pues detrás se encuentra esa "continuidad" que constituye la base de la vida social y espiritual[30], lo cual también determina que el apartamiento de los precedentes deba ser visto como la *última ratio,* cuando el juez, al considerar inconvenientes los criterios disponibles, no pueda eludir su aplicación aprovechando posibles ambigüedades o vaguedades lingüísticas, o apelando a otros recursos - como la técnica de "distinción de los hechos" *(distinguishing),* que permite esquivar la regla en el caso dejando al mismo tiempo incólume –al menos formalmente– el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[23] Alexy. Robert. "Theorie der juristischen Argumentation", op. cit., p. 335.

[24] Ibídem, pp. 339 y 366
Al fundar la exigencia de argumentar en el principio de universabilidad y coherencia, Alexy evita sustentarse en una suerte de presunción de legitimidad del precedente, y en esa suposición de rectitud del precedente de que habla el mismo Knele (Kriele. Martin, «Theorie der Rechtsgewinnung", op. cit., pp. 160, 165, 245 y ss.. 258 y ss), y que motivara la crítica de Larenz –quien advierte que "el juez no debe abandonarse a ellos sin el menor reparo, sino que tiene que formarse un juicio propio, al menos cuando abriga dudas respecto de la rectitud del precedente" (Larenz, Karl, op. cit., p. 431).

[25] Una exigencia que, si bien se mira, se proyecta directamente en la actitud que deben adoptar los tribunales al fallar, determinando que los juzgadores -contra el modelo clásico de adjudicación- no podemos cerrar nuestra mirada al caso particular, sino que debemos siempre tener en cuenta que resolvemos más allá del mismo, sentando reglas llamadas a funcionar en casos futuros, lo cual configura una de esas consecuencias que deben ser ponderadas por los jueces, para apelar a la conocida fórmula de Oliver Wendell Holmes (ver su "The Path of Law", 10 Harvard Law Review [1897], p. 443), coincidente en su espíritu con la de Kriele: "der Jurist muss sich fragen, welche praktischen Konsequenzen es voraussichtlich haben wird, wenn er so oder so entscheidet(Kriele, Martin. Recht und praktische Vernunft, op. cit. p. 75).

[26] Alexy, Robert. "Theorie der juristischen Argumentation", op. cit., p. 216

[27] Ibídem, pp. 144 y 145.

[28] Tribunal Constitucional Español, STC 40/1979. del 14 de julio (F.J. 2º), reiterada en numerosos pronunciamientos (v.gr., SSTC 166/1985; 12/1988; 63/1988. etc.). Vide, al respecto. Vidales Rodríguez. Caty, "La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001. p. 98.

[29] Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, *op. cit,* p. 142; también, Perelman. Chaïm. "Betrachtungen über die praktische Vernunft", art. cit., p. 412.

[30] Perelman, Chaïm. "Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit", en del mismo autor, "Dio Gorechtigkeit". München. 1967, p. 92

precedente, recurso que también debe ser utilizado dando razones suficientes[31].

Desde este contexto, si se considera que en definitiva "*la fuerza vinculante de un precedente depende del peso de los argumentos presentados para la decisión"* y que *"su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya"*[32], queda claro, entonces, que una de las notas distintivas del precedente es la de estar expuesto a la contraargumentación, y que ninguno ha de tener la autoridad suficiente como para clausurar el diálogo, determinando definitivamente la solución correcta para el caso al cual esté referido; por ende, la dificultad de tal contraargumentación dependerá del peso de las razones fundantes del precedente a sustituir, y de la legitimación de que goce el mismo en la comunidad jurídica, cuyo grado se manifiesta a través de la existencia y/o ausencia de precedentes contrarios, del aval de las obras científicas o de su aceptación por la opinión dominante, y que nos hablará eventualmente de cierta incorporación del precedente a la tradición jurídica, lo cual hace pensar en una variabilidad de la fuerza de los mismos según su antigüedad o novedad, de lo cual Scalia nos ofrece una lectura posible en su opinión disidente en el caso "South Carolina y. Gathers"[33] al afirmar que *"el respeto acordado a decisiones anteriores se incrementa, antes que decrece, con su antigüedad (…) La novedad del error no sólo priva del respeto que merece la práctica largamente establecida, sino que además aconseja que la oportunidad de corrección sea aprovechada de inmediato, antes de que el derecho y la práctica se hayan ajustado al mismo".*

Finalmente, cabe indicar, que no se debe perder de vista que la estabilidad de la jurisprudencia constituye en sí misma una buena razón y que si bien ninguna regla es inmutable, apartarse de un precedente siempre exige una especial justificación.

Una vez que se ha hecho el abordaje doctrinario y jurisprudencial –comparativo– de los precedentes jurisprudenciales y de su posibilidad de cambio, debemos precisar que aquello consta recogido en nuestro ordenamiento jurídico, es así que, el artículo 185, inciso segundo de la CRE, señala que: "*...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.";* norma constitucional que es recogida íntegramente por el Código Orgánico de la Función Judicial, cuerpo legal que en el penúltimo inciso del artículo 182 establece, a más de lo ya citado que: "*... 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."*

Por su parte el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 09-2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 792 de 19 de septiembre de 2012, establece que el cambio de un criterio jurisprudencial, contenido en un precedente obligatorio –como sería el caso referido en el punto inmediato anterior–, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas Especializadas de este órgano jurisdiccional, mediante un fallo o sentencia, en la cual, a más de cumplir con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, el mismo tiene que ser expedido de forma unánime por el Tribunal[34].

---

[31] Kriele, Martin. *"Theorie der Rechtsgewinnung"*, op. cit., pp. 246 y 286.
Como ha dicho Lloyd, *"en un sistema jurídico que, como el common law, está fundado sobre precedentes obligatorios, los tribunales se encuentran con severas limitaciones (...) en virtud de lo necesidad de conformarse con precedentes anteriores: Sin embargo, en tal sistema, entre el caso planteado y las sentencias anteriores queda todavía un amplio margen para el juez, con el recurso de establecer distinciones entre los hechos. En este sentido, pues, desde el punto de vista del juez el Derecho en cierto sentido se reduce al arte de establecer distinciones (...)"* (Lloyd, Dennis, "Reason and Logic in the Common Law", en Law Quarterly Review 64, 1948, p. 468, 482).

[32] Ver Voto del juez Taney en "Smith vs. Turner" (48 U.S. (7 How) 283 [1849]).

[33] Ver Voto del Juez Scalia, en "South Carolina y. Gathers" (490 U.S. 805, 824 [1989]).

[34] A manera de ejemplo, ver Resolución No. 12-2012, del Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, publicada en el R. O. No. 832 de 16 de noviembre de 2012, mediante el cual se deja sin efecto el precedente jurisprudencia obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 21 de abril de 2010, publicada en el R.O. No. 195 de 18 de mayo de 2010, que establecía que las sentencias dictadas en los juicios posesorios son finales y definitivas y gozan de la característica de cosa juzgada material.

4.2.1.3.- Retomando el hilo conductor para el análisis y/o motivación de la presente casación oficiosa, en cuanto a la indebida aplicación de la Resolución No. 12-2015, y desde el marco que queda referido, en concreto del concurso de infracciones; este tribunal considera necesario determinar que cuando a un sujeto le son imputables "varios delitos" que han de juzgarse en un mismo proceso se suscitan una serie de cuestiones que la doctrina los ha reunido bajo este nombre "concurso de delitos"; ahora bien, el interés práctico y/o medular del tema en cuestión, estriba sobre todo, en la medida de la pena a imponer al sujeto activo del delito; para lo cual, se presentan o son posibles varias hipótesis a saber: **i)** Que cada una de las infracciones realizadas se penen por separado; acumulándose las sanciones que resulten (principio de acumulación) –lo cual se ha realizado en el presente caso y se dice en aplicación de la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia–; **ii)** Que se imponga la pena correspondiente al delito más grave; haciéndola objeto de una agravación (principio de asperación[35]); **iii)** Que se condene a la pena que corresponde al delito más grave, sin tomar en consideración las correspondientes a los otros delitos realizados (principio de absorción) –que es el que debió haberse aplicado–; y, **iv)** Que se imponga una pena determinada, distinta a la que está conminada para cada uno de los delitos realizados, independiente del número de éstos y de la forma en que concurren (principio de la pena unitaria).

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

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

Es por ello, que dado el presente caso traído hasta sede de casación, en donde se tiene que el 15 de noviembre de 2015, cuando miembros de la Policía Nacional que se encontraban de servicio en el Control Sur de la ciudad de Tulcán, hacen parar la marcha del vehículo en el que viajaban José Jesús Enríquez Ortíz y Nilson Antonio Barre Quiroz (ahora recurrente) al solicitarles un registro, en los laterales del automotor encuentran, camuflada, 41.853 gramos de base de cocaína y 15.593 gramos de marihuana; ahora bien, no es menos cierto que cada tipo de sustancia, a su vez, acorde con las especificaciones determinadas en la tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala (en cualesquiera de las dos que existe tanto la del 2014 como la del 2015), se ubica en una misma escala (la de gran escala); de allí, que el tema a despejar, es en qué tipo de concurso de delito se encuentra.

Por lo tanto, amerita hacer el abordaje de cada uno de los concursos, acorde a como se encuentran determinados en nuestro ordenamiento jurídico; así:

- ***Concurso Real;*** el COIP, prevé este tipo de concurso de delito, en el artículo 20 que señala: ***"Art. 20.- Concurso real de infracciones.-*** *Cuando a una persona le son atribuibles varios*

[35] Acorde a este principio, se impone la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior sin que ésta pueda superar la suma de las penas que correspondería aplicara cada delito por separado.

delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años." (subrayado fuera de texto).

Acorde con la norma citada, lo que caracteriza y/o define al concurso real, es la presencia de "varios" delitos autónomos e independientes; lo cual, dado el caso que nos ocupa y que está dentro de la gama de los delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas; se debe considerar, si en el artículo 220.1 COIP el cual, conforme se indicó, tiene una estructura polinuclear que concentra 14 verbos rectores, tales acciones son o no varios delitos y por lo tanto autónomos e independientes; todo ello, acorde con la tipificación en el vigente ordenamiento jurídico penal (COIP), y que se encuentra en el Capítulo III, Delitos contra el derecho del buen vivir; Sección Segunda, titulada Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización; y, en el caso concreto del artículo 220 referente al tráfico ilícito de tales sustancias, al determinar las acciones o verbos rectores de las conductas sancionadas por la ley penal, establece diversas modalidades, entre las cuales están: ofertar, almacenar, intermediar, distribuir, comprar, vender, enviar, transportar, comercializar, importar, exportar, tener, poseer, o en general efectuar tráfico ilícito; y se precisa, "*en las cantidades establecidas en escalas determinadas en la norma pertinente";* norma la cual, a su vez es la *"Tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala",* la cual conforme también se señaló, de las dos existentes, en cualquiera de ellas, el caso que nos ocupa lo ubica en una misma escala.

Retomando lo del "concurso real", conocido también como concurso material; el cual, acorde quedó indicado, se da cuando al sujeto activo del delito le son atribuibles "varios" delitos autónomos e independientes; la característica que define a este concurso, se da también por la existencia de dos o más acciones de la persona, o cuando el mismo autor, mediante una pluralidad de acciones, ha realizado varios delitos independientes entre sí, los cuales han de juzgarse en el mismo proceso; lo cual no es el caso que nos atañe tanto más que, para la apreciación de este tipo de concurso, son necesarios dos presupuestos, el uno de derecho penal sustancial y el otro de derecho procesal, a saber: **i)** Que un mismo autor haya realizado dos o más acciones que constituyan varios delitos independientes; y, **ii)** Que esa pluralidad de delitos haya de juzgarse en el mismo proceso[36].

A manera de corolario, se puede decir que el concurso real de delitos se da cuando concurren varias acciones o hechos autónomos, es decir, que cada uno constituye un delito particular e independiente.

- ***Concurso Ideal****;* respecto de este tipo de concurso de delito, el artículo 21 COIP, señala: ***"Art. 21.- Concurso ideal de infracciones.-*** *Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.".* Este tipo de concurso, también denominado concurso formal, se da cuando el sujeto activo del delito, mediante una y la misma acción, viola varias leyes penales o varias veces la misma ley penal; para la apreciación de este tipo de concurso son necesarios dos requisitos: 1) Que exista una sola acción; y, **ii)** Que dicha acción suponga la realización de varios tipos penales.[37]

[36] Eugenio Cuello Calón explica que el verdadero concurso existe cuando concurren las siguientes condiciones: i) Que un individuo sea autor de distintos hechos; ii) Que estos en su aparición material sean diversos entre sí, sin guardar conexión alguna; iii) Que también aparezcan como diversos e independientes en la conciencia del agente. [CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. 2ª Edición. Edit. Nacional Edinal. México. p 788]
En cuanto a las clases, al igual que en el concurso ideal, el concurso real puede ser homogéneo y heterogéneo; el primero cuando el autor comete en varias oportunidades el mismo delito (p. ejem: ha librado cheques sin fondos en varias oportunidades); el segundo, cuando el autor ha realizado diversos tipos penales en distintas oportunidades (p, ejem: el autor un día roba, otro día estafa y en una tercera oportunidad lesiona).

[37] El concurso ideal hace posible considerar la acción desde la vertiente de diferentes tipos penales y someterla a una variedad de valoraciones jurídicas; la doctrina distingue dos formas de concurso ideal: el homogéneo, cuando la acción única del sujeto realiza dos o más veces el mismo tipo penal; y el heterogéneo, cuando el autor con su acción realiza diferentes tipos penales.
Para el tratadista Muñoz Conde, también existe concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro; cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido

El concurso ideal de delitos se da cuando en una sola acción u omisión se configuran uno o más delitos; es decir, cuando una misma acción u omisión infringe varios tipos legales, o infringe el mismo tipo varias veces. Cabe indicar, que desde el marco del tratamiento penal, el problema que se presenta luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de delitos, es de saber qué pena se debe imponer al sujeto activo; si las disposiciones en concurso fijan la misma escala, el juez no tendrá dificultades; pero si son diferentes, se deberá determinar conforme a la más severa; para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pena y los límites *mínimum y máximum.* Hay que reiterar que la unidad de intención delictiva es la que caracteriza al concurso ideal y que lo diferencia o lo que la distingue del real o material.

Sobre la base de lo indicado, y una vez que se ha identificado en qué casos y cuándo operan, el concurso de infracciones, esto es, ya sea el concurso real (o material) y el ideal (o formal); abstrayéndonos al proceso en ciernes, en donde, huelga reiterar, al ahora recurrente Nilson Antonio Barre Quiroz quien viajaba en un automotor en compañía del también procesado José Jesús Enríquez Ortíz, el 15 de noviembre de 2015, al ser registrados por miembros policiales, se les encontró transportando camuflado en los laterales del automotor 41.853 gramos de base de cocaína y 15.593 gramos de marihuana; esto es, dos tipos diferentes de sustancias, las cuales pese a que se encuentran catalogadas de manera distinta y autónoma en la normativa, vale decir, en la *"Tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala"* empero dada la cantidad se encuentran en el misma escala y el hecho es producto de una misma acción, de todo lo cual se deriva y/o pende la sanción.

Es por ello, que para el caso estamos frente a un concurso ideal de infracción; en donde, como señala el artículo 21 del COIP, para efectos de la sanción se debe aplicar la pena de la infracción más grave; lo cual, traducido en el presente caso, en donde, acorde al tipo de sustancia (por un lado cocaína y por otro marihuana), y los gramajes de las mismas, que las ubica en el rango de la gran escala, cuya pena oscila entre un piso de 10 años y un techo de 13 años; en aplicación del concurso ideal, la pena más grave corresponde al umbral de 13 años, y por lo tanto, en principio sería, la pena a aplicar, a la cual, claro está habría que sumar agravantes en el caso de haberla.

4.2.2.- Así desarrollado el presente análisis ex oficio de casación, la proposición jurídica completa deviene en que la norma o fuente de derecho indebidamente aplicada resulta ser la jurisprudencia publicada en la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, cuando la norma que debió y tuvo que aplicarse en el *sub júdice* es la determinada en el artículo 21 COIP, en relación con el artículo 406 *ejusdem;* toda vez que en el caso concreto, el transporte, que es la conducta atribuible a los justiciables, se expresa en unidad de tiempo y lugar y por lo tanto se les debe imponer la pena congrua que conforme ley corresponde a la sustancia más severamente punible, en el caso concreto la base de cocaína en el orden de 41.853

el otro se debe considerar el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos (p. ejem: la falsificación de un documento oficial para cometer estafa) [MUÑOZ CONDE, Francisco Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición. Barcelona. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002, p 638]

Según Bramon Arias, para que exista concurso ideal de delitos, se requiere de tres elementos: i) La unidad de acción o de hecho; que está acorde a las aclaraciones formuladas sobre los conceptos de hecho, y acto; es decir, con referencia al resultado, porque a veces la acción es única y el resultado es plural; ii) La pluralidad delitos; lo cual constituye la violación de varias disposiciones penales; y, iii) La Unidad de intención; que implica que para que el hecho se considere el mismo, debe ser único, subjetiva y objetivamente. Si los hechos son varios, aunque el fin sea uno solo (p. ejem: cuando se viola un domicilio para efectuar un rapto), se perfila un concurso real. Si la finalidad es plural y el hecho único (p. ejem: cuando se realiza el proyecto de matar a dos sujetos con el mismo disparo), el concurso también es real. [BRAMON ARIAS. Luis, Código Penal Anotado. Edit. de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos. Lima-Perú. 1966. p 584]

Sin embargo, Peña Cabrera, distingue solo dos elementos: i) La unidad de acción; y, ii) La pluralidad de delitos; este autor menciona también, que la teoría antigua que sólo entendía a la unidad de acción prescindiendo de las finalidad e intención, ha sido ya superada. [PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal. 3ª Edición. Edit. Jurista Editores. 2003. p 574]

gramos y de marihuana en la cantidad de 15.593 gramos, que como se indicó se encuadra en la gran escala, punida con la misma pena de 13 años, más un tercio con la concurrencia de la agravante referida en el artículo 47.5, de allí que la pena a imponerse a los dos encartados: Nilson Antonio Barre Quiroz (ahora recurrente) y José Jesús Enríquez Ortiz (procesado recurrente, empero por la regla general de la impugnación prevista en el artículo 652.7, y el efecto extensivo de la decisión de este recurso) les corresponde la pena privativa de libertad de 17 años 4 meses.

5. 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 657 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad, resuelve:

5.1.- Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Nilson Antonio Barre Quiroz, procesado, al no haber justificado los errores de derecho alegados y/o por falta de fundamentación jurídica adecuada de los mismos.

5.2.- Casar de oficio el fallo, de mayoría, dictado por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, de 21 de junio de 2016, las 14h08, por indebida aplicación de la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia; cuando en su lugar debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 406 *ejusdem,* con la concurrencia del agravante del artículo 47.5 del mismo cuerpo legal; imponiendo por lo tanto, a los procesados Nilson Antonio Barre Quiroz y Jesús Enríquez Ortiz la pena privativa de libertad de 17 años 4 meses. En lo demás se confirma la sentencia venida en grado.

5.3.- A fin de dar cumplimiento a lo que disponen los artículos 185, segundo inciso, de la Constitución de la República; 182, penúltimo inciso, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, la Resolución No. 09-201 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se dispone que por Secretaría se oficie a la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de este órgano jurisdiccional, haciéndole conocer esta sentencia.

Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen.

Notifíquese y cúmplase.

f) Dr. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruíz, JUEZ NACIONAL; Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

VI

Resolución Nro. *1855-2018*
Juicio Nro. *17269-2006-0034*
Fecha: *16 de octubre de 2018*

TEMA: Delito: Violación. Cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, el juzgador que la escuchó, debe valorar y motivar la credibilidad que le otorga desde una triple perspectiva: i) Que no exista incredibilidad subjetiva ii) Debe existir una verosimilitud de lo narrado por la víctima, enlazando su testimonio con el resto del acervo probatorio que robustezcan la credibilidad del relato; y, iii) Debe existir una persistencia en la incriminación, determinando que lo relevante en los dichos es que el núcleo central sea mantenido.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación, en la sentencia, de mayoría, de segundo nivel ahora impugnada, fueron: "[…] el 1 de febrero de 2006, a eso de las 23h30 en el sector de Milagro del cantón Rumiñahui la señorita J.G.C.L. se dirigía desde la ESPE hasta su domicilio, abordó una furgoneta de color amarillo; y el conductor se desvió por calles secundarias, y usando la fuerza procedió a violarla, posterior dejó la víctima abandonada, sin antes llevarse dinero que tenía en su poder. Que la víctima pudo percatarse que la furgoneta tenía placas PZB129. El procesado ha configurado su conducta a lo establecida en el Art. 512 numeral 3 del CP es decir delito de violación.(…). El 19 de julio de 2017, las 12h13, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, considerando que encuentra probada la existencia material de la infracción acusada con los testimonios de la víctima y de los peritos rendidos dentro de la audiencia de juicio cumpliendo con los principios de inmediación y contradicción de las pruebas aportadas, para luego determinar la responsabilidad del procesado, dictó sentencia condenatoria en contra el procesado 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 30 de noviembre de 2017, las 14h10, la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, acogiendo la prueba de primer nivel, 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

El tema medular de la alegación del procesado recurrente es que la sentencia emitida por el Tribunal de Apelación contraviene expresamente al artículo 76.7,1) CRE, esto es, la garantía constitucional de la motivación, y su parámetros de lógica y razonabilidad. El Tribunal de Casación indicó que es necesario que el juzgador amplíe sus criterios de valoración probatoria, para tomar especialmente en cuenta el testimonio de la víctima;

en donde el juez de instancia debe y debió considerar aquello al momento de valorar la prueba, esto es, los dichos de la víctima reflejados en otros testimonios, como por ejemplo de los peritos que examinaron física y psicológicamente a la misma, de sus familiares más allegados o amigos, etc.; de todos los cuales, en caso de haberlos, el juzgador pudo tomar para ella la prueba que consideraba pertinente al momento de aplicar la sana crítica y conseguir la certeza para llegar a una condena o la duda para declarar la inocencia; lo cual no se ha realizado a cabalidad y erige por tanto un yerro in iure. Es menester referirnos a lo atinente en relación a la aptitud de la víctima para integrar la prueba de cargo y con ello ser o no suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia; en este marco es necesario reparar -conforme ya lo ha señalado este órgano jurisdiccional-, que se debe recordar que si bien la declaración de la víctima, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada por el agresor -como es el caso de los delitos sexuales- puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar tal desvanecimiento de la presunción de inocencia; empero, cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, el juzgador que la escuchó, debe valorarla y motivar la credibilidad que le otorga desde una triple perspectiva, a saber: i) Que no exista incredibilidad subjetiva; es decir, que ab initio no se pueda sospechar de su veracidad, como sería el caso de que existieran precedentemente animadversiones entre ambos; ii) Debe existir una verosimilitud de lo narrado por la víctima, y enlazado con ello es conveniente que existan corroboraciones con el resto del acervo probatorio que robustezcan la credibilidad del relato; y, iii) Debe existir una persistencia en la incriminación, lo que puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico milimétricamente, ya que es normal que existan modificaciones y alteraciones; lo relevante es que el núcleo central sea mantenido. Con este triple examen o perspectiva de la declaración de la víctima, lo que se persigue es verificar la credibilidad del testimonio, porque a su vez, si se lo pretende enlazar como lo acreditado por la o el peritaje psicológico, el cual recoge como anamnesis lo relatado también por la víctima; es así, que en esta suerte de circulo que gira sobre un mismo testimonio, se relata un acontecimiento del cual alguien ha sido testigo, y en mayor medida, si ha sido víctima, puede sufrir una reelaboración en su mente con el paso del tiempo, y ello, partiendo de una sinceridad inicial, ya que la memoria puede sufrir cambios en el recuerdo de lo vivido y la fantasía lo ha podido trasformar. Por otro lado, en lo que respecta a la pericia psicológica en delitos sexuales, este órgano jurisdiccional considera pertinente reparar y ahondar que, dado que en la inmensa mayoría de los casos, aquella experticia lejos de ser un análisis profesional profundo que sirva de apoyo al juzgador, se limita repetir y conservar parámetros mínimos en los cuales a su vez, la mera repetición del relato de la víctima(anamnesis), la utilización de frases clishe" llanto fácil"," estrés post traumático" son la arista relevante para darle también preponderancia al testimonio pericial. El Tribunal de Casación, casa la sentencia y confirma la inocencia del procesado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17269-2006-0034

Juez Ponente: Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, 16 de octubre de 2018; las 13h44.-

VISTOS:

1.- JURISDICCIÓN *Y* COMPETENCIA

El infrascrito Tribunal de Casación, conformado por el Doctor Edgar Flores Mier, Juez Nacional Ponente; y los doctores Iván Saquicela Rodas y Marco Rodríguez Ruíz, Jueces Nacionales, es competente para conocer del presente recurso extraordinario de casación, en virtud de lo previsto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República (CRE); 141, 160.1 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); 349 al 358 del Código de Procedimiento Penal, vigente a la época de los hechos (CPP 2000)[1]; de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República; así como también, según lo dispuesto en la Resolución Nro. 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y el respectivo sorteo de ley.

2.- ANTECEDENTES

2.1.- Antecedentes fácticos

Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo que consta fijado en la sentencia, de mayoría, de segundo nivel ahora impugnada, son los siguientes: Rumiñahui la señorita J.G.C.L. se dirigía desde la ESPE hasta su domicilio, abordó una furgoneta de color amarillo; y el conductor se desvió por calles secundarias, y usando la fuerza procedió a violarla, posterior dejó la víctima abandonada, sin antes llevarse dinero que tenía en su poder. Que la víctima pudo percatarse que la furgoneta tenía placas PZB129. El procesado ha configurado su conducta a lo establecida en el Art. 512 numeral 3 del CP es decir delito de violación. (...)[2]

2.2.- Antecedentes procesales (Validez Procesal)

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por el procesado, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

- Sentencia de primer nivel, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, de 19 de julio de 2017, las 12h13, en cuya parte resolutiva declara la culpabilidad de Jorge Xavier Cajamarca Mugmal, como autor del delito de violación tipificado y sancionado en el artículo 512.3 del Código Penal (CP); imponiéndole, la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, y como reparación integral el pago de USD $5.000,00.
- Sentencia de segundo nivel, dictada en mayoría, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 30 de noviembre de 2017, las 14h10, que desecha el recurso de apelación interpuesto por el encartado y confirma en todas su partes el fallo de primera instancia.
- Providencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que corre de fs. 56 del cuaderno de segundo nivel, mediante la cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Xavier Cajamarca Mugmal.
- Sorteo del Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia, según lo ya expresado en el numeral 1 de este fallo.

[1] Para el proceso en ciernes se aplica el Código de Procedimiento Penal vigente al 2000, en donde el recurso de casación estaba normado en el Libro IV, Título IV, Capítulo IV, arts. 349-358; ahora bien, posteriormente y, acorde a la Ley Reformatoria s/n al Código Penal y Procedimiento Penal, publicada en el R. O. Suplemento 555 de 24 de marzo de 2009, consta que el recurso de casación, con sus debidas reformas, se halla normado en el Libro IV, Título IV, Capítulo IV, arts. 349-358.

[2] Ver sentencia de Tribunal de Apelación que obra fs. 23 a 33; cita a fs. 23.

- Auto de 9 de mayo de 2018, las 11h25, mediante el cual este Tribunal avoca conocimiento del recurso de casación interpuesto por el encartado Jorge Xavier Cajamarca Mugmal, y dispone -acorde con el tramite aplicable[3]-, que el recurrente fundamente su recurso.
- Una vez cumplida con la fundamentación por el casacionista y de que se corriera traslado para la contestación por parte de la Fiscalía, se convocó a la audiencia para los alegatos de los sujetos procesales.

3.- ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO

3.1.- Del casacionista, Jorge Xavier Cajamarca Mugmal

El recurrente en su escrito de fundamentación del recurso de casación, en lo principal y atinente a este medio de impugnación -toda vez que también se señalan alegaciones *in procedendo* que no corresponde a este escenario, cuando incluso ya han sido resueltas en instancia, así como la referencia a temas eminentemente probatorios, sobre los cuales no es pertinente abordar; y la cita del voto salvado en apelación-, señala que:

- (...) Por no estar de acuerdo en el contenido y la motivación del Tribunal de Alzada en todas sus partes, y la no observación de la mala valoración de prueba por el Tribunal Juzgador y como llega el Tribunal Penal, dejándome en estado de indefensión total, sobre la formación de la Prueba que n se ha podido probar la materialidad de la infracción y peor la responsabilidad penal de CAJAMARCA MUGMAL JORGE XAVIER, en el supuesto hecho de violación, que se investigó por Fiscalía en forma deficiente, sin objetividad, violándose lo ordenado por el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal a esa fecha vigente hoy Art. 5 numeral 21 COIP. (...)
- (...) Es evidente que tanto el TRIBUNAL PENAL, como la SAL ESPECIALIZADA, aplicando ERRONEA Y FALSAMENTE LA LEY, dictan sentencia condenatoria contaminada de legalidad, transgrediéndose incluso Derechos Y Garantías, Constitucionales como principios elementales entre ellos el de la SEGURIDAD JURIDICA, LEGALIDAD, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, MOTIVACION. PONDERACIÓN, RACIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY. (...)
- (...) La sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de la Provincia (sic) de Pichincha, emitida por los Jueces que actuaron en la AUDIENCIA PRIVADA, comprenden en las DOCE, considerandos, en la que se evidencia la Contravención expresa del Principio de MOTIVACIÓN, que prescribe como garantía Básica del Art. 76 numeral 7 literal L de la Constitución de la República del Ecuador, así como lo dispone el Art. 621 del Código Orgánico Integral Penal y el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial ya que no enuncian normas y principios en que se funda, dentro de los DOCE considerandos se limitaron a hacer una descripción y transcripción de los actos probatorios incorporados en la AUDIENCIA ORAL Y PUBLICA RESEVADO (sic) DE JUZGAMIENTO, dentro del Tribunal, así como se hace una disensión de aspectos doctrinales y jurisprudenciales, sin que se realice un análisis técnico jurídico de la relación de la causalidad entre el delito y la responsabilidad del acusado, por lo que contraviene el Principio de Motivación. (...)
- (...) La sentencia Condenatoria dictada por la Sala Especializada de lo Penal que confirma la sentencia dictada por la mayoría del Tribunal Penal, viola la ley, al haberse hecho una FALSA E INDEBIDA APLICACIÓN DE LA MISMA, es decir hace una errónea interpretación que es incorrecta, al revisar coma (sic) valorar y apreciar la ESPURIA SENTENCIA DE MARRAS DEL TRIBUNAL, por la sala especializada que ratifica la ilegitima sentencia por la mayoría del tribunal penal, no guarda coherencia fáctica jurídica en sus partes expositivas que realizaron las juezas, motivada y resolutiva, por lo que transgresión constitucional la encontramos en la falta de motivación que exige el Art. 77 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República y Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. y Art. 304 -A del Código de [P]rocedimiento Penal. ya que se enuncian normas

[3] Cabe recordar que, para el recurso en ciernes, se aplica el Código de Procedimiento Penal del año 2000, publicado en el R.O.S. No. 360 de 13 de enero de 2000, en donde el recurso de casación se encontraba normado en el Libro IV, Título IV, Capítulo IV,arts. 349-358; debiendo reparar sobre todo en aquello de que la fundamentación se lo hacía por escrito acorde al art. 352

y principios en que se funda, ni se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho a la correcta fundamentación del recurso de Apelación interpuesto por mis Abogado[s] toda vez que la explicación lógica y cronológicamente. (...)

(subrayado fuera de texto)

Finalmente, como pretensión, el recurrente señala: (...) dejo fundamentado EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, dentro del Plazo de ley, en Busca de que se Aplique correctamente la Ley y la Administración de Justicia, por haberse hecho una errónea interpretación de la ley, al haberse trasgredido elementales principios y garantías Constitucionales como procesales, solicito se ENMIENDE, la violación a la ley en la Sentencia de mayoría dictada por el Tribunal de Alzada que es la Corte Provincial de Justicia, que fue antesala a las continuas violaciones a la ley conforme lo prescribe el Art. 657 numerales 5, 6 del Código Integral Penal. (...)

3.2.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

El doctor Edwin Paul Pérez Reina, Fiscal General del Estado Subrogante, al contestar la fundamentación del recurso de casación, señaló que:

- (…) lo que el recurrente pretende es que el Tribunal de Casación realice la valoración de la "prueba inexacta" siendo preciso indicar que el recurso de casación y su fundamentación como tal, debe obedecer estrictamente a varios principios y requisitos contemplados en la ley. (...)
- (...) es necesario que el recurrente no solo determine ante el tribunal de casación la sentencia impugnada, sino también la norma violentada, así como las partes de dicha resolución que aparentemente transgreden la ley y finalmente si estas últimas se acoplan a las causales establecidas en el artículo antes referido (artículo 349 C.P.P.), (...)
- (...) el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal establece que el recurso de casación procede cuando en la sentenciase hubiera violado la ley: por contravenir expresamente a su texto, por haberse hecho un falsa aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente, en la presente fundamentación no se sabe a qué dar crédito pues se habla de una "falsa e indebida aplicación de la misma" pero al mismo tiempo dice es que es una "errónea interpretación". (...)
- La autoridad jurisdiccional ejerce una actuación importante en los procesos judiciales, pues debe velar por el cumplimiento de los derechos y garantías de las partes intervinientes en un proceso, con ello acatando disposiciones constitucionales y legales, relacionadas estrictamente con la motivación y fundamentación de cada pronunciamiento, en especial de la sentencia, del cual el mismo Código de Procedimiento Penal en su artículo 309 ha determinado varios resquisitos, ...[sigue cita de los numerales 2, 3 y 4 de dicha norma]"
- (…)En análisis de lo expuesto y una vez revisada la sentencia acusada, se considera que ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente, ha sido suficientes para demostrar que se han trasgredido elementales principios y garantías constitucionales como procesales, por tato, no existe transgresión a la norma sustantiva penal y procesal. (...)

Como conclusión, el titular de la Fiscalía General del Estado señala:

- Por las consideraciones antes expuestas y del análisis de la sentencia recurrida, se desprende que no existe errores de derecho que deriven en una violación a la ley, por lo expuesto el recurso extraordinario de casación planteado por JORGE XAVIER CAJAMARCA MUGMAL, debe ser declarado IMPROCEDENTE conforme lo determinado en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal.

4.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Respuesta a las alegaciones planteadas por el impugnante

Como quedó indicado en el punto 3.1. el casacionista Jorge Xavier Calamarca Mugmal al fundamentar su recurso, más allá de que en un determinado pasaje de su escrito, hace mención de varias causales casacionales al decir: *"[que se] viola la ley, al haberse hecho una FALSA E INDEBIDA APLICACIÓN DE LA MISMA, es decir hace una errónea interpretación que es incorrecta*s ...", es decir reprocharía al mismo tiempo las tres causales de casación que prevé la norma, esto es, contravención expresa (error de omisión o falsa aplicación); indebida aplicación (o error de pertinencia); y, errónea interpretación (o error de interpretación propiamente dicho), lo cual de suyo no resulta pertinente en tanto cada causal hace referencia a un tipo de yerro *in iure* en concreto y que tiene sus características específicas, las cuales incluso pueden ser excluyentes entre ellas; no es menos cierto también que el eje nuclear de su reproche al señalar, de manera reiterada, que impugna la sentencia del Tribunal *Ad quem,* por: "no estar de acuerdo en el contenido y la motivación..."; porque se transgreden *"incluso Derechos Y Garantías, Constitucionales como principios elementales entre ellos el de ... MOTIVACION..... RACIONALIDAD...."*; que "se evidencia la Contravención expresa del Principio

de MOTIVACIÓN, *que prescribe como garantía Básica del Art. 76 numeral 7 literal L de la Constitución de la República del Ecuador; así como lo dispone el Art 621 del Código Orgánico Integral Penal el Art 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial ya que no enuncian normas y principios en que se funda, dentro de los DOCE considerandos....";* que *"contraviene el Principio de Motivación,...";* y, que *"no guarda coherencia fáctica jurídica en sus partes expositivas que realizaron las juezas, motivada y resolutiva, por lo que transgresión constitucional la encontramos en la falta de motivación que exige el Art. 77 numeral 7 literal ¡ de la Constitución de la República y Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 304 —A del Código de [P]rocedimiento Penal,...";* quedando claro por tanto que su reproche ataca de manera principal a que la sentencia impugnada no cuenta con la debida motivación.

4.2.- Determinado que hada quedado el tema medular de la alegación del procesado recurrente Jorge Xavier Cajamarca Mugmal, respecto a que la sentencia emitida por el Tribunal de Apelación contraviene expresamente al artículo 76.7,1) CRE, esto es, la garantía constitucional de la motivación, y su parámetros de lógica y razonabilidad, acorde se desprende de la argumentación que queda precisada en el punto 3.1., este Tribunal procede a despejar tal alegación, empero de que en *strictu sensu* la falta de motivación no sea un cargo casacional dispuesto en el Código de Procedimiento Penal o en el vigente COIP, más sin embargo, para prosperar con cualesquiera examen casacional se debe revisar de manera primigenia el pedio atinente a la "motivación" de la sentencia del *ad quem* -como un requisito legal y constitucional de toda resolución de los poderes públicos, en este caso de las y los jueces-; todo ello, con el objeto de analizar si efectivamente la sentencia, ahora recurrida, se encuentra o no motivada; puesto que, de ser así -como en efecto ha ocurrido en el *sub júdice-,* se vuelve menester reparar, que sin este requisito indispensable, que garantiza, entre otros, la seguridad jurídica, mal podría entrar a examinarse las violaciones legales en sede de casación[4].

4.2.1.- Con respecto a esta garantía básica del derecho a la defensa y del debido proceso, prevista dentro de los derechos de protección, dispuestos en la Constitución de la República; Título II; Capítulo VIII; artículo 76,7,1), este órgano jurisdiccional[5] ha señalado que:

(...)la motivación es la exteriorización de los argumentos (cualquiera que estos sean) con relación a los cuales el juzgador ha llegado a obtener el convencimiento del acierto de su decisión, la cual le es comunicada a los sujetos procesales mediante su transcripción en la sentencia. Permite generar en los intervinientes en el proceso penal, respecto del fallo expedido, la aquiescencia en cuanto a los argumentos utilizados por el órgano jurisdiccional para sentenciar, o los motivos en los cuáles basarán sus recursos procesales. Así también, la motivación, no solo de las sentencias sino de cada actuación judicial, es una de las maneras de legitimar a los funcionarios que ejercemos la labor de administrar justicia, al no provenir de la elección popular, a diferencia de las autoridades de las otras funciones del Estado.

La importancia de la motivación es tal, que se constituye en una de las garantías básicas del debido proceso, que a su vez son parte de los derechos de protección establecidos en la Constitución de la República, los cuales buscan que dentro de la solución de conflictos sociales, sometidos a la justicia ordinaria, "(...) *no sea el juzgador, [o los* órganos estatales *en general] a quien el Estado le ha encargado la resolución de los conflictos sociales intersubjetivos, quien viole en este procedimiento los derechos de aquellos a quienes pretende conciliar* (...)"[6]

---

[4] Este órgano jurisdiccional ha señalado que: "...para que la Corte nacional de Justicia entre a resolver los cargos que el casacionista enuncia en contra de la sentencia del ad quem, se requiere que dicha sentencia esté completa, entendiendo por esto el que los fundamentos de hecho y de derecho del juzgador de último nivel se encuentren expresados en el fallo, independientemente de que dichos fundamentos sean correctos o incorrectos, cuestión que va a constituirse en el tema decidendi del fallo de casación (...)."
(CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal. Recurso de casación No. 186-2012. Resolución No. 46-2013).

[5] Ver Sentencia CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal. Recurso de casación No. 1173-2012. Resolución No. 428-2013)

[6] Corte Nacional de Justicia, Trkibunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Res. 1408-2012, dentro del recurso de casación signado con el No. 371-2010.

En este sentido, es, entre otros, un deber de los funcionarios judiciales el ajustar sus actos jurisdiccionales a lo dispuesto en el artículo 76.7.1) de la Carta Magna, que indica que no habrá motivación si en el fallo no se hace constar "(...) *Las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho* (...)" en otras palabras, no habrá motivación si por una parte, en la sentencia no se expresa la concreción de aquellos hechos que el juzgador estima probados, devenidos de la información que logra extraer de los medios de prueba presentados por los sujetos procesales (fundamentos de hecho); y por otra, si no se ha expresado el basamento jurídico que ha tomado en cuenta el juzgador para arribar a su decisión, exteriorizando claramente los motivos que lo han llevado a aplicar tal o cual norma a los fundamentos de hecho (fundamentos de derecho).

Para que un fallo, pueda contener el adjetivo calificativo de motivado, debe reunir las características de ser objetivo y convincente, solo de esta manera se podrá decir que el juzgador ha expresado razones válidas con base a las cuales ha arribado a la certeza del acaecimiento de los hechos sometidos a juicio. La motivación será convincente, cuando denota que el juzgador, como ser humano incapaz de alcanzar una verdad absoluta[7], ha realizado un análisis de las pruebas dentro de sus capacidades, que ha vuelto creíble la teoría del caso que se ha propuesto plantear la parte a la cual se le va a dar la razón, por los mismos datos que ha logrado extraer de los medios probatorios; (…)

4.2.2.- Por otro lado, esta Sala de la Corte Nacional de Justicia en anteriores fallos, también, ha dicho que el cargo de falta de motivación de la que, supuestamente, adolece la sentencia de apelación debe ser analizado primigeniamente debido a dos razones concretas:

> (...) **a)** En el ámbito de los derechos de las partes litigantes la garantía de *"...motivación de las resoluciones judiciales es requisito para la observancia de un debido proceso, y más concretamente dentro del litigio, para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas... "*[8], *su* ausencia no puede ser suplida por tanto, con otro efecto que no sea la declaratoria de nulidad del fallo que carece de ella, pues además, así lo dispone el artículo 76,71) de la Constitución de la República, con lo que se convierte en un tópico de análisis prioritario para el Tribunal de Casación; y, **b)** Ya en el ámbito práctico, se debe recordar que la casación es una confrontación entre la legislación vigente y la sentencia de última instancia, por lo que la falta de motivación en esta última, inevitablemente imposibilitaría la labor analítica del órgano jurisdiccional encargado de resolverla, al no contar con los razonamientos del juzgador de apelación que lo han llevado a decidir de una u otra manera.(...)[9]

4.2.3.- De igual manera, se ha aclarado, que:

> (...) la sentencia sobre la cual recae el recurso de casación, en nuestro sistema procesal penal es la sentencia proveniente de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial respectiva, la cual separa y constituye una individualidad respecto de aquella dictada por los tribunales penales. Esta sentencia de Corte Provincial, resuelve un recurso ordinario de apelación, y por lo tanto es apta para analizar temas relativos a la existencia de vicios procesales, errores en el análisis de los hechos y en la interpretación del derecho para decidir sobre el fondo del caso concreto; por lo tanto, es un mecanismo amplio de defensa en contra de la sentencia de primera instancia; sin embargo, su *ratio decidendi* debe dirigirse a resolver, dentro de los puntos mencionados, sobre aquellos que específicamente ha referido el apelante en la fundamentación que realiza en la audiencia respectiva.
>
> (…)
>
> (...) es necesario especificar que para que la Corte Nacional de justicia entre a resolver los cargos que el casacionista enuncia, en contra de la sentencia del *ad quem,* se requiere que dicha sentencia esté completa, entendiendo por esto el que los fundamentos de hecho y de derecho del juzgador de último nivel se encuentren expresados en el fallo, independientemente de que dichos fundamentos sean correctos o incorrectos, cuestión que va a constituirse en el *tema decidendi* del fallo de casación. (...)[10]

[7] Se ha manifestado en este sentido la Corte Constitucional, en Sentencia No. 0020-09-EP, del 13 de agosto del 2009, al expresar lo siguiente: "Lograr la verdad absoluta es algo que está fuera del alcance del intelecto del juez, por lo que en una sentencia o auto el pues acoge una aproximación de lo que considera la verdad que idealmente se pretende alcanzar (…)".

[8] CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia Nro. 048-13-SEP-CC, del 31 de julio del 2013.

[9] Corte Nacional de Justicia, Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal; recurso de casación signado con el No. 2001-2014. (sentencia de mayoría).

[10] Corte Nacional de Justicia, Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, recurso de casación signado con el No. 186-2012.

4.2.4.- Una vez que ha quedado determinado, lo que este órgano jurisdiccional ha señalado con relación a la motivación, y enfocado que ha quedado el nudo central del *argumento del recurrente, en cuanto a que: "no se ha podido probar la materialidad de la infracción y peor la responsabilidad penal de CAJAMARCA MUGMAL JORGE XA VIER, en el supuesto hecho de violación,...";* que en los doce considerandos que comprende el fallo impugnado se da tal contravención por cuanto, a decir del recurrente *"no [se] enuncian normas y principios en que se funda, ... se limitaron a hacer una descripción y transcripción de los actos probatorios incorporados en la AUDIENCIA ORAL Y PUBLICA RESE VADO (sic) DEJUZGAMIENTO, dentro del Tribunal, así como se hace una disensión de aspectos doctrinales y jurisprudenciales, sin que se realice un análisis técnico jurídico de la relación de causalidad entre el delito y la responsabilidad del acusado,...";* que la sentencia condenatoria recurrida -la cual se precisa es emitida en decisión dividida, pues hay un voto salvado que ratifica su estado de inocencia-, *"no guarda coherencia fáctica jurídica en sus partes expositivas que realizaron las juezas, motivada y resolutiva,..";* que si bien *"se enuncian normas y principios en que se funda, no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho a la correcta fundamentación del recurso de Apelación interpuesto,..";* y, que en definitiva no existe *"explicación lógica y cronológica..."*

4.3.- Planteado así, de manera general el argumento expuesto por el procesado recurrente, este Tribunal de Casación, 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 los considerandos décimo y décimo primero de la sentencia de mayoría emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 30 de noviembre de 2017, las 14h10, fallo cuestionado en su motivación y en cuyos considerandos consta precisamente desarrollado el "análisis" -entiéndase motivación- que hace el Tribunal *Ad quem,* así:

4.3.1.- En el considerando décimo denominado *"ANÁLISIS DEL TRIBUNAL",* el cual se compone de once sub numerales (10.1 al 10.12 -notándose que no existe el 10.11), los diez primeros se los destina a referencias normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, todas de manera general pero sin adentrarse y/o referirse para nada al caso concreto, es así que por ejemplo se señala: que el artículo 252 CPP determina que la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad del acusado se obtiene de las pruebas de cargo y descargo aportadas por los sujetos procesales (10.1); se cita a varios autores (4) en torno a la averiguación de la verdad como meta del procedimiento penal y la valoración de la prueba (10.2); se menta a los artículos 76.2 y 425 CRE en torno a la presunción de inocencia), en igual sentido se transcribe el artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (10.3); se citan los artículos 66.3.9 CRE y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10.4); se hace mención a que cuando se da una condena penal, esta debe ir precedida de pruebas más allá de toda duda razonable, refiriéndose para ello al derecho anglosajón y a los estándares de prueba. (10.5); se vuelve a hacer mención a los artículos 76.2 y 425 CRE y 8.2 del Pacto de San José, lo cuales se los cita una vez más; se menta al artículo 86 CPP en cuanto al sistema de valoración probatoria (sana crítica y las reglas de la experiencia del juez), y si dice -sin ninguna otro análisis y/o determinación del caso en concreto- que: *"en el presente caso lo que es claro para este tribunal del acervo probatorio se ha enervado el principio de inocencia del encartado respecto a la existencia del delito y la responsabilidad del mismo"* (10.6); se transcriben los artículos 512 y 513 CP que tipifican y sancionan al delito de violación (10.7); se abunda en referencias etimológicas, doctrinarias y conceptuales (8) acerca de la palabra violación (10.8 y 10.9); se hace mención al bien jurídico protegido en el delito de violación y a su verbo rector, y se colige -sin que haya se desarrollado ningún análisis especifico del *sub lite* que: *"La sentencia subida en grado condena al ciudadano JORGE XAVIER CAJAMARCA MUGAL, por haber adecuado su conducta a lo descrito en el numeral 2 del artículo 512y 513 del Código Penal, en calidad de autor toda vez que la víctima fue sometida a este acto ilícito que no pudo resistirse." (10.10)*

Acto seguido y luego de que, conforme queda indicado, únicamente se ha hecho referencias normativas y doctrinarias sin que medie análisis o aplicación al caso concreto, *bajo el subnumeral 10.12 denominado "EXISTENCIA MATERIAL DE LA INFRACCION ACUSADA",* compuesto, a su vez, por tres sub puntos (10.12.1 al 10.12.3), se indica que dicha materialidad se ha probado con el testimonio del perito que realizó la experticia medico ginecológica; con el testimonio de la psicóloga clínica; y, con el testimonio del policía que realizó entrevistas y el reconocimiento del lugar de los hechos; es decir, para el tribunal de apelación, el cual

desde su rol de juez de instancia si bien puede y debe valorar prueba, empero, únicamente se limita a hacer referencia a tres testimonios, de los cuales cabe reparar que uno es de la perito psicóloga, en relación a cuyas experticias -muchas de las cuales son por demás generales y siguen un solo estándar que arroja una misma conclusión-, es menester hacer una abordaje que permita entender y/o dilucidar cuales son efectivamente los parámetros técnico científicos por los cuales dicha experticia necesariamente tiene que superar, y respecto de lo cual de manera general y no del caso en concreto, se analizará más adelante, sin que aquello implique revaloración alguna al acervo probatorio-.

4.3.2.- Por último, el considerando décimo primero denominado *"DETERMINA ClON DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO",* acápite al cual el Tribunal *Ad quem,* arriba sin que haya mediado o desarrollado análisis específico del caso, en apenas dos sub puntos (11.1. y 11.2), se indica que aquella se ha justificado con el siguiente medio probatorio, y relata el testimonio de la víctima, al cual es evidente que se le ha dado el valor preponderante total, enlazándolo, a su vez, con el testimonio de la psicóloga clínica.

4.4.- Identificado así el "análisis", entiéndase motivación que ha realizado la Sala *Ad quem,* en donde lejos de que aquella exista o sea la adecuada, y con sus parámetros de lógica, razonabilidad y comprensibilidad; este Tribunal repara en que en el *sub lite* el testimonio de la víctima y el de la psicóloga han cobrado una preponderancia tal que ha llevada a la conclusión de los jueces de instancia de determinar una sentencia condenatoria del procesado y ahora recurrente; es por ello, menester reiterar en aquello que ya este máximo órgano jurisdiccional ha señalado en torno al testimonio de la víctima en delitos sexuales, su importancia y que es necesario ampliar el criterio de valoración de la prueba en estos ilícitos; es así que se puede referir que: "(...) *la especial valoración que se debe dar a unos medios de prueba sobre otros, por la clandestinidad en la que es cometido el acto ilícito, es la propia jurisprudencia nacional la que ha adoptado como válida esta posición, al manifestar que: 'En los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, porque se considera que muy difícilmente o nunca, existirá prueba directa, testigos presenciales y otra clase de medios de convicción...' (...)*[11] (subrayado fuera de texto). De allí que, es necesario que el juzgador amplíe sus criterios de valoración probatoria, para tomar especialmente en cuenta el testimonio de la víctima; en donde el juez de instancia debe y debió considerar aquello al momento de valorar la prueba, esto es, los dichos de la víctima reflejados en otros testimonios, corno por ejemplo de los peritos que examinaron física y psicológicamente a la misma, de sus familiares más allegados o amigos, etc.; de todos los cuales, en caso de haberlos, el juzgador pudo tomar para ello la prueba que consideraba pertinente al momento de aplicar la sana crítica y conseguir la certeza para llegar a una condena o la duda para declarar la inocencia; lo cual no se ha realizado a cabalidad y erige por tanto un *yerro in iure.*

4.4.1.- Cabe señalar que ha sido precisamente por ello que la jurisprudencia emitida por este órgano jurisdiccional, ha señalado que si bien en delitos de índole sexual, dicho testimonio -el de la víctima- es importante dentro del proceso, empero, no es la única prueba para establecer la responsabilidad del procesado, como ya se ha indicado en varios fallos y ha quedado enunciado *supra.*

Ahora bien, para ahondar en el tema *in comento,* es menester referirnos a lo atinente en relación a la aptitud de la víctima para integrar la prueba de cargo y con ello ser o no suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia; en este marco es necesario reparar -conforme ya lo ha señalado este órgano jurisdiccional-, que se debe recordar que si bien la declaración de la víctima, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada por el agresor -como es el caso de los delitos sexuales- puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar tal desvanecimiento de la presunción de inocencia; empero, cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, el juzgador que la escuchó, debe valorarla y motivar la credibilidad que le otorga desde una triple perspectiva, a saber: **i)** Que no exista incredibilidad

[11] Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Sentencia de 20 de noviembre del 2002, publicada en la Gaceta Judicial: Año CIV, Serie XVII. No. 12 Pág. 3913.

subjetiva; es decir, que *ab initio* no se pueda sospechar de su veracidad, como sería el caso de que existieran precedentemente animadversiones entre ambos[12]; **ii)** Debe de existir una verosimilitud de lo narrado por la víctima, y enlazado con ello es conveniente que existan corroboraciones con el resto del acervo probatorio que robustezcan la credibilidad del relato; y, **iii)** Debe existir una persistencia en la incriminación, lo que puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico milimétricamente, ya que es normal que existan modificaciones y alteraciones; lo relevante es que el núcleo central sea mantenido. Con este triple examen o perspectiva de la declaración de la víctima, en definitiva, lo que se persigue es verificar la credibilidad del testimonio, porque a su vez, si se lo pretende enlazar como lo acreditado por la o el peritaje psicológico, el cual recoge como anamnesis lo relatado también por la víctima; es así, que en este sirte de circulo que gira sobre un mismo testimonio, se relata un acontecimiento del cual alguien ha sido testigo, y en mayor medida, si ha sido víctima, puede sufrir una reelaboración en su mente con el paso del tiempo, y ello, partiendo de una sinceridad inicial, ya que la memoria puede sufrir cambios en el recuerdo de lo vivido y la fantasía lo ha podido trasformar.

4.4.2.- Es por ello, que la credibilidad de un testigo, y en mayor medida de una víctima, debe verificarse, a su vez, desde las dimensiones de: **a)** la capacidad de transmitir la veracidad que se desprende del relato que haga la persona concernida, es decir, capacidad de transmitir veracidad; y, **b)** del grado de verdad que la narración merezca objetivamente, lo que dependerá de las fuentes de prueba del testigo y del contexto o correlación con el resto del acervo probatorio; todo ello, en aras de que el juzgador de instancia - y a quien le corresponde el análisis y valoración del acervo probatorio- realice adecuadamente el triple aspecto de verificar la existencia de: prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada -y que es lo que precisamente ahora se ha evidenciado en este escenario casacional que no ha existido-; todo ello en garantía de la efectividad del control de toda decisión que adolezca de errores *in iudicando,* de la que este Tribunal casacional debe ejercer su rol y lo que exige, tal como se lo ha planteado, verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal de Apelación, a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, deviniendo *per se* en lógica, razonada y comprensible.

4.4.3.- Por otro lado, en lo que respecta a la pericia psicológica en delitos sexuales, este órgano jurisdiccional considera pertinente reparar y ahondar que, dado que en la inmensa mayoría de los casos, aquella experticia lejos de ser un análisis profesional profundo que sirva de apoyo al juzgador, se limita repetir y conservar parámetros mínimos en los cuales a su vez, la mera repetición del relato de la víctima (anamnesis), la utilización de frases clishe *"llanto fácil", "estrés post traumático"* son la arista relevante para darle también preponderancia al testimonio pericial. Es por ello, que es necesario, con ocasión de corregir tales yerros, que la jurisprudencia que va emanándose de este Tribunal Casacional vaya estableciendo la necesidad de elevar la determinación de los estándares de la pericia psicológica para que en efecto pueda y deba ser el apoyo técnico científico pertinente para la decisión de los juzgadores.

Desde este marca, se debe señalar que cuando se entrevista a una víctima de un delito violento, por lo general resulta obvio que los síntomas son los que va a referir la propia persona evaluada; empero los signos, son los que el profesional -en esta caso el o la psicóloga no solo clínica, incluso a veces social, sino necesariamente forense-, va a detectar; y, el conjunto de aquello, debe ser el cuadro de la víctima dentro del diagnóstico clínico que refleje la experticia. Ahora bien, la literatura y criterios especializados[13], nos indican que si bien en las víctimas de delitos de naturaleza sexual o eventos violentos

[12] Hay que advertir que esta animadversión no debe estar motivada por la realidad de la agresión sexual, pues sería contrario a la naturaleza humana, que quien ha sido violada no tenga adnimadversión a su agresor.

[13] Ver intervención (testigo experto) realizada por la doctora María Elena Pólit Ordóñez, psicóloga clínica, con especialidad en psicología forense; licenciada en la Universidad de Palermo Argentina, perito acreditada en el Consejo de la JKudicatura; constante dentro del juicio No. 01283-2016-01217, Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca.

hay necesariamente características que permiten hablar de daño psicológico, empero, generalmente existe una primera fase en la que se produce la denominada niebla de consciencia por el shock, luego vienen estados de ira, culpa, rabia, dolor, angustia; luego viene el cuadro psicopatológico; y para hablar del trastorno de estrés postraumático debe haberse presentado la sintomatología al menos por un mes, así como para poder diagnosticar una depresión deben transcurrir al menos dos semanas del hecho; de igual forma para determinar un análisis de credibilidad del testimonio de la víctima[14], el psicólogo forense debe imperiosamente capacitarse, y para lo cual, generalmente, debe seguir el protocolo llamado S.V.A (siglas en inglés) en donde manda evaluar las versiones (entrevistas) rendidas por todos los conocedores, luego revisar el relato de la víctima. En este tipo de pericias necesariamente se debe describir qué tipo de entrevistas y qué tipos de reactivos psicológicos se van a utilizar, todo ello para determinar en qué intensidad está la depresión. Se debe reparar que a los psicólogos, en su formación, se les enseña que primero debe hacer el rastreo de los signos, ya que jamás van a diagnosticar con base al solo testimonio de la víctima.

4.5.- Con todo lo precisado, es menester reiterar, que éste Tribunal, si bien no puede rebasar los límites de valoración probatoria, más sin embargo, en consecuencia del principio de inmediación que ya no puede y debió ser esgrimido por el *ad quem* de excusarse de justificar y sobre todo motivar las razones por las que concedió credibilidad y suficiencia al testimonio de la víctima y el de la psicóloga clínica para sostener la sentencia condenatoria; deviene que, tampoco la inmediación que al efecto tuvo el Tribunal de instancia, puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que este órgano jurisdiccional debe efectuar para verificar la suficiencia y sobre todo razonabilidad del fallo impugnado, con singular relevancia en relación a los delitos sexuales en los que, de ordinario, la única prueba disponible y a la que se da un peso trascendente es la de la propia víctima y relacionándolo, a su vez de manera casi umbilical y total, con el de la experticia psicológica que resulta ser un formato estándar.

4.6.- Conforme quedó precisado, desde el marco del rol y control casacional, el Tribunal ha revisado la sentencia objeto del recurso de casación, específicamente en lo que consta en los considerandos décimo y décimo primero de la misma, en donde ya la Sala o el tribunal de instancia (apelación) hace un análisis y una consideración con respecto a la prueba y hechos que se han suscitado y que son motivo de su decisión; es allí, donde este órgano jurisdiccional encuentra que en verdad hay algunas inconsistencias entre los hechos que se dan por probados y la decisión que se ha tomado; toda vez que el *ad quem,* para, en decisión dividida -toda vez que hay un voto salvado que ratifica el estado de inocencia del procesado-, declarar la culpabilidad penal, como autor del delito de violación sexual, lo hace sobre la base exclusiva del testimonio de la víctima al cual se lo anda a su vez el de la perito psicóloga clínica, mismos que no resultan corroborados con el resto del acervo probatorio, errando por tanto en la adecuada motivación desde el eje de la razonabilidad y sobre todo de la credibilidad que se le ha otorgado a tales testimonios desde la triple perspectiva y doble dimensión referida supra, así como de los estándares técnico-científicos que debe observa la experticia; correspondiendo por tanto, desde el rol de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de instancia, y de subsanador de yerros jurídicos en la sentencia, casar la sentencia y ratificar el estado de inocencia del ciudadano Jorge Xavier Cajamarca Mugmal.

5. 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 358 del Código de Procedimiento Penal (CPP 2000) -aplicable al sub lite-, por unanimidad, resuelve

[14] El S.V.A. se basa en 19 criterios de análisis, se analiza la característica y estructura lógica del relato, cantidad de detalles, detalles superfluos, todo esto se puntúa; luego se obtiene el puntaje general y se califica el relato como increíble, creíble, probablemente creíble y totalmente creíble, lo cual va a depender del puntaje obtenido.

aceptar el recurso interpuesto por el procesado Jorge Xavier Cajamarca Mugmal, y casar la sentencia de mayoría, emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 30 de noviembre de 2017, las 14h10, por contravención expresa del artículo 76.7,1) CRE, esto es por falta de motivación y sobre todo de razonabilidad; por tanto se ratifica el estado de inocencia del ciudadano Jorge Xavier Cajamarca Mugmal, dejándose sin efecto todas las medidas personales y cautelares que se hayan dispuesto en su contra; y, en virtud de que el referido ciudadano se halla privado de su libertad, se dispone su inmediata libertad, debiéndose girar la correspondiente boleta constitucional de excarcelamiento, por esta causa. Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dr. Edgar Flores, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VII

Caso Nro. *1246-2015*
Resolución Nro. *1526-2018*
Fecha: *27 de agosto de 2018*

TEMA: La nulidad constitucional no necesariamente se debe alegar ante el Tribunal de Casación como un cargo propio del recurso. La nulidad constitucional por falta de motivación es un mecanismo que procura la materialización de la tutela judicial; la garantía de motivación es exigible en cualquier tiempo respecto a todo acto judicial. Los cargos casacionales estriban en violaciones legales contenidas en la sentencia de apelación que deben encasillarse en modos de error específicos a manera de control de legalidad concreto. Por ende la alegación de falta de motivación no requiere inexorablemente ser encasillada dentro de uno de los modos de error previstos en la legislación procesal penal para el recurso de casación. El Tribunal determina además parámetros para considerar motivado un fallo de apelación.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación fueron:" El día lunes 25 de febrero del 2013, aproximadamente a las 09h00, los ciudadanos xxx, xxx, xxx, xxx, xxx y xxx, acompañados alrededor de setenta personas armadas con lanzas, palos varillas metálicas, obstaculizan el tránsito de las calles Atahualpa y 10 de Agosto. En las afueras (de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Amazonas y luego ingresan al interior de esta entidad, donde se protagonizaron una serie de desmanes, e irrumpieron el normal desenvolvimiento de esta Institución, al encontrarse en riesgo la integridad física de las personas que estaban siendo atendidas, cuanto de los empleados, intervienen la señora Gobernadora y el ex Intendente de Policía abogado Edwin Mosquera, y logran mediar con las partes, se consigue sacar del lugar a los usuarios, al personal que se encontraba laborando y a las demás personas: el señor Intendente dispone cerrar las puertas de la Cooperativa y coloca sellos con el fin de precautelar los bienes de la entidad financiera, más en horas de la tarde, aproximadamente a las 15h00, las mismas personas que se encontraban en la mañana, acompañados (de las mismas setenta a ochenta ciudadanos, rompiendo los sellos, violentaron las seguridades tanto exteriores como interiores, ingresan a la Cooperativa, toda esta turba se encontraba tanto en exteriores como interiores, ingresan a la Cooperativa, toda esta turba se encontraba liderada por xxx.[…] este hecho causó gran conmoción social, incluso se causó lesiones a un señor policía, por lo que el actuar de los procesados se encasilla en el delito tipificado en el artículo 160.1 del Código Penal[…]". El 3 de febrero de 2014, las 18:36, el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, considerando que se encuentra probada tanto la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, por los hechos acontecidos en el día 25 de febrero de 2013, las 09:00, los procesados causando y provocando terror, intimidación, dictó sentencia condenatoria en contra de procesados. En calidad de autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 160.1 del Código Penal, les impuso la pena privativa de libertad de cuatro años, calificando la acusación particular y el pago de daños y perjuicios.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia de primer nivel, apelaron los ciudadanos con condena y la acusación particular, mas, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, el 25 de junio de 2015, las 17:07, luego de la valoración probatoria aplicable al caso, a la legalidad de los medios probatorios presentados por los sujetos procesales en la audiencia de juicio del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, a los hechos esbozados por la Fiscalía, considerando que los procesados no se encuentran inmersos dentro de la disposición legal del artículo 160-A del ex Código Penal que tipificaba y sancionaba el delito de terrorismo organizado, desechó el recurso interpuesto por la acusación particular; y, aceptando el presentado por los procesados, revocando la sentencia impugnada en su contra, dejó sin efecto las medidas de orden real y personal dictadas en su contra; inconformes con el fallo del ad-quem, la Fiscalía, 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 la Fiscalía General del Estado, se ha señalado que en el fallo que recurre, existe errónea interpretación del artículo 76.7-l) de la Constitución, a su criterio, el considerando séptimo y en el numeral 6.7 adolece de motivación, no reúne los requisitos de lógica, comprensibilidad y de razonabilidad. El Tribunal de Casación hace las siguientes reflexiones: La casación pretende la correcta contemplación de la ley, la protección del sistema legal vigente, la unificación de la jurisprudencias (ubi eadem ratio, ibi ídem ius) y el respeto de las garantías de los intervinientes (ius litigatoris), por lo que su finalidad es revisar que el fallo impugnado no evidencie errores in iudicando que afecten la decisión de la causa y de existir procede a modificar el fallo ya sea por alegato de parte o de oficio y excluyendo la posibilidad de volver a valorar acervo probatorio. En primer término, resulta fundamental precisar si la nulidad constitucional se debe alegar ante la Corte de Casación como un cargo propio del recurso o constituye un punto que debe ser tratado de forma previa. Al respecto este tribunal establece como diferencias puntuales que la nulidad constitucional es un mecanismo que procura la efectivización de la tutela judicial, que es exigible en cualquier tiempo, respecto a todo acto judicial (autos y sentencias), su estructura se realiza en atención a los estándares básicos de motivación establecidos tanto en la disposición constitucional, como en la jurisprudencia indicativa de la Corte Constitucional y su efecto jurídico fue dispuesta por el constituyente, la nulidad. Mientras que, se advierte que los cargos casacionales estriban en violaciones legales contenidas exclusivamente en la sentencia de apelación, que deben encasillarse en modos de error específicos en tanto y en cuanto se realiza un control de legalidad concreto, que decanta en dos efectos jurídicos descritos por el legislador en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, procedencia o improcedencia. Sobre la base de estas distinciones en estructura y efectos jurídicos se concluye que la alegación de falta de motivación no requiere inexorablemente ser encasillada dentro de uno de los modos de error previstos en la legislación procesal penal para el recurso de casación. Sin embargo, concatenar la falta de motivación con un modo de error de derecho –como en el caso contravención expresa– tampoco obsta para conocer y resolver la alegación por lo que se procede a analizar los argumentos vertidos por el recurrente entorno al artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador. se considerará debidamente motivado un fallo de

apelación, cuando aquel cumple los presupuestos de razonar la pertinencia del fallo impugnado o de ser el caso, revocarlo o reformarlo de manera fundamentada y además cuando en él, se dan respuestas jurídicas a todas y cada una de las pretensiones del impugnante. Analizado el fallo de apelación, se determina su motivación, y finalmente el Tribunal declara improcedente el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1246-2015-MMA

Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, lunes 27 de agosto del 2018, las 10h33.-

VISTOS: Celebrada la audiencia oral, reservada[1] 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 emitir el fallo por escrito debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por la abogada Paulina Manzano Salazar. Fiscal de Pastaza, en contra de la sentencia absolutoria dictada por el tribunal de apelación.

ANTECEDENTES

1.1. Hechos

El día lunes 25 de febrero del 2013 aproximadamente a las 09h00. Los ciudadanos Luis Orlando Moposita Maliza. Tito Iván Maliza Tipán, Segundo Abel Barona Gómez, Wayra Romeo Chango Chango, José de la Cruz Maliza Tipán y Francisco Cajilema Quinchi, acompañados alrededor de setenta personas, armadas con lanzas, palos varillas metálicas, obstaculizan el tránsito de las calles Atahualpa y 10 de Agosto, en las afueras de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Amazonas y luego ingresan al interior de esta entidad, donde se protagonizaron una serie de desmanes, e irrumpieron el normal desenvolvimiento de esta Institución, al encontrarse en riesgo la integridad física de las personas que estaban siendo atendidas, cuanto de los empleados, intervienen la señora Gobernadora y el ex Intendente de Policía abogado Edwin Mosquera. y logran mediar con las partes, se consigue sacar del lugar a los usuarios, al personal que se encontraba laborando y a las demás personas: el señor Intendente dispone cerrar las puertas de la Cooperativa y coloca sellos con el fin de precautelar los bienes de la entidad financiera, más en horas de la tarde aproximadamente a las 15h00, las mismas personas que se encontraban en la mañana, acompañados de las mismas setenta a ochenta ciudadanos, rompiendo los sellos, violentaron las seguridades tanto exteriores como interiores, ingresan a la Cooperativa, toda esta turba se encontraba tanto en exteriores como interiores, ingresan a la Cooperativa, toda esta turba se encontraba liderada por Luis Orlando Moposita, [...] este hecho causó gran conmoción social, incluso se causó lesiones a un señor policía, por lo que el actuar de los procesados se encasilla en el cielito tipificado en el artículo 160.1 del Código Penal.[2]

1.2. Actuación procesal relevante

i. El Tribunal de Garantías Penales de Pastaza en sentencia de fecha lunes **03 de febrero de 2014, las 18h36,** declara la culpabilidad

[1] Ecuador. Código de Procedimiento Penal. **"Art. 255.-** Publicidad.- La audiencia del tribunal de garantías penales será pública: pero será reservada cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los Títulos 1 y VIII del libro Segundo del Código Penal, y se realizará con la sola presencia del acusado, del acusador particular si lo hubiere, de los defensores, del Fiscal, y del secretario, y si fuere del caso, de los peritos y de los testigos, sin que pueda violarse la reserva. durante o después de la audiencia. No se admitirá la transmisión de la audiencia, a través de los medios de comunicación.

[2] Cfr. Sentencia de la Sala Multicompetente de la Corete Provincial de Justicia de Pastaza. fs. 96 vta, en la que se hace relación a la teoría del caso de Fiscalía

de los señores Luis Orlando Moposita Maliza, Segundo Abel Barona Gómez, y Francisco Cujilema Quinchi, al considerarlos autores del delito tipificado y sancionado en el artículo 160.1 del Código Penal. por lo que les impone la pena privativa de libertad de cuatro años, así como califica la acusación particular y ordena el pago de daños y perjuicios.

ii. Notificado el fallo del tribunal, los sentenciados y la acusación particular interponen recursos de apelación, recayendo en conocimiento de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, que en sentencia de **25 de junio del 2015, las 17h07** decide: 1) Rechazar la apelación propuesta por la acusación particular: y, 2) Aceptar los recursos de apelación interpuestos por: Luis Orlando Moposita Maliza. Segundo Abel Barona Gómez y Francisco Cajilenia Quinchi, y consecuentemente ratifica el estado de inocencia: por lo que revoca las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra y libra las respectivas boletas de excarcelación.

iii. Del fallo de absolución la abogada Paulina Manzano Salazar, Fiscal de Pastaza propone recurso de casación recayendo en conocimiento de este tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

2. DE LA FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. Extracto de la fundamentación y contestación del recurso de casación

En el presente proceso penal, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, vigente al caso, en concordancia con el artículo 345 ibídem:

2.1.1. Fundamentación del doctor Raúl Garcés Llerena delegado de la Fiscalía General del Estado.

Por haberse propuesto el recurso de casación dentro del término legal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 352 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, comparece para fundamentar el recurso el doctor Raúl Garcés Llerena, delegado de Fiscalía General del Estado, quien al respecto manifiesta:

a) En su exposición sostiene que no está de acuerdo con la sentencia dictada por la Sala multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, que revoca el fallo de condena por cuanto se, acusó a los procesados como autores del delito de terrorismo organizado, tipificado en el artículo 160.1 del Código Penal, infracción por la cual el tribunal *a-quo,* les impuso la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, en razón de que del relato fáctico se desprende que los hechos ocurrieron el 25 de febrero de 2013, las 09h00, cuando los referidos procesados en compañía de unas setenta persona irrumpieron en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Amazonas causando, y provocando terror, intimidación, inclusive hubo el hurto, robo de documentación y otros bienes de la Cooperativa.

b) Refiere que el recurso de casación lo interpone en atención de las normas procesales que rigen la causa, ya que existe contravención expresa del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador, esto por falta de motivación, por cuanto la sentencia de la Sala de apelación en su considerando séptimo y en el numeral 6.7 no reúne los parámetros de motivación.

Sobre esto manifiesta que, la falta de lógica se evidencia en la incoherencia existente entre la parte considerativa y la conclusión, porque al llegar a establecer la inocencia no se lo hace con logicidad.

Añade que el fallo no es comprensible, pues falta claridad en la narración y análisis de pruebas para llegar a establecer y dictar la sentencia absolutoria además no alcanza el entendimiento del conglomerado social. En específico, sostiene que esto se observa en el literal f) de la sentencia en el que se transcribe el contenido del artículo 160.1 del Código Penal, sin realizar mayor análisis.

Asegura que, a su criterio, el fallo carece de razonabilidad, al faltar claridad en el lenguaje y entendimiento, y que en el considerando 6.7 comete un yerro pues, al confirmar el estado de inocencia de los sentenciados, alude al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que refiere que las pruebas deben producirse en juicio, ante los tribunales de garantías penales, salvo el testimonio urgente: e insiste que de los hechos reales acaecidos el 25 de febrero de 2013, las 09h00 en el cantón Pastaza se desprende

tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad.

Solicita que se acepte el recurso de casación y se enmienden los errores de derechos y se dicte nulidad constitucional.

2.1.2. Contestación del doctor Lenín Solis, abogado defensor del señor Luis Orlando Moposita Maliza

En réplica a los argumentos expuestos por Fiscalía, el señor Luis Moposita a través de su abogado defensor refuta los argumentos esbozados por Fiscalía en cuanto a la falta de motivación, respecto a lo cual sostiene lo siguiente:

a) Ante la alegación de falta de motivación refiere que la sentencia expedida por el tribunal de apelación cumple los requisitos previstos en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal.

b) Señala que la Corte Constitucional estableció tres criterios de motivación (sentencia 118-16-SEP-CC de 13 de abril de 2016 dentro de la causa 1168-14-EP) razonabilidad, lógica y comprensibilidad, bajo estos parámetros alega que la sentencia de la Corte Provincial es razonable pues menciona de manera suficiente las premisas por las que considera que este tipo penal no se subsume en los hechos declarados como probados en la audiencia de juicio, de lo que colige que la sentencia cumple con las disposiciones constitucionales y legales.

Manifiesta que es lógica porque la sala *ad-quem* versa su fallo en tres premisas, la primera que refiere el relato factico del que se desprende que el 25 de abril de 2013 ocurrieron dos hechos, el uno que acaeció en horas de la mañana al cual acudió el señor Maliza con un grupo de ciudadanos a la Cooperativa Amazonas: y, que existe una pugna de intereses entre dos directivas debido a que el señor Maliza era el gerente pero la señora Norma Guevara fue nombrada en la misma calidad, y en la mañana no hubo ninguna acción violenta. En consecuencia, si tomamos como referencia que los elementos de la acción son finalidad. volitividad y relación de causalidad, al no existir estos elemento en los hechos no se pueden analizar las categorías y subcategorías dogmáticas del delito.

Respecto de los actos que se llevaron a cabo por la tarde, estos se produjeron por el ingreso de personas a la cooperativa, sin que se compruebe la temporalidad y espacialidad de la infracción por parte de Fiscalía, además los juzgadores señalan que no se ha llegado a determinar los instrumentos o los medios usados para la comisión de delito.

Otro requisito que considera importante determinar es que el sujeto activo es pluripersonal, y que esta conducta afecta a bienes jurídicos individuales y a uno colectivo, por lo que estos deben hallarse conectados entre sí, sin que del recaudo procesal se pueda verificar que haya una intención final de violentar la seguridad pública del Estado.

c) Mantiene que, debe aplicarse a la causa una tendencia finalista, porque el fin de atentar contra la paz pública no se ha probado, y que la acción debe ser dinámica o comisiva, esto es, debe materializarse, por lo tanto que el error que se pretende justificar no corresponde a la situación fáctica probada, y no es parte de las premisas que sostiene el tribunal de instancia.

d) Sobre la condición de comprensibilidad, refiere que cumple todos sus parámetros ya que está escrita en lenguaje sencillo y también en ideas fáciles de entender.

e) Sostiene que la sentencia de apelación utiliza las reglas de la experiencia debidamente acreditadas, ya que el tribunal de primera instancia sentencia indicando que las personas que ingresaron a la cooperativa llegaban con lanzas, mientras que el tribunal de apelación, señala que bajo la regla de la experiencia deduce que al ser personas indígenas amazónicas es obvio que porten sus lanzas, ya que es parte de sus costumbres ancestrales, y de sus vestimentas, por lo tanto, no es un medio idóneo para causar un delito de terrorismo.

Concluye su intervención solicitando se declare la improcedencia del recurso propuesto por Fiscalía General del Estado y se ratifique la sentencia venida en grado.

2.1.3. Contestación por parte del doctor Marcos Espinoza Ordóñez en representación del procesado no recurrente Segundo Abel Barona Gómez.

En uso de la palabra, la defensa técnica del señor Segundo Abel Barona Gómez contesta la fundamentación de Fiscalía conforme a continuación se detalla:

a) En su intervención, manifiesta que Fiscalía en la fundamentación de su recurso no exteriorizó de forma clara y precisa que la sentencia de apelación haya violado la ley bajo los parámetros determinados en el

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la califica de espuria y equivocada.

b) En cuanto a la falta de motivación, señala que los hechos acaecidos el 25 de febrero de 2013 no constituyen terrorismo, ya que este tipo penal tiene entre sus elementos que debe ser provocado por asociaciones organizadas, por guerrillas, grupos sociales o económicos que procuran la inestabilidad del Estado, a fin de causar terror en la sociedad: y, en el caso sucedió que existieron divergencias entre dos grupos de una cooperativa en la que se disputaban la dirigencia de la misma, esto es, un conflicto entre particulares en el que gente indígena de la Sierra y la Amazonia reclamaban dirigir una cooperativa, por lo que -a su criterio- es acertada la reflexión de la Sala de Apelación, en la que señalan que el tribunal de juicio inobservó lo dispuesto en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, que indica que para dictar la culpabilidad debe determinarse la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal, lo que no ocurrió en el *sub lite.*

c) En cuanto a la alegación de falta de motivación, expresa que es errónea la apreciación de Fiscalía porque la sentencia se encuentra motivada y completa, y destaca como razones por las que considera cumple con esta garantía, que la sentencia de apelación hace referencia de doctrina pertinente al caso y cita jurisprudencia indicativa dictada por la Corte Nacional de Justicia, lo que permite concluir asertivamente que no existe terrorismo en el caso.

Insiste en que se rechace el recurso de casación interpuesto por Fiscalía en razón de que el fallo se encuentra debidamente motivado, pues garantiza lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

2.1.4. Contestación por parte del doctor Ernesto Alvarez Robert en representación del procesado no recurrente Francisco Cajilema Quinchi.

Luego de referir que la exposición de Fiscalía no cumple lo dispuesto en el artículo 349 del C**ódigo de** Procedimiento Penal, al igual de quienes le precedieron en la intervención la defensa del señor Francisco Cajilema Quinchi sostiene:

a) En cuanto al alegato central de falta de motivación, Fiscalía no ha señalado cual es la norma que no se aplicó, como incidió en la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza y tampoco se ha referido que exista un interpretación ilegal de la norma.

b) Afirma que, la Corte Constitucional, Convenios y Tratados Internacionales hacen relación a la presunción constitucional de inocencia, y que en el caso Fiscalía no logró destruir esta presunción para llegar a una condena.

c) Refiere que no existe razón alguna que permita entrever que el fallo de apelación es ajena a la normativa jurídica, y que en atención a la institución del *in dubio pro reo,* debió dictarse la absolución.

d) Indica que, el considerando séptimo de la sentencia hace una relación clara de los principios constitucionales y legales, jurisprudencia y doctrina con lo que concluye señalando que Fiscalía no ha demostrado la materialidad de la infracción.

Sostiene que, la decisión judicial impugnada cumple los condicionamientos legales en todas sus partes, relaciona la pertinencia entre el hecho y el derecho y aplica adecuadamente la institución del in dubio pro reo para ratificar, la inocencia, por lo que solicita se deseche el recurso y se confirme la resolución adoptada por el tribunal de apelación.

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

3.1. Jurisdicción y competencia de la Sala.-

3.1.1. El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, emitió la Resolución No. 209-2017, en la cual procede a renovar parcialmente en 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 reemplazan en sus funciones a las y los salientes.

3.1.2. El 26 de enero de 2018, el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que se integran a la Corte

Nacional de Justicia del Ecuador.

3.1.3. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución 01-2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función judicial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013; así también emitió el respectivo instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial de los miembros de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 02-2018, de 01 de febrero de 2018.

3.1.4. La Sala Especializada de lo Penal. Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo establece el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 10 inciso 2, 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

3.1.5. En consecuencia, el tribunal queda integrado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente; el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y, sobre la base de la resolución 02-2018 de 01 de febrero de 2018, realizado el sorteo de ley, correspondió su conocimiento al señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional.

3.2. 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 emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso por consiguiente las normas aplicables son las contenidas.

3.3. Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez.

3.4. Reflexiones sobre el recurso de casación.-

La impugnación Procesal[3], es un principio rector consagrado como derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h[4] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14[5], y dentro del derecho a la defensa en la Constitución de la República[6] como garantía básica. El Estado es responsable de garantizar la adecuada administración de justicia[7], y dentro de estos parámetros los recursos son mecanismos que caminan hacia la prosecución de este propósito. Es así que, la casación es un medio de impugnación extraordinario, cuya finalidad es el reconocimiento y defensa del derecho objetivo,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

[4] *Art. 8.- Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el procesos, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

[5] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14 numeral 5: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley."*

[6] *"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."*

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

criterio coincidente con tratadistas como Fernando de la Rúa quien destaca:

> *"El derechos es único, pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo la aplicación de la sanción o de la coacción que las resguarda"*[8]

La casación pretende la correcta contemplación de la ley, la protección del sistema legal vigente, la unificación de la jurisprudencias[9] (Ubi eadem ratio, ibi ídem ius) y el respeto de las garantías de los intervinientes (lus litigatoris), por lo que su finalidad es revisar, que el fallo impugnado, no evidencie errores in iudicando que afecten la decisión de la causa y de existir procede a modificar el fallo ya sea por alegato de parte o de oficio y excluyendo la posibilidad de volver a valorar acervo probatorio[10].
La Corte Constitucional sobre la naturaleza del recurso de casación señala:

> "*E1 recurso de casación, conforme su naturaleza, es un recurso extraordinario de competencia del máximo tribunal de justicia ordinario para pronunciarse, exclusivamente, respecto de las posibles violaciones a la ley en las sentencias de segunda instancia, ya sea por contravención expresa de su texto, o indebida aplicación o errónea interpretación, por lo que conforme a su texto, tanto el referido a la casación en todas las materias, como a la casación en materia penal, está impedido de realizar una nueva apreciación de las pruebas que han sido consideradas por el juzgador en la sentencia."*[11]

En síntesis, la ejecución de ésta función *nomofiláctica* corresponde al más alto tribunal de justicia ordinaria, quien enfrenta la sentencia recurrida y la fundamentación del recurrente, para revisar si el fallo impugnado se dictó o no *secundum ius.* Para tal efecto el recurso de casación se puede interponer, únicamente, de acuerdo a las causales previstas de forma taxativa en el Código de Procedimiento Penal, esto es, por contravenir expresamente al texto de la norma utilizada, por haberse hecho un indebido empleo de ella o por haberla interpretado erróneamente, además para complementar su cargo casacional deberá referir cómo se produjo la vulneración de la norma jurídica y su incidencia en la decisión de la causa.

3.4.1. De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente

La interposición del recurso de casación, por su tecnicidad supone la imposición de una obligación procesal para el recurrente, quien a más de establecer una de las causales de error *in iudicando,* deberá precisar el error judicial cometido por el tribunal ad-quem, especificar en qué consiste y cómo condujo al quebrantamiento de la ley que deba ser subsanado.
Orlando Rodríguez al referirse a los argumentos casacionales señala que:

> *"La proposición jurídica es una carga procesal para el impugnante, que debe identificar y demostrar un error judicial atribuido al órgano judicial sentenciador de instancia, y a partir de la causal legal construir un argumento de sustentación para que el Tribunal o la Corte de Casación ejerza el control constitucional y legal de la sentencia impugnada… "*[12]

La fundamentación del recurso de casación es la base estructural del recurso, por lo que debe ceñirse a requisitos de orden legal, jurisprudencial y doctrinal. Por lo tanto, es imperativo estudiar si el cargo expuesto realiza una propuesta jurídica

3.4.2. Estructura de la propuesta jurídica casacional

El sistema casacional penal es de carácter limitado, a raíz de esto, el control de derecho no se extiende a todas las disposiciones legales que contienen los cuerpos normativos, sino únicamente a aquellas que fueron o debieron ser aplicadas singularmente en la sentencia en examen, bajo este parámetro se circunscribe el espectro de escogencia de norma jurídica que el recurrente puede proclamar como

---

[8] Fernando De la Rúa. *La casación penal:* (Buenos Aires, Editorial Depalma: 1994) 31
[9] Humberto Fernández Vega. *La casación en el Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá: Editorial Leyer, s/f) 28.
[10] El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 349 inciso segundo expresamente establece que para fundamentar el recurso de casación "No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.".
[11] Corte Constitucional del Ecuador: caso No. 0950-12-EP: sentencia No. 033-15-SEP-CC: Registro Oficial Suplemento 462 de 19 de marzo del 2015.
[12] Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal* (Bogotá: Editorial Temis S.A. 2008), 49.

transgredida, por lo que podemos concluir que no cualquier norma legal puede ser vulnerada.

Una vez especificada debe realizarse el ejercicio lógico de enlace entre transgresión y modalidad de error de derecho, para lo cual deberá encuadrarla en una de las causales previstas por la legislación procesal penal (contravención expresa, errónea interpretación e indebida aplicación), de acuerdo a las condiciones fijadas por la jurisprudencia y doctrina para cada causal, mismas que han referido su especificidad, singularidad, tecnicidad, por lo que no pueden ser usadas ni como sinónimas o complementarias. Así se sostiene que no cualquier causal de casación es aplicable a una vulneración legal. No obstante de haber enlazado la vulneración legal con la causal de error, el recurrente deberá señalar su incidencia en la resolución, su trascendencia corno para conseguir un fallo de conclusión equivocada pues a pesar de existir una transgresión de la norma legal, su contribución puede resultar trivial para la conclusión obtenida por el juzgador, por lo tanto no toda violación legal será casable.

Bajo estas prerrogativas el suscrito procede a realizar el pertinente análisis de las alegaciones esbozadas en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, así tenemos que, en el *sub lite,* Fiscalía sostiene que existe **contravención expresa del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador,** porque el fallo de apelación no reúne los parámetros básicos de motivación señalados por la Corte Constitucional, estos son, lógica, razonabilidad y comprensibilidad. Sobre la falta de lógica señala que no es coherente la parte considerativa y resolutiva: que no es comprensible pues falta claridad en la narración y en el análisis de pruebas para la obtención del fallo absolutorio, y que en el caso no se disgregan los elementos típicos que contiene el artículo 160.1 del Código Penal, vigente para el caso: asevera que la sentencia no es razonable porque el lenguaje empleado no es claro al afirmar que ratifica el estado de inocencia de los sentenciados, cuando del proceso se deprende que se comprobó la materialidad de la infracción y su responsabilidad, y que en el considerando 6.7 comete un yerro pues, al confirmar el estado de inocencia de los sentenciados, alude que el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, refiere que las pruebas deben producirse en juicio, ante los tribunales de garantías penales, salvo el testimonio urgente, de los hechos reales acaecidos el 25 de febrero de 2013, las 09h00 en el cantón Pastaza se desprende tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad.

En primer término, resulta palmario precisar si la nulidad constitucional se debe alegar ante la Corte de Casación como un cargo propio del recurso o constituye un punto que debe ser tratado de forma previa, al respecto este tribunal establece como diferencias puntuales que la nulidad constitucional es un mecanismo que procura la efectivización de la tutela judicial, que es exigible en cualquier tiempo, respecto a todo acto judicial (autos y sentencias), su estructura se realiza en atención a los estándares básicos de motivación establecidos tanto en la disposición constitucional, corno en la jurisprudencia indicativa de la Corte Constitucional y su efecto jurídico fue dispuesta por el constituyente, la nulidad[13].

Mientras que, se advierte que los cargos casacionales estriban en violaciones legales contenidas exclusivamente en la sentencia de apelación, que deben encasillarse en modos de error específicos en tanto y en cuanto se realiza un control de legalidad concreto, que decanta en dos efectos jurídicos descritos por el legislador en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, procedencia o improcedencia[14].

Sobre la base de estas distinciones en estructura y efectos jurídicos se concluye que la alegación de falta de motivación no requiere inexorablemente

[13] Esta difiere a la prevista en el sistema procesal penal, por cuanto la nulidad constitucional procura efectivizar la tutela judicial de los derechos de los sujetos procesales al impedir que atenta el derecho de las partes, y que no se encuentre debidamente motivado surta efectos jurídicos mediante una revisión del derecho aplicado al antecedente de facto: mientras que la nulidad procesal se dicta ante la existencia de errores procesales con el fin de precautelar el acatamiento de condicione básicas del debido proceso y asegurar la validez procesal.

[14] Código de Procedimiento Penal: "Art. 358.- Sentencia.- Si la Corte Nacional estimare procedente el recurso pronunciará sentencia enmendando la violación de la ley. Si lo estimare improcedente, lo declarará así en sentencia y devolverá 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."

ser encasillada dentro de uno de los modos de error previstos en la legislación procesal penal para el recurso de casación.

No obstante, concatenar la falta de motivación con un modo de error de derecho –como en el caso contravención expresa– tampoco obsta para conocer y resolver la alegación por lo que se procede a analizar los argumentos vertidos por el recurrente entorno al artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador.

Sobre la motivación de las decisiones judiciales.

La Constitución de la República, en su capítulo octavo, reconoce como derechos de protección: tutela judicial, debido proceso y seguridad jurídica: que constituyen garantías que complementados entre sí clan acceso efectivo a los demás derechos.

En el sistema procesal, la constitucionalización de estos derechos decanta en un cambio de paradigma en el tratamiento de sus instituciones jurídicas que necesariamente se acondicionan a estos principios y garantías.

Entre estos derechos tenernos el debido proceso que determina las garantías mínimas que deben ser observadas en la prosecución de cualquier causa, entre las que se incluye el derecho a la defensa, que a su vez se conforma de una serie de garantías, en su comparación, son coincidentes tanto la Constitución de la República como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referir que el derecho a la defensa asegura: i) una defensa técnica: ii) igualdad de condiciones: iii) procesos públicos: iv) a ser interrogado con la presencia de su abogado particular o un defensor público: v) asistencia gratuita de un traductor o intérprete: vi) a contar en el proceso, con un abogado de su elección o un defensor público: vii) a la contradicción: viii) impedir el doble juzgamiento: ix) a la inmediación: x) a acceder a jueces independientes, imparciales y competentes: xi) a obtener de los poderes públicos resoluciones motivadas: y, xii) a impugnar.

Sobre la garantía de motivación, la Constitución de la República, en su artículo 76.7.l)[15] en concordancia con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[16], manifiesta que constituye la justificación de las conclusiones Jurídicas a las que llega el tribunal en cada caso concreto[17].

La disposición constitucional, parte del aforismo general a toda resolución adoptada por la autoridad pública, se debe exigir la garantía de motivación, de la que se infiere las condiciones que debe contener este requerimiento: i) la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda; y, ii) su pertinencia de aplicación a los antecedentes de hecho.

Entonces la exigencia de motivación impone al juzgador entablar un nexo congruente entre las premisas que recogen los fundamentos de hecho y de derecho para concluir en un silogismo verdadero.

"En el silogismo la verdad de las premisas se traslada necesariamente a la conclusión, siempre que la inferencia se haya establecido correctamente."[18]

El grado valorativo imperante de la motivación en el debido proceso, resulta que s**ólo a través del cumplimiento de esta garantía,** tanto las partes procesales como la sociedad, aseguran que las resoluciones dictadas por los juzgadores no sean arbitrarias, sino justificadas y legítimas de lo que se deduce una tutela judicial efectiva de los derechos de los sujetos procesales.

> En este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte:
>
> "Las partes son personas (física o jurídica) ante un tribunal, y, así como ante éste tienen derechos y responsabilidades, también tienen derecho a que sus razones sean

[15] "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) Los 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.

[16] Art. 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.

[17] Cfr. Díaz Cantón, Fernando: "La motivación de la sentencia penal y otros estudios". Editores del Puerto. 2005. pág. 99

[18] Díaz Cantón, Fernando op.cit., pág. 110.

> consideradas con la atención debida. [...] Piero Calamandrei recordaba que toda sentencia "debe ser motivada", frente a lo que él consideraba como una "crisis de la motivación". Para él, la motivación es "la racionalización del sentido de justicia", y una persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado [...] "no es un subditus abandonado a la merced de un príncipe legibus solutus, sino un sujeto autónomo de derechos y de obligaciones".[19]

En cuanto al contenido de los fallos de apelación, el criterio de ésta Corte de El grado valorativo imperante de la motivación en el debido proceso, resulta que sólo a través del cumplimiento de esta garantía, tanto las partes procesales como la sociedad, aseguran que las resoluciones dictadas por los juzgadores no sean arbitrarias, sino justificadas y legítimas, por cuanto constituye un "*derecho [de los sujetos procesales] a que sus razones sean consideradas con la atención debida."*[20]*;* lo que permite racionalizar el ejercicio del poder, y bajo tal paradigma deben estructurarse las resoluciones enlanadas por autoridades públicas.

Como se dijo en líneas anteriores, el derecho de motivación se deriva de garantía del debido proceso, y se incluyen dentro del derecho específico de defensa porque solo la exposición clara de motivos de una decisión de autoridad pública, permite observar la racionalización de argumentos lo que coadyuva a que sean efectivos los demás derechos.

En el ámbito judicial, la motivación retorna un viso distinto pues, como operadores directos de justicia la motivación conlleva una carga argumentativa en la que el juzgador interpreta el ordenamiento jurídico y establece corno es aplicable al hecho concreto, lo que se reconoce corno la obligación de la tutela judicial efectiva de los derechos.

En fin cada acto o resolución deberá motivarse dentro de los parámetros pertinentes, en el caso *sub* lite al hallarse en estudio la sentencia de apelación dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, es palmario aterrizar si al resolver el recurso de apelación, se cumplieron los estándares de motivación y, en definitiva, si alcanzó los presupuestos legales establecidos para esa impugnación.

El recurso de apelación es un recurso ordinario por cuanto no opera contra la calidad de cosa juzgada, procede de toda resolución judicial y permite la revisión íntegra del fallo impugnado.

Su vigencia en el procedimiento penal[21], se justifica por constituirse el reflejo del principio constitucional de impugnación[22], disposición recogida del artículo 8.2.h) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos como del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que parte de la proposición que señala: "*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"*[23]

Se definen como propósitos de este recurso: **1)** confrontar las alegaciones de las partes con la sentencia del juzgador de primera instancia; **2)** realizar una reevaluación del caso para verificar si los argumentos fáticos y jurídicos empleados permitieron arribar al convencimiento de la decisión adoptada; **3)** revalorar las pruebas y cuestionar los hechos y derecho aplicado, pudiendo inclusive establecer la validez de los razonamientos y emitir los juicios que –en el caso– correspondieron.

La finalidad del recurso de apelación es precautelar la tutela judicial efectiva de los derechos de las partes, mediante la validación de lo dictado por el juez o tribunal de garantías penales por un

[19] Corte Interamericana de Derechos Humano: Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú: sentencia de 30 de noviembre de 2007 (Solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)

[20] Corte Interamericana de Derechos Humano: Caso trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú: sentencia de 30 de noviembre de 2007 (Solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)

[21] Los recursos deben cumplir el objetivo para el cual fueron creados, en nuestra legislación, a partir de las reformas del 24 de marzo de 2009. se incluyó la procedencia del recurso de apelación de las sentencias condenatorias o absolutorias.

[22] Constitución de la República: "art. 76.7.m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."

[23] Artículo antes citado el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

superior[24] siendo ésta una verificación tanto de los hechos corno del derecho aplicado, lo que conlleva una revisión integral de la sentencia y del proceso con relación al cargo de apelación propuesto, en tal virtud no puede pretenderse el cumplimiento de esta garantía con la interposición de un recurso extraordinario, porque los previstos en el sistema procesal penal –de casación y revisión– tiene un alcance limitado y no cubren las exigencias antes relatadas.

En este orden de ideas, se considerará debidamente motivado un fallo de apelación, cuando aquel cumple los presupuestos de razonar la pertinencia del fallo impugnado o de ser el caso, revocarlo o reformarlo de manera fundamentada y además cuando en él, se clan respuestas jurídicas a todas y cada una de las pretensiones del impugnante.

Para su proceso argumentativo sobre la falta de motivación, el delegado de Fiscalía invoca los parámetros básicos fijados por la Corte Constitucional, y señala de forma general que la sentencia es ilógica, irracional e incomprensible bajo alegaciones superfluas que se limitan a mencionar que la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados se encuentra comprobada y que la narración del fallo no es claro, ni entendible, por lo que sus alegaciones solamente expresan su inconformidad, sin que se vislumbre fundamentación alguna que justifique su alegación, por lo tanto se desecha su petición.

Ahora bien, por constituir una máxima constitucional corresponde a este tribunal establecer las razones por las que considera que la Sala de apelación cumple con los presupuestos **básicos d**e motivación, para esto, es necesario estudiar la estructura del fallo impugnado a fin de lograr establecer si cumple con la finalidad del recurso de apelación.

En la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza los juzgadores dividen el análisis del caso en siete considerandos, estos son:

I. Jurisdicción y Competencia: en este acápite el tribunal de apelación, a través de la enunciación de los artículos 178.2 de la Constitución de la República del Ecuador y 152 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala las razones por las que el presente caso se somete a su jurisdicción: y, como en razón de los artículos 163.3 y 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. 29.1, 352. 1, 343.2 y 345 del Código de Procedimiento Penal, es competente para resolver la causa.

II. Validez Procesal: en este punto el tribunal de apelación sostiene que desecha la pretensión de declaratoria de nulidad expuesta en audiencia de fundamentación por el señor Francisco Cajilema Quinchi, aspecto que analiza detenidamente en el considerando 6.2., por cuanto considera que el proceso cumple con las formalidades legales y en consecuencia declara su validez.

III. Resumen de Pretensiones: en esta parte del fallo el tribunal de apelación condensa los argumentos con los que los sujetos procesales sustentaron su impugnación, así tenemos que:

- Francisco Cajilema Quinchi entre sus alegaciones solicitó: 1) Que se declare la nulidad por falta de competencia de uno de los jueces del Tribunal Penal de Pastaza que emitió el fallo; 2) Que la sentencia no cumple con las formalidades necesarias para su validez, al faltar la firma de los jueces competentes; 3) Que la persona sentenciada es Francisco Cajilema Quinche cuando su nombre es Francisco Cajilema Quinchi; 4) Que no existen pruebas de su responsabilidad por cuanto en los testimonios no se menciona al señor Francisco Cajilema y que existen meras referencias respecto de un señor Francisco, que las únicas personas que lo identifican son ex empleadas de la Cooperativa; 5) Que no existen pruebas respecto de la materialidad de la infracción debido a que no hay las actas en las diligencias realizadas, en atención a los dispuesto en el artículo 116 del Código de Procedimiento Penal, lo que puede degenerar en ineficacia probatoria conforme el artículo 76.4 de la Constitución de la Rep**úblicа del Ecuador; 6) Que un día antes** de la finalización de la instrucción se concedió al perito encargado de la experticia de identificación tres días

[24] El principio de jerarquía se reconoce como una de las técnicas primigenias de distribución de competencia. lo que permite a través de una estructuración escalonada, establecer sistemas administrativos para confortar las exigencias de cada organización pública.

para que presente su informe lo cual violenta lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal y 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador, además refiere que fue acusado como cómplice y se lo sentenció como autor.

- Segundo Abel Barona funda su impugnación en lo siguiente: 1) Se adhiere a la solicitud de nulidad; 2) Que respecto de su responsabilidad no hay video o fotografía que lo ubique ocasionando disturbios como los sucedidos, y que al momento de los hechos se encontraba con su esposa, con lo que insiste que no es terrorista sino gerente de otra cooperativa de la localidad, y que en el caso se identifica una pugna por la dirección de la cooperativa; 3) Que en el caso no pudo existir terrorismo puesto que de las imágenes se desprende la no participación de su cliente.
- Luis Moposita quien señala: 1) Que no se encontraba en horas de la tarde en la cooperativa, que ningún testigo lo ubica en ese lapso temporal, que para el terrorismo se requiere el estudio y preparación, que se encontraba en la cooperativa porque fundó la misma; 2) Que la agresión que se causó al policía nacional produjo una incapacidad de tres días, por lo tanto solo se trata de una contravención, y que para que exista terrorismo es necesario causar alarma general no alarma social como ocurre en el caso, por lo que deben aplicarse los principios de favorabilidad y proporcionalidad;
- La acusación particular al fundamentar el recurso de apelación manifiesta que se aplicó la pena mínima y que, en el caso, debían ser sancionado con el máximo de la pena, que existen daños a la propiedad y a las personas.

IV. Pruebas Actuadas en la Audiencia de Juicio: En este considerando el tribunal de apelación indica el método de valoración aplicable a la causa, y la legalidad de los medio probatorios actuados en la audiencia de juicio, realiza una transcripción de la teoría del caso esbozada por fiscalía, y, posteriormente detalla las pruebas actuadas por los sujetos de la relación procesal.

V. Normativa Aplicable: Los juzgadores de la Sala de apelación determinan que al caso es aplicable las normas constitucionales, convencionales y legales que a continuación se detallan:

Artículo 5 de la Constitución de la República del Ecuador;

Artículos 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pasto de San José en concordancia con los artículo 76, 77, 82, 168 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador;

Convención Interamericana contra el Terrorismo;

Resolución 51/210 sobre "Medidas para eliminar el terrorismo internacional", adoptadas en la 88º Asamblea Plenaria de 17 de diciembre de 1996;

Informe Final del Grupo de expertos de Alto Nivel sobre las Amenaza, los Desafíos y los Cambios, nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas de 01 de diciembre de 2004;

Artículo 160-A del Código Penal en el que se encuentra tipificado el terrorismo;

Además de estas referencias el tribunal de apelación cita como sustento de su decisión el análisis doctrinario realizado respecto del tipo penal acusado, así como el precedente indicativo contenido en la sentencia emitida el 01 de octubre de 2012, en el expediente 226-A-2009 de la Corte Nacional de Justicia.

VI. Análisis de la sala respecto a las fundamentaciones de los recursos de apelación interpuestos por los sujetos procesales: En este punto, los jueces de apelación responden a los puntos planteados como sustento del recurso, y en un orden necesario empieza por descartar la petición de nulidad bajo la reflexión de que su convalidación se produce en razón de que esto no influyó en la decisión de la causa.

En cuanto a que el apellido materno del señor ***Francisco Cajilema Quinchi*** contiene un error tipográfico, en atención a lo dispuesto en el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil, estima carente de solidez jurídica la argumentación del defensor sobre este particular, en razón de que se trata de un error accidental o involuntario que es subsanable.

Con relación a la alegación de falta de responsabilidad señalada por el señor Francisco Cajilema el tribunal con el análisis de los medios de prueba presentados por los sujetos de la relación procesal concluye que la enunciación de Fiscalía es general y que de las pruebas se desprende:

"[…] C1) Los señores Paulo Viteri, Walter Maroto, Alejandro Salazar y Nepatali Limache aportan ele-

mentos de responsabilidad en contra del sentenciado, **más si** revisamos sus testimonios encontramos que ninguno de ellos describe los actos de terrorismo que el señor Cajilema realizaba, ninguno de los testigos mencionan al señor Francisco Cajilema ni lo ubican en tiempo y espacio en el lugar de los hechos, esto es recurrente también en los testimonios de Néstor Moposita Toapanta, Camilo Navarrete, Wilmer Toapanta, **Víctor Zambrano**, Juan Vargas. C2) El testigo Ángel Robalino Llerena indica al referirse a los hechos que en la reunión habida el 25 de febrero de 2013 estuvo presente incluso "el señor Cajilema" sin embargo no refiere en específico al sentenciado y tampoco señala ningún acto delincuencial que el referido sentenciado hubiese estado perpetrando. C3) Milton Santi Salazar por su lado indica que: "en la mañana ingresaron el señor Moposita, el compañero de camisa a rayas (señala al señor Cajilema)" como en el caso inmediato anterior tampoco este testigo dice nada al respecto de los actos antijurídicos atribuibles al sentenciado además no lo identifica plenamente. C4) Verónica Guanoluisa Haro y Elizabeth Aguirre Montero, dicen que el día de los hechos estuvo presente el señor Cajilema y Abel nuevamente sin identificarlos plenamente ni detallar las conductas realizadas. C5) Jorge Pullas Cruz nada dice acerca del señor Francisco Cajilema Quinchi. C6) Edwin Ramírez Arias indica que los hechos de la tarde los conoció por video pero en la mañana llegaron varias personas a la cooperativa entre ellos el señor Cajilema, sin indicar que actuación tuvo en dichas oficinas. C7) Dina Chicaiza en similar forma relata los hechos pero nada dice de la actuación del procesado que nos ocupa es m**á**s en la parte final de su testimonio al responder a las preguntas del sentenciado la señala: "me ratifico en mi versión" lo cual denota la intención de no profundizar y colaborar con la justicia. C8) El Policía Juan Carlos Acuña no sabe nada por cuanto indica haber estado investigando un delito de robo. C9) El Policía Juan Vargas Peñaherrera indica haber estado el día de los hecho y recuerda haber visto en el lugar al Francisco Cajilema, sin embargo nada dice respecto al ilícito acusado por Fiscalía. C10) El cabo segundo de Policía Víctor Zambraño Chugñay no identifica y menos aún ubica al procesado Cajilema en el lugar. C11) El camarógrafo David Calapaqui Bustillos indica que el día de los hechos varias personas incluidas el señor Cajilema estaban en horas de la mañana en la Cooperativa sin embargo no enseña que actuación tuvo el señor Cajilema, al responder a la preguntas realizada por la defensa del procesado dice "me ratifico en mi versión, no puedo decir quien me amenazo por que no conozco a la gente". C12) Elvia Shigungo Andi, Ruiz Valladares Carmelina, Moreno Maila Filadelfia y Vega Mamasa Indira Inés, nada dicen respecto de la responsabilidad del sentenciado Cajilema. Sobre la materialidad de la infracción tenemos C13) Testimonio del policía José Caisa Yupanqui, perito de Reconocimiento del Lugar de los hechos quien describe el lugar de los hechos. C14) Cabo primero de policía Willian Chasi Pillajo perito que realizó el análisis comparativo de las características fisonómicas de las personas que aparecen en el video e informe de audio, video y afines con fotografías, tarjetas índices y otros elementos a fin de obtener la identidad física humana en el que se indica: "...dentro del SIIPNE no se pudo encontrar el registro correspondiente al señor Cajilema Quinchi Francisco, pero dentro de los documentos testigos proporcionados por la fiscalía se obtiene una fotografía a la cual se le denomina imagen testigo 2 misma que cotejada con la imagen adquirida de los archivos de video signada como imagen dubitada B presentan características fisonómicas y rasgos morfológicos similares", de este informe es importante destacar que ni el perito ni Fiscalía refieren en qué hora fue tomada la fotografía dubitada. C15) Freddy Guamán Cacoango perito de la transcripción del contenido del CD y pendrive HP, color azul que contiene la grabación de un medio televisado en la que relata que los hechos se produjeron en la mañana y tarde así como indica: "en la transcripción que realice no se encuentran términos amenazantes sino solamente se pueden observar las actitudes de algunas personas que interviene como interlocutoras...". C16) La prueba documental adjunta por Fiscalía correspondía a las publicaciones de la prensa local así como los partes policiales elaborados. C17) Sobre la ausencia de actas en algunas diligencias realizadas por Fiscalía, es necesario indicar que esto denota una falta de debida diligencia por el ente investigador, sin embargo en aplicación del art**í**culo 130.8 del Código Orgánico de la Función Judicial este hecho puede ser convalidado por cuanto no ocasiona un grave perjuicio al proceso."[25]

Luego de un análisis pormenorizado del recaudo probatorio recabado por Fiscalía en contra del señor Francisco Cajilema Quinchi el tribunal de apelación llega a establecer que estos no desvanecen la presunción de inocencia, ya que no se logra

[25] Cfr. Sentencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, fs. 106-107

precisar su participación en el grado de autor del cielito de terrorismo incoado, y observa la actuación de Fiscalía porque considera que debió revisar con mayor detenimiento la participación del mentado ciudadano a fin de establecer de forma fehaciente los hechos que originaron su acusación, así también sostiene que el Tribunal de instancia al dictar sentencia debía hacerlo sobre la base de hechos reales y probados y no en atención a conjeturas, pues los hechos no se subsumen al tipo penal contenido en el artículo 106.1 del Código Penal, y en consecuencia acepta el cargo propuesto por el recurrente.

Sobre los fundamentos del recurso de apelación del señor ***Segundo Abel Barona*** tenemos que su defensa técnica sostiene que el sentenciado se encontraba en el lugar de los hechos en la mañana, y no en la tarde como asevera Fiscalía, para la discusión de este alegato la Sala *ad-quem* parte del estudio de los medios probatorios recogidos por el tribunal *a-quo* en la acreditación de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sentenciado:

> "[…]los señores Paulo Viteri. Walter Maroto, Alejandro Salazar, Nepatali Limache (reconoce al señor Barona al revisar la fotografía de fojas 29 sin embargo no lo identifica planamente) solo indica haberlo visto. Néstor Moposita Toapanta, Ángel Robalino Llerena (afirman solamente que en la mañana ingresaron varias personas entre ellos el señor Barona, no detalla los incidentes que el mismo pudo ocasionar y a las preguntas realizadas por el defensor del sentenciado Barona indica que a la tarde no sabe si estaba en el lugar de los hechos). Milton Santi Salazar por su lado indica que: "en la mañana ingresaron el señor Moposita, el compañero che chompa negra (señala al señor Abel Barona) como en el caso inmediato anterior tampoco este testigo dice nada al respecto de los actos antijurídicos atribuibles al sentenciado además tampoco lo identifica plenamente. Verónica Guanoluisa Haro y Elizabeth Aguirre Montero, ex empleadas de la cooperativa manifiestan que el día che los hechos estuvo presente el señor Barona pero no enseñan que el mismo haya realizado actos de terrorismo. Jorge Pullas Cruz y Edwin Ramírez Arias no lo identifican ni ubican en el lugar de los hechos. Dina Chicaiza Pillata nada dice sobre las actividades del sentenciado y a las preguntas del defensor del mismo indica que no le ha visto armado. Los policías Juan Ramírez Acuaña, Juan Vargas Peñaherrera y Víctor Zambraño Chugñay en ninguna parte de sus testimonios mencionan al señor Barona, lo mismo sucede con el camarógrafo David Calapaqui Bustillos, Elvia Shigunago Andi, Carmelina Ruiz Valladares, Filadelfia Moreno Maila e Indira Vega Mamasa. B) En cuanto a los elementos de materialidad los testimonios de los peritos policía José Caisa Yupanqui, perito de Reconocimiento del Lugar de los Hechos quien describe el lugar de los hechos: y, el Cabo primero de policía Willian Chasi Pillajo perito que realizó el análisis comparativo de las características fisonómicas de las personas que aparecen en el video e informe de audio, video y afines con fotografías, tarjetas índices y otros elementos a fin de obtener la identidad física humana: Freddy Guamán Cacoango perito de la transcripción del contenido del CD y pendrive HP, en nada aportan a fin che establecer la responsabilidad penal del procesado."[26]

De la revisión del aporte probatorio infiere que no existe certeza en la ubicación temporal y espacial del señor Segundo Barona respecto de la comisión de la infracción, menos aún se ha llegado a comprobar que el impugnante haya realizado algún acto de violencia o que se hubiese encontrado armado, por lo que consecuentemente pierde peso la determinación de su participación en calidad de autor del delito tipificado en el artículo 160.1 del Código Penal y bajo estos razonamientos increpa tanto a Fiscalía como al tribunal che instancia en las mismas condiciones descritas, para posteriormente concluir que acepta el recurso de apelación propuesto por el recurrente.

Respecto a los fundamentos esbozados por el sentenciado ***Luis Orlando Moposita Maliza*** la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza constriñe que los testigos ubican al impugnante en el lugar de los hechos, no obstante, indica que del acervo probatorio practicado dentro de la audiencia de Juicio no se llega a precisar si su conducta se encuadra en la contenida en el tipo penal incoado, por lo que colige que la sentencia condenatoria dictada por el tribunal carece de sustento ya que el delito de terrorismo atenta contra la seguridad del Estado, y en la causa no se ha logrado establecer que la acción de los procesados haya lesionado este bien jurídico protegido, y concluye que los hechos denunciados no se subsumen a la conducta típica acusada por Fiscalía,

[26] Cfr. Sentencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, fs. 108

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ni a ninguna de las contenidas en el Título I del libro segundo del Código Penal, por lo que no es posible la aplicación del principio *iura novit curia,* ya que atentaría el principio de congruencia fáctica *y* el derecho a la defensa, y bajo estos razonamientos resuelve aceptar el recurso propuesto. Asimismo refiere que, en virtud de lo anteriormente señalado, no es posible la aplicación de los principios de favorabilidad y proporcionalidad.

En cuanto a la apelación propuesta por la señora ingeniera ***Elizabeth Sánchez Chicaiza, Gerente General de la Cooperativa de Ahorro g Crédito Amazonas LTDA., acusadora particular,*** en el que plantea que la pena de cuatro años es baja para los sentenciados y que debería imponerse el máximo de la pena lo que sustenta con la aseveración de existen 24000 socios y que sobre los hechos materia del recurso tienen conocimiento algunas instituciones estatales, la sala de apelación estableció que el recurso no fue debidamente sustentado porque la recurrente no expone de manera técnica los motivos por los que, desde su punto de vista, debe incrementarse la dosis punitiva en el caso in comento, y señala que la pena que se impuso a los sentenciados constituyó una apreciación de la circunstancia atenuantes justificadas.

En el punto 6.7. del fallo, la Sala de instancia refiere que de un análisis de los recursos interpuestos establece que los antecedentes fácticos acusados por Fiscalía no se adecúan al delito de terrorismo de bienes o servicio públicos, por lo que infiere que no se ha comprobado la materialidad de la infracción y, consecuentemente, la responsabilidad de los sentenciados.

VII. ***Decisión:*** en su parte resolutiva, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza manifiesta que rechaza el recurso propuesto por la acusación particular y acepta la apelación propuesta por los señores Luis Orlando Moposita Maliza, Segundo Abel Barona Gómez y Francisco Cajilema Quinchi por lo que ratifica su estado de inocencia ordenan la libración de las respectivas boletas de excarcelación.

Después de la revisión de la decisión judicial objetada, se establece que la sentencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza se encuentra debidamente motivada, porque cumplió con la finalidad del recurso de apelación, pues de manera técnica se confrontó lo alegado por las partes con lo resuelto por el tribunal de juicio, de modo que se llegó a establecer que no existió un adecuado uso de las reglas de la sana crítica en el ejercicio de valoración probatoria en la declaración de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad penal sobre la base de conjeturas que se alejan de lo aportado por el caudal probatorio, cuestionando así la certeza a la que arribó el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza al condenar a los señores Luis Moposita Maliza, Segundo Abel Barona Gómez *y* Francisco Cajilema en el grado de autores del delito de terrorismo tipificado en el artículo 160.1 del **Código Penal, dando validez a los puntos expuestos por los** sentenciados en sus impugnaciones a través de un adecuado cuestionamiento de los hechos declarados como probados y del ejercicio de subsunción en el ordenamiento jurídico, es decir, se entabló un nexo congruente entre la premisa mayor que contiene los antecedentes fácticos y la premisa menor que constituye el derecho aplicado que conjugan como consecuencia lógica la absolución de los procesados.

DECISIÓN

Por lo 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, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad:

RESUELVE

1) Declarar improcedente el recurso de casación propuesto por la Fiscalía General del Estado, por falta de fundamentación al no haberse demostrado cuál es la violación de la ley en la sentencia recurrida, conforme se deja expuesto en la parte motiva del fallo.

2) No existe mérito para casar de oficio.

3) Se dispone devolver el proceso al Tribunal de origen, para los fines legales pertinentes. **Notifíquese, cúmplase y publíquese.-**

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL; Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL.

VIII

Caso Nro. *0874-2016*
Resolución Nro. *1530-2018*
Fecha**:** *30 de agosto de 2018*

TEMA: Delito: Violación. Al momento de resolver el recurso de casación se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que las o 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. Empero, la facultad de auscultar errores de derecho en la aplicación del método de valoración probatoria consignado en la legislación penal es una circunstancia totalmente procedente en sede de casación.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación fueron: "[…] Mediante denuncia presentada por P.P.M.E en la que se ha indicado que el día 19 de marzo del 2013, mi hijo de nombres P.P.D.F de 15 años de edad me dijo llorando que ha sido víctima de abuso sexual desde los 12 años de edad por parte de xxx, xxx y xxx de 23. 32 y 34 años respectivamente, siendo la última vez el 13 de enero del 2013, siendo abusado por varias ocasiones por los tres sujetos mencionados anteriormente. Fiscalía en su teoría del caso ha planteado en la audiencia de juzgamiento, así como ha indicado que probaría conforme a derecho como el ciudadano xxx violó al menor de las iniciales D.F.P.P., cuando éste tenía 15 años de edad, en la parroquia San Plácido, cantón Portoviejo, provincia de Manabí, utilizando la fuerza y la violencia para lograr la penetración vía anal..[sic][…]". El 28 de octubre del 2015, las 16:34, el Tribunal de Garantías Penales de Manabí, considerando que se encuentra probada tanto la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, por el delito de violación sexual en varios años, según la teoría del caso presentado por la Fiscalía ante el Tribual del Juicio y a las pruebas aportadas en el mismo, dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano: xxx, en calidad de autor del delito tipificado en el artículo 512.3 y sancionado en el artículo 513 del ex Código Penal, le impuso pena privativa de libertad de dieciséis años, al pago de $ 5.000,00(CINCO MIL DÓLARES AMERICANOS) por concepto de reparación integral de la víctima; y, al tratamiento psicológico y terapéutico.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia de primer nivel, inconforme con esta decisión, el ciudadano con condena, interpuso recurso de apelación, más la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 24 de mayo de 2016, las 16:15, luego de la valoración y legalidad de los medios probatorios presentados por los sujetos procesales en la audiencia de juicio, aplicando los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva; y, de la sana crítica a los hechos esbozados por la Fiscalía, declaró la improcedencia del recurso, confirmando en todas sus parte la sentencia impugnada; el ciudadano con condena, 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, se refirió exclusivamente en que se debería reformular el ámbito de aplicación del recurso de casación en el que no se revisan los hechos ni se valora nuevamente la prueba; que, en el caso presente, para la declaratoria de culpabilidad del recurrente, se tomó como única prueba el testimonio único de la víctima para establecer la existencia material de la infracción; al respecto, es criterio de este Tribunal de cierre, que al tratarse de infracciones de índole sexual, el testimonio de la víctima es el único medio probatorio, siendo suficiente para enervar la presunción de inocencia, razonando además que se acoge este principio por la carencia de testigos, siendo por tanto relevante dicho testimonio rendido por la víctima cumpliendo los estándares constitucionales para dictar sentencia condenatoria en contra del encartado, siendo ya criterio formado por la Sala Penal de esta Corte en varios fallos, considerando que el Tribunal de Apelación, respetando los principios de ciencia lógica y experiencia y a los dictados por la razón, sin que conste contradicción en su razonamiento ni tesis contrapuestas, se halla debidamente motivada bajo los estándares constitucionales, tanto más que, el recurrente, no precisó el error judicial cometido por el Tribunal impugnado, así como tampoco señaló el modo de quebrantamiento de la ley que debió ser subsanado, se declaró la improcedencia del recurso.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No.17721-2016-0874-JCC
Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 30 de agosto del 2018, las 09h02.-

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 Homero Adalberto Palacios Zambrano en contra de la sentencia de fecha 24 de mayo de 2016, las 16h15, a través de la cual el *adquem* desecha el recurso interpuesto y confirma en todas sus partes el fallo venido en grado.

1.-ANTECEDENTES.

1.1. Reseña fáctica.

El *ad-quem* lo sintetizó de la siguiente manera:

> *[…]* Mediante denuncia presentada por P.P.M.E en la que se ha indicado que el día 19 de marzo del 2013, mi hijo de nombres P.P.D.F de 15 años de edad me dijo llorando que ha sido víctima de abuso sexual desde los 12 años de edad por parte de Pedro Palacios Macías, Bosco Ponce Ganchoso y Homero Palacios Zambrano de 23, 32 y 34 años respectivamente, siendo la última vez el 13 de enero del 2013, siendo abusado por varias ocasiones por los tres sujetos mencionados anteriormente. Fiscalía en su teoría del caso ha planteado en la audiencia de juzgamiento, así como ha indicado que probaría conforme a derecho como el ciudadano HOMERO ADALBERTO PALACIOS ZAMBRANO violó al menor de las iniciales D.F.P.P., cuando éste tenía 15 años de edad, en la parroquia San Plácido, cantón Portoviejo, provincia de Manabí, utilizando la fuerza y la violencia para lograr la penetración vía anal…[1] *[sic]*

1.2 Actuación procesal relevante.

i. Mediante sentencia de fecha 28 de octubre de 2015, las 16h34, el Tribunal de Garantías Penales de Manabí, declaró al ciudadano **Homero**

[1] Cfr. Cuaderno de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, fs. 73 vta. y 74.

Adalberto Palacios Zambrano, autor del cometimiento del delito de violación, tipificado y sancionado en los arts. 512 núm. 3) y 513 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos. Le impuso como pena privativa de libertad dieciséis años así como el pago de $5.000.oo dólares y el tratamiento psicológico y terapéutico a la víctima por concepto de reparación integral.

ii. El sentenciado **Homero Adalberto Palacios Zambrano**, inconforme con la resolución interpone recursos de apelación del fallo del *aquo,* ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, que el 24 de mayo de 2016, las 16h15, resuelve negar el medio impugnatorio propuesto y ratificar en todas sus partes el fallo venido en grado.

iii. El acusado inconforme con el fallo del *adquem*, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada, para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Extracto de la fundamentación y contradicción del recurso de casación.-

Acorde con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento penal, en concordancia con el art. 345 ejusdem, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y de contradictorio, en la que los sujetos procesales expresaron:

1.3.1 Síntesis de la fundamentación realizada por parte del recurrente acusado Homero Palacios Zambrano, a través de su abogado defensor Ramiro García Falconí

a) Manifiesta que, se ha presentado recurso de casación más allá de lo jurídico pro bono en razón del interés que éste tema podría generar.

b) Indica que, más allá de que la sentencia se encuentre inmotivada uno de los temas en el sistema penal ecuatoriano que resulta de mayor controversia, es la condena en delitos sexuales con base al testimonio único.

c) Sostiene que, la sentencia que impugna vía recurso de casación se basa únicamente en el testimonio de la supuesta víctima, lo cual no está prohibido pero es necesario que se impongan nuevos estándares y ese papel le corresponde a la Corte Nacional de Justicia.

d) Arguye que, bajo esta lógica si una persona afirma ser violentada sexualmente y sin ninguna prueba adicional, quedaría a la arbitrariedad de los jueces el decidir si un testimonio es creíble o no.

e) Dice que, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ya se ha desarrollado este tema y, por ello es menester que la Corte Nacional de Justicia dicte un pronunciamiento en este caso ya que el testimonio único no puede ser tomado como base suficiente para la emisión de una sentencia condenatoria.

f) Menciona que, en la sentencia No. 8152013 el Tribunal Supremo Español, Segunda Sala de lo Penal de 05 de noviembre de 2013, al igual que la jurisprudencia francesa, italiana y argentina, resulta necesario que exista credibilidad objetiva, subjetiva y concreción en la declaración y esto hace parte de los errores in iudicando de una sentencia.

g) Señala que, la credibilidad objetiva o verosimilidad del testimonio debe estar basado en la lógica de la declaración, y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico, debe haber coherencia externa, es decir, la persona que rinde el testimonio debe ser capaz de relatar el hecho sin contradicciones.

h) Expresa que, en cuanto a la credibilidad subjetiva es fundamental establecer que la víctima no tenga móviles espurios en función de su relación personal anterior con el supuesto sujeto activo del delito, es decir, que no se lo haga por venganza, vergüenza y, finalmente la concreción de la declaración, la cual debe hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades.

i) Dice que, en este caso debería dictarse una resolución análoga a la del Tribunal Supremo Español, más aún que, en el caso específico, la supuesta víctima un joven que reconoce tener una orientación de género diversa *homosexual* señala haber sido violado por tres personas.

j) Recalca que, en la sentencia impugnada no se especifica la fecha del suceso toda vez que, la víctima indicó ser violada en tres años diferentes y así se condena a tres personas sin haberse concretado la fecha.

k) Expone que, la víctima relató que fue presuntamente violada atrás de una capilla, en una zona rural de Manabí, lo que ocurrió en tres años diferentes pero ni siquiera recuerda el año, por lo que, no concurre la credibilidad objetiva referida *ut supra*.

l) Menciona que, en lo que respecta a la credibilidad subjetiva la víctima nunca dijo nada a nadie, pero que en una de estas relaciones sexuales al parecer hubo un testigo, el cual nunca fue

llamado a rendir testimonio y, señaló que le dio vergüenza y por eso no denunció, es decir, más móviles espurios no puede haber.

m) Señala que, si se va a aceptar un testimonio único como base de una sentencia condenatoria, se debe establecer cuáles son los parámetros que debe cumplir el testimonio.

n) Indica que, el primer cargo sería falso juicio de valoración y el segundo cargo contra la sentencia toda vez que, no se analiza un mismo hecho sino tres totalmente inconexos y se lo hace a través de un solo proceso basándose en un testimonio que expresa tres momentos y lugares diferentes.

Concluye diciendo que, a través de este caso la Corte Nacional de Justicia tiene la posibilidad de establecer los parámetros sobre los cuales los demás jueces pueden valorar el testimonio de la víctima en delitos sexuales, vale decir, credibilidad objetiva, subjetiva y coherencia en la declaración.

1.3.2 Síntesis de la contestación realizada por parte de la representante de **Fiscalía General del Estado, abogada María Belén Páez**

a) Enfatiza que, no se ha identificado la sentencia a la cual se está atacando mediante este medio impugnatorio, ni la causal de casación por la cual se presente el recurso.

b) Manifiesta que, existe una falta de precisión técnica al momento de sustentar el recurso toda vez que, se la dicho que existe una sentencia inmotivada pero no se ha logrado demostrar si el fallo carece de lógica, comprensión o razonabilidad.

c) Exterioriza que, Fiscalía contradice las aseveraciones manifestadas por la defensa técnica del recurrente ya que únicamente ha indicado que el testimonio anticipado de la víctima fue base para una sentencia condenatoria; sin embargo aquello no es verdad, en razón de que en los considerandos 5.1 y 5.2 se detalla los medios probatorios que demuestran la materialidad de la infracción y responsabilidad del acusado.

d) Dice que, la Corte Nacional de Justicia a través de sus diferentes fallos se ha pronunciado sobre esta clase de delitos, los cuales se cometen en la clandestinidad, el ocultamiento y sin testigos, por lo que, resulta trascendental el testimonio de la víctima.

e) Precisa que, las alegaciones del recurrente conducen a valorar prueba, lo cual está prohibido por el último inciso del art. 349 del Código de Procedimiento Penal.

f) Arguye que, el casacionista incumplió con el principio de taxatividad que exige que se precise la causal de casación así como no identificó los errores de derecho que presuntamente aqueja la sentencia impugnada.

g) Indica que, el fallo del *adquem* cumple los estándares internacionales de motivación, adicionalmente se encuentra demostrado con las pruebas practicadas tanto de cargo como de descargo, la materialidad de la infracción y responsabilidad del acusado.

h) Puntualiza que, la sentencia impugnada es únicamente contra el hoy recurrente y no como se ha dicho por parte de la defensa que son tres los sentenciados.

Solicita se deseche el recurso interpuesto por el recurrente por falta de fundamentación.

El recurrente sentenciado Homero Palacios Zambrano, al ejercer su derecho a la réplica a través de su abogado defensor Ramiro García Falconí, expresó:

i. Que se debe reformular el ámbito de aplicación del recurso de casación en donde no se revisa hechos ni valoración de prueba.

ii. Precisa que, está solicitando que se deje en claro los estándares que debe regir la valoración probatoria en el caso del testimonio único.

iii. Insiste en que, en el caso de marras se toma exclusivamente el testimonio de la víctima como suficiente para establecer la existencia de la infracción.

iv. Dice que, la Constitución y la ley establecen la certeza como el fundamento de una sentencia de condena.

v. Menciona que, en el caso hay una inadecuada aplicación del concepto de certeza al existir una valoración indebida de la declaración de la supuesta víctima y no someterle a ningún estándar de exigencia probatoria.

Solicita se case la sentencia en razón de que, no existe evidencia suficiente para determinar la condena.

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 en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función

Judicial en su artículo 173, y por la Resolución No. 2092017, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia y, designó a las y los nuevos siete juezas y jueces quienes reemplazarán en sus funciones a las y los salientes.

2.1.2 El 26 de enero de 2018 el Consejo de la Judicatura posesionó a las y los juezas y jueces que integran la Corte Nacional de Justicia.

2.1.3 El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante Resolución No. 012018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis Salas Especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013.

2.1.4 La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dio cumplimiento a lo dispuesto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 022018, de fecha 01 de febrero de 2018, resultado de lo cual, el presente Tribunal de Casación está conformado por el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, señor doctor Edgar Flores Mier, Juez Nacional y señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional.

2.2 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 y Código de Procedimiento Penal.

2.3 Validez Procesal.

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el art. 352 del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha de los hechos, en observancia de lo contemplado en el art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador y al no haberse advertido causal que pueda nulitar 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 en las resoluciones judiciales. *Prima facie* debemos partir de que el recurso de casación es extraordinario y de carácter formal y, su importancia reside en que el Tribunal de Casación solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia (*errores in iudicando*), por lo que las juezas y jueces están impedidos de realizar un nuevo examen de la prueba actuada, limitándose a enmendar los posibles errores de derecho cometidos en el acto de juzgar.

Como bien señala Fabio Calderón Botero *"el error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma. Ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica. Se entiende que afecta su existencia, el error de tener como vigente un precepto no promulgado o previamente derogado; que altere su selección, el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada; y, por último, que desvirtúe su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido […]"*[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 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) 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

[2] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en Materia Penal, 2° ed. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985, p. 14.

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 intelectiva del juzgador le orienta a derivaciones dilatadas o limitadas.

Bajo estos presupuestos al acudir a sede de casación el recurrente debe respetar los hechos fijados por los tribunales 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 del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente.-

De conformidad a lo dispuesto en el art. 349 del Código Adjetivo Penal, el análisis del caso se centrará a la materia objeto de impugnación del recurrente, por lo que el Tribunal de Casación una vez delimitado los cargos, entrará a resolver el fondo de los problemas bosquejados en la fundamentación del recurso compaginado con los fines que persigue la casación.

Con base a lo expuesto podemos decir que, el impugnante a través de su defensa técnica no ha formulado cargo casacional alguno, valga decir, señalamiento de una norma jurídica con fundamento en una causal de casación prevista taxativamente en el art. 349 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que, su disenso ha girado en torno al cuestionamiento acerca de la inadecuada aplicación del concepto de certeza en la declaración de la víctima, lo cual *a su criterio* ha sido valorado sin ser sometida a un estándar de exigencia probatoria. Por tanto, resulta palmario que el impugnante ha desconocido la tecnicidad que entraña este medio impugnatorio enrumbando su discurso al debate fáctico y probatorio del hecho, toda vez que, cuestiona el testimonio urgente de la víctima, mismos que al no ser concatenados con una causal resultan ajenos a la casación, en razón de que lo único que consiguen es desdeñar el razonamiento deductivo y relucir intereses propios o ajenos.

Al respecto vale reseñar que en sede de casación "[…] el marco de análisis que la Corte Nacional de Justicia tiene es la debida aplicación e interpretación de la ley dentro de las decisiones sometidas a su conocimiento, **más no otras atribuciones como la valoración y práctica de la prueba que corresponden a otras instancias"**[3] (lo resaltado fuera del texto).

Siendo así sucede que, la defensa técnica del recurrente comete un desliz al enrumbar su discurso a aspectos probatorios, dirigiendo sus asertos a presentar opiniones personales así como libres planteamientos que no se sujetan a causal algunas y provocan una prolongación del debate probatorio ya agotado en las instancias inferiores.

Al ser tan frágil la proposición jurídica y no cumplir con los parámetros mínimos de argumentación, este cuerpo colegiado se ve impedido de suplir las falencias expuestas, vale decir, la no identificación de norma jurídica alguna ni causal invocada, el desconocimiento de los hechos declarados como probados por parte del *adquem*, la discrepancia con el caudal probatorio actuado, entre otros, lo cual genera la declaratoria de improcedencia del recurso propuesto.

Así las cosas, queda claro que quién desfavorece su propia postura es el propio recurrente ya que sus argumentos no dejan de ser inanes, sin posibilidad alguna que mermen la doble presunción

[3] Cfr. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 129-14-SEP-CC, Caso No. 2232-13-EP.

de acierto, constitucionalidad y legalidad del fallo impugnado.

Empero, con la finalidad de enervar cualquier atisbo atribuido a la sentencia del *ad-quem*, este cuerpo colegiado en atención a la función nomofiláctica que persigue el recurso de casación considera pertinente revisar el fallo cuestionado, tarea metodológica que la efectuará en primer lugar precisando los límites del Tribunal al momento de resolver un recurso extraordinario de casación; luego concretará las garantías de certeza que deben ser observadas por los juzgadores cuando el testimonio de la víctima de delitos de carácter sexual es la única prueba válida de cargo; y, por último, se ocupará si en el caso en concreto se advierten razones para invalidar el testimonio de la víctima y si ésta fue prueba única para condenar.

2.5.1 Sobre los límites del Tribunal al momento de resolver un recurso extraordinario de casación.-

Se suele afirmar que el recurso de casación constituye uno de los más importantes medios de impugnación de carácter extraordinario y de contención de las más graves violaciones a la ley, toda vez que, se erige en un arma imprescindible de nuestro ordenamiento jurídico.

Vista así la casación tradicionalmente ha estado orientada a lograr una interpretación más adecuada al tenor de la norma positiva, así como lograr la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, como consecuencia de la tarea doctrinal unificadora.

Para logar tal cometido se ha fincado en el colectivo social la idea de que la casación es un recurso *clásico-formalista* que impide descender al análisis de los hechos probados y a la valoración de la prueba efectuado por los tribunales de instancia.

En este sentido, si observamos el modelo normativo de nuestra casación penal que mantenía el Código de Procedimiento Penal vigente hasta el 09 de agosto de 2014[4] y el Código Orgánico Integral Penal actual[5], encontramos que los limitantes para su estudio giran en torno a: (i) imposibilidad de volver a valorar prueba y; (ii) revisión de hechos declarados como probados.

No obstante, esta idea propia de la casación primitiva francesa ha sido positivizada por la legislación penal ecuatoriana y reforzada por la actual Corte Constitucional del Ecuador que en sus diferentes fallos ha precisado que "[…] al momento de resolver el recurso de casación se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que como lo ha dicho esta Corte, si esto fuera así se desconocería la independencia interna garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: "Los órganos de la Función Judicial gozaran de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevara responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley"[6]

De tal suerte que, el máximo organismo de justicia constitucional del país ha demarcado los límites del recurso extraordinario de casación circunscribiendo su objeto de estudio únicamente en lo tocante al juicio de derecho contenido en la sentencia, pues como bien afirma Pedro Bertolino "[…] la concepción tradicional del recurso de casación penal, característica e invariablemente alcanzó a las llamadas "cuestiones de derecho", es decir, solo para ensayar configurarlaslas relativas a la consideración jurídica de los hechos de la causa, quedando en la práctica, en principio, afuera de las cuestiones de hecho" [7]

---

[4] Cfr. Código de Procedimiento Penal, "art. 349.Causales.El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.
No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".

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

[6] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-1-SEP-CC dentro del caso No. 1647-11-EP de fecha 06 de febrero de 2013.

[7] Pedro Bertolino, La metamorfosis del recurso de casación. (Algunas consideraciones a propósito de dos fallos actuales trascendentes). En Justicia Penal y Estado de Derechos Humanos. En homenaje a Francisco Castillo González. Javier Llobet Rodríguez (coordinador), Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2007, p. 479.

Esta restricción del examen del recurso de casación a las cuestiones de derecho ha sido matizada con diferentes alcances en lo que atañe al derecho comparado, así en *modelo germánico –el cual sea quizás el que menos se ha alejado de sus orígenes*, la casación penal alemana tiene un motivo de revisión, la violación de la ley que naturalmente puede ser material o procesal, en donde se parte de la distinción hecho-derecho.

Por su parte, el *modelo italiano* como afirma Nieva Fenoll, "posee un recurso de casación similar al estilo francés originario"[8], en donde se lo concibe como un medio extraordinario limitado a las cuestiones jurídicas y a los motivos tasados en la ley.

Finalmente el *modelo francés* el cual en la actualidad es seguido de manera escasa, pregona que "la casación francesa no representa una tercera instancia, ya que las circunstancias fácticas escapan a su jurisdicción. Además no analiza todo el proceso, sino que solamente se ocupa de si la sentencia recurrida contiene una violación de la ley […] es decir, la restricción a las cuestiones de derecho parece clara en el texto de la ley".[9]

Lo dicho no hace más que confirmar que la casación penal a lo largo de la historia ha estado reservada para corregir los errores *in iudicando* que se presente en el iter lógico de la construcción de la sentencia; sin embargo, este carácter rígido tradicional en cada legislación ha ido morigerándose para así cumplir su fin, el cual debe estar enfocado a la defensa del interés público a través del respeto al principio de legalidad y seguridad jurídica, lo cual desembocará *per se* en el beneficio para la parte agraviada.

Esta breve disquisición nos permite observar que, la casación penal ecuatoriana resulta muy cercana al modelo francés, en razón de que ha sido perfilada para corregir privativamente los errores de derecho, no constituye una tercera instancia donde se continúe el debate probatorio, procede por los motivos tasados en la ley, tiene como baremo el respeto a los hechos fijados por los tribunales de instancia y no permite una nueva valoración de la prueba actuada.

Estas características señaladas brevemente han sido preponderadas por la Corte Constitucional del Ecuador, que ha sido persistente al señalar que "[…] la casación constituye un recurso de carácter extraordinario cuyo objetivo radica en evitar el apartamiento de las normas de derecho dentro de las decisiones judiciales […] en tanto se dirige y limita analizar exclusivamente si dentro de las sentencias impugnadas se ha producido una violación a la ley, por alguna de las causales expresamente determinadas en la normativa […] bajo la interposición del recurso de casación no proceden aquellas alegaciones tendientes a obtener una nueva valoración de los elementos probatorios actuados en el proceso, aspecto que se encuentra plenamente descartado del examen a realizar por parte de los jueces de casación […] no constituye una instancia adicional en la sustanciación de un proceso judicial en la que se puedan revisar cuestiones previamente examinadas por los jueces de instancia, tales como la prueba aportada durante el proceso o cuestiones fácticas que no transcienden la esfera de legalidad"[10]

Desde esta perspectiva legal y constitucional el tratar de irrumpir en sede de casación a cuestiones de hecho sería vaciar el contenido de este medio impugnatorio; toda vez que, el recurso de casación por su carácter rígidamente formalista se centra exclusivamente a aspectos de estricta legalidad.

Es patente que dada la insoslayable naturaleza del medio impugnatorio seguida por nuestra legislación penal, en el caso en concreto, el casacionista debía derivar su argumentación a cuestiones de estricto derecho y no a juicios de valoración de prueba –*como efectivamente lo afirma en su intervención*, lo cual conduce al fracaso de pretensión.

Más aún que, conforme quedó anotado *ut supra*, es deber del recurrente formular una propuesta casacional que se rija por los principios de taxatividad, limitación, suficiencia y trascendencia, lo cual en la especie no ocurre, toda vez que, el impugnante al no formular un cargo casacional y derivar su censura al estándar probatorio que debe ser observado en las víctimas de agresiones sexuales, incumple con un presupuesto básico para la concreción de su recurso.

[8] Jordi Nieva Fenoll, El hecho y el derecho en la casación penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 59.
[9] Ibid., p. 67-69.
[10] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 088-17-SEP-CC dentro del caso No. 2040-15-EP de fecha 29 de marzo de 2017

En fin, una vez delimitado lo anterior, valga decir como corolario que, el recurso extraordinario de casación tal como está diseñado en la legislación penal ecuatoriana requiere consultar con énfasis nuestra realidad, a fin de que dinamice la aplicación del derecho y se constituya en un medio más eficaz para la protección de los derechos plasmados en la Constitución, materializando la tutela judicial efectiva a través de la conciliación entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* enfocados desde la perspectiva constitucional.

2.5.2 Sobre las garantías de certeza que deben ser observadas por los juzgadores cuando el testimonio de la víctima en delitos de carácter sexual es la única prueba válida de cargo.

Resulta categórico afirmar que, al tratarse de infracciones de carácter sexual en donde el testimonio de la víctima constituye el único medio de prueba, éste se erige como suficiente para enervar la presunción de inocencia, toda vez que, "la carencia de testigos directos en la perpetración de los delitos sexuales […] hace que la declaración que rinde la víctima, aportada en juicio, sea trascendental para determinar la responsabilidad penal del sujeto imputado y, posteriormente, dictar sentencia condenatoria en su contra".[11]

La importancia del testimonio de la víctima en una agresión de carácter sexual ha sido un tema que ha cobrado importancia tanto en el seno de la doctrina especializada como en la jurisprudencia de los diferentes países, toda vez que, las características que atañen a esta clase de delitos *–muchas de las veces* es la clandestinidad, la ausencia de testigos, inexistencia de rastros, comisión encubierta entre otros, lo cual genera que, la declaración de la víctima cobre especial relevancia y se constituya en un medio legítima para resquebrajar la presunción de inocencia.

Así lo ha reseñado la jurisprudencia indicativa emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Nacional de Justicia, cuando ha dicho reiteradamente que:

> Los delitos sexuales, por regla general se ejecutan cuando la víctima se encuentra fuera de todo medio de protección y seguridad, a solas con el ofensor u ofensores, por lo que, resultan relevantes ciertos medios de prueba, como el testimonio de la ofendida, como prueba fundamental para determinar la existencia de la infracción y la responsabilidad del agresor[12].

Siguiendo esta misma línea argumentativa también se ha sostenido que:

Al ser los delitos sexuales cometidos en reserva y clandestinidad el criterio de la víctima debe tener un valor probatorio contundente[13]

Es decir que no existe duda de que el testimonio de la víctima un delito de carácter sexual se erige como prueba válida, cierta y contundente; sin embargo, el juzgador al momento de realizar el ejercicio de valoración probatoria debe tener en consideración que el principio de presunción de inocencia de rango constitucional exige una "mínima actividad probatoria de cargo que, además, debe ser capaz de acreditar los hechos imputados, de necesaria trascendencia penal, más allá de toda duda razonable"[14]

Es importante notar que, en los casos en que el juzgador únicamente tenga a su alcance el testimonio incriminador de la víctima, éste a fin de no soslayar la presunción de inocencia que cobija a todo ciudadano subordinado al poder punitivo del Estado, debe ser sometido a ciertos estándares especiales de valoración, toda vez que, no es dable proclamar apodícticamente su certeza sin verificar en el plano causal que la declaración de la víctima no este imbuida de circunstancias subjetivas que

[11] Cfr. Cuadernos de Jurisprudencia Penal, Corte Nacional de Justicia 2012-2014, 1ra edición, Quito, Corte Nacional de Justicia, 2014, (Colección: Gestión Jurisdiccional. Serie: Cuadernos de Trabajo 2), p. 292.

[12] Cfr. Obra Corporativa Corte Nacional de Justicia, Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho; período enero 2015 diciembre 2015, 5ta. Edición, p. 275276, Sentencia que pone fin al recurso de casación No. 3852015

[13] Cfr. Obra Corporativa Corte Nacional de Justicia, Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho; período enero 2013diciembre 2013, 3ra. Edición, p. 112, Juicio 0982012, por el delito de violación, seguido por la Dra. Ruth Beatriz Delgado Cabrera, funcionaria del Centro de Protección de Derechos del MIES INFA Zamora en contra de Filimón Benito Cajas Pasaca. 2. Juicio 5082013, por delito de violación, seguido por Ana Cecilia López Pantoja (acusadora particular) y la fiscal de Imbabura en contra de Marco Luis Torres Núñez. 3. Juicio 6852013, por delito de violación, seguido por Roxana Maldonado Nieto en contra de Marcos Cruz y Karina Gutiérrez.

[14] Luis Reyna Alfaro, Manual de Derecho Procesal Penal, 1ra edición, Edit. Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2015, p. 495.

puedan incidir en la parcialidad del testimonio, valga decir, odios, resentimiento, animadversión e interés en mentir del o la declarante; por otro lado, la declaración debe guardar una estructura lógica y simétrica que converja en sus aspectos esenciales a fin de dotarle de aptitud probatoria, sin exigirse que la narración de las circunstancias periféricas sean detalladas con minucia y, finalmente la persistencia en la incriminación durante el decurso del proceso, lo cual constituye la "única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, […] permitir[endo] que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad"[15].

Lo antes expuesto no hace más que salvaguardar las exigencias mínimas que garantizan el derecho a la defensa, no sin antes recalcar que, la valoración probatoria es un ejercicio exclusivo de los órganos judiciales de primera y segunda instancia, toda vez que, esta atribución no la ostenta la Sala de Casación Penal por la naturaleza formalista que la ley positiva le atribuye al recurso de casación; empero, la facultad de auscultar errores de derecho en la aplicación del método de valoración probatoria consignado en la legislación penal es una circunstancia totalmente procedente en sede de casación.

2.5.3 Sobre el caso sometido a conocimiento de este Tribunal de Casación.-

La defensa técnica del recurrente a lo largo de su exposición ha manifestado que, en el caso *in comento*, el Tribunal *ad quem* condenó a su defendido únicamente con base al testimonio de la víctima, el cual a su criterio carece de concreción en la incriminación y falta de credibilidad objetiva y subjetiva.

Respecto a la primera censura formulada de la revisión del fallo cuestionado, específicamente del acápite *QUINTO* titulado *"Antecedentes del hecho y prueba aportada"*, numeral 5.2, se desprende que, el testimonio urgente de la víctima D.F.P.P., no fue el único elemento probatorio que sirvió a los tribunales de instancia para condenar al acusado, toda vez que, dentro del caudal probatorio aportado por los sujetos procesales y valorado por el juzgador esta: (i) testimonio de la acusadora particular señora M.E.P.P; (ii) testimonio del doctor Carlos Rodríguez Jara, perito médico legal; (iii) testimonio de la señora Olaya Bravo Ponce; (iv) testimonio del doctor Jorge Correa Quisimalin, psicólogo clínico; (v) acuerdo probatorio respecto al reconocimiento del lugar de los hechos y; (vi) partida de nacimiento del adolescente D.F.P.P.

Así las cosas, es evidente que, la Corte de Apelación basó su sentencia en prueba testimonial y documental más no exclusivamente en el testimonio urgente de la víctima como erróneamente lo afirma la defensa del acusado, quien tratando de imponer su apreciación personal y subjetiva busca confundir a este Tribunal de Casación y obtener así una respuesta favorable, lo cual en la especie no ocurre y por ende la alegación propuesta no tiene vocación de éxito.

En igual sentido, la segunda censura propuesta apunta al cuestionamiento del testimonio de la víctima toda vez que, a criterio particular del impugnante éste no es persistente en la incriminación y carece de credibilidad objetiva y subjetiva.

Si bien de la forma planteada la censura aquella no se compagina con la técnica que demanda el recurso de casación, no obstante de la revisión del fallo se observa que, el acervo probatorio valorado por el tribunal *ad-quem* no ha sido distorsionado en contenido, forma y conclusiones, por cuanto los medios probatorios aportados por Fiscalía, permitieron reconstruir la conducta penalmente relevante en su realidad ontológica y que hacen posible convalidar el apotegma "*ius ex facto oritur*", esto es, *"del hecho nace el derecho"*.

En el caso *in examine* podemos decir que, las inferencias y/o conclusiones realizadas por parte del juzgador, se ajustan al caudal probatorio actuado por los sujetos procesales, por cuanto existe coherencia en la aplicación del silogismo jurídico. Si se revisa el fallo impugnado se avizorará que el *adquem* se apoyó en varios medios de prueba, para establecer la existencia de la conducta punible de violación sexual, y la responsabilidad de Homero Adalberto Palacios Zambrano.

Por ejemplo, para el Tribunal de Apelación quedó claro que víctima *adolescente de quince años de edad*

[15] Cfr. Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015.

fue accedido carnalmente por tres sujetos entre ellos el hoy acusado, toda vez que, se ha demostrado que el sentenciado conocía a la víctima con anterioridad ya que vivía en el mismo sector (San Bartolo) y a través de la realización de actos de intimidación logró perpetrar la agresión sexual (penetración por vía anal). Bajo este razonamiento al momento de subsumir el hecho en la descripción en abstracto, prevista en la ley, lo hace de manera acorde con el universo procesal, arribando a una conclusión que no dista de la lógica y la razonabilidad.

Es viable, entonces, que el tribunal *ad-quem* en el fallo impugnado arguya un silogismo cierto, mismo que encuentra sustento en su considerando *QUINTO*, en donde se aprecia fehacientemente la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica, las cuales están ceñidas a la realidad contenida en la sentencia.

Ahora bien, el casacionista en su exposición trata de desvirtuar, acorde con su particular visión de los hechos, la credibilidad de lo dicho por la víctima, y concluye que su defendido no es responsable del hecho que se incrimina; empero, este Tribunal de Casación considera que, el testimonio urgente del afectado es persistente en su incriminación hacia el hoy acusado, detallando las situaciones periféricas que rodean a la infracción, no se evidencia que existan razones para realizar una declaración inculpatoria movida por enemistad, resentimiento u otras circunstancias similares y, finalmente su relato resulta verosímil en razón de que, identifica plenamente a su agresor, el lugar donde ocurrió el suceso antijurídico e incluso la fecha de la última agresión a la que fue sometido.

En estas condiciones resulta palmario que, el juzgador de segunda instancia aplicó los dictados de la razón en la resolución del fallo, respetando los principios de la ciencia, lógica y experiencia, puesto que, no se denota contradicción en sus razonamientos ni tesis contrapuestas, sino el acatamiento irrestricto a la aplicación del derecho y la justicia material al caso en concreto.

3.DECISIÓN

Bajo estos presupuestos, 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 art. 358 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso, por unanimidad:

RESUELVE

1) **Declarar** improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente sentenciado **Homero Adalberto Palacios Zambrano**, por falta de fundamentación al no 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); Dr. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL; Dra. Sylvia Ximena Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IX

Resolución Nro. *598-2018*
Caso Nro. *13283-2015-01340*
Fecha: *11 de mayo de 2018*

TEMA*:* Delito: Abuso de confianza. El delito se constituye cuando el mandatario rebasa las funciones a él confiadas y ejecuta actos de dominio sobre la cosa. El abuso de confianza es una especie de defraudación que por su naturaleza exige que entre el sujeto activo y pasivo exista una relación de confianza.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación, según la sentencia de la Corte de Apelaciones, Fiscalía ejerció la acción penal por el delito de abuso de confianza contra xxx, xxx y xxx, por la denuncia presentada por xxx, se conoce que:" desde hace muchos años, con los ciudadanos acusados, nació una amistad llena de confianza. Como antecedente, la denunciante es propietaria de un local comercial de nombres "EL RAPIDO", ubicado en las Avs. 5 de junio y Jaime Roldós de la Ciudad de Portoviejo, en el cual se dedica a atender los problemas mecánicos de vehículos de diferente índole, como también a la venta de llantas y aros, razón por la cual mantenía negocios con xxx ya que éste, siempre le compraba llanta y aros y le cancelaba con cheques posfechados para luego depositarlos en su cuenta corriente. Que en el mes de septiembre de 2014, le entregó en forma prorrateada varios cheques, ya que xxx se dedicaba a la venta y renta de diferentes tipos de vehículos y al expendio de llantas; entregándole tres cheques del Banco Bolivariano y un cheque del Banco de Guayaquil; que por la confianza que le tenía, accedió a negociar con él, entregándole su mercadería y a cambio recibiendo varios cheques por el monto total de US$ 23.904,00; que ha tratado de hacer efectivos dichos documentos bancarios, pero que ha sido imposible en virtud de evasivas y promesas falsas, por lo que se siente lesionada en sus intereses y acusa a los precitados ciudadanos de ser responsables, en calidad de autores, del delito de abuso de confianza previsto en el artículo 187 del COIP." El 05 de julio de 2016, las 16:59, el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo, razonando que, de los recaudos procesales, la base del procesamiento es una transacción de tipo mercantil de compra y venta, en donde el objeto del contrato" cosa vendida" eran llantas y aros, elementos que no se enmarcan con los requisitos objetivos del tipo penal, ya que se debe diferenciar que el incumplimiento de los contratos no constituyen por sí mismo demostración de fraude, que es el elemento esencial que configura el delito de abuso de confianza(aunque se demuestre la existencia de la venta con las facturas) y la entrega de los cheques dados a la acusadora particular como pago de la negociación, ratificó el estado de inocencia del ciudadano xxx, las ciudadanas xxx y xxx, del presunto delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 187 inciso primero del COIP, calificando a la acusación particular presentada por la ciudadana Narcisa Monserrate Barreiro Pico de no ser maliciosa ni temeraria.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia de primer nivel, la Fiscalía presentó recurso de apelación, más la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 02 de mayo de 2017, las 10:35, aceptando la impugnación, revocó la sentencia apelada, luego de la valoración probatoria, que es su facultad, concluyó que de la prueba insertada en el juicio, más varias facturas, tarjetas índice y diferentes documentos oficiales y particulares, llevaron al tribunal de alzada a la certeza que se apreció demostrada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado xxx; dictó sentencia condenatoria, en calidad de autor del delito tipificado en el artículo 187 inciso primero del COIP, imponiéndole pena privativa de libertad de un año; y, al pago de la cantidad de US$ 5.000,00, como reparación integral de la víctima, de esta sentencia, el procesado, presentó recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

Se fundamenta el recurso de casación, por violación a la ley, ya que la Corte de Apelación, en el análisis de sus considerandos Quinto y Sexto, ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 187 inciso primero del COIP el Tribunal ad quem yerra en el contenido del alcance de la norma, ya que en la sentencia se debió haber razonado sobre el acto comercial, esto es, la relación de comercio que hubo entre la acusadora particular y su defendido, al realizarse el comercio de llantas o aros; que en tal virtud pide acoger el recurso deducido y ratificar el estado de inocencia de su defendido. El Tribunal de Casación aclarara que, la modalidad de la errónea interpretación se da cuando el juzgador selecciona correctamente la norma y la adecua al caso, pero al interpretar el precepto legal le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, es decir, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada. Por otra parte, el delito de abuso de confianza requiere que el sujeto activo del ilícito haya dispuesto, en perjuicio de un tercero, de los bienes o dineros a él confiados para destinarlos a un fin específico. El delito se constituye cuando el mandatario rebasa las funciones a él confiadas y ejecuta actos de dominio sobre la cosa. El abuso de confianza es una especie de defraudación que por su naturaleza exige que entre el sujeto activo y pasivo exista una relación de confianza; tal particularidad, en el presente caso se da, inclusive, desde el momento mismo que el procesado entrega un cheque de US$ 15.000,00 ya protestado, bajo la oferta(engañosa) de cubrirlo en tiempo posterior. En este sentido, el casacionista no señaló cómo el Tribunal de Apelaciones confundió el sentido y alcance de la norma aplicada; por lo tanto, establecida que ha sido la inexistencia de la alegada errónea interpretación, es de advertir que, la sentencia reprochada, además de contener un análisis crítico-jurídico que cumple con los estándares constitucionales y legales requeridos, el reproche no puede prosperar como cargo de casación, puesto que no cumple con la naturaleza técnica y jurídica que exige el recurso. El Tribunal de Casación declara inadmitido el recurso.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13283-2015-01340

Juez Ponente: Dr. Marco Maldonado Castro

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, viernes 11 de mayo del 2018, las 08h43.-
VISTOS:
PRIMERO.- Antecedentes
1.1. Antecedentes procesales
El Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo, en sentencia de 05 de julio de 2016, las 16h59, ratificó el estado de inocencia de Jhon Marcelo Solórzano Zambrano, Clara Aurora Solórzano Zambrano y de Luz Edicta Solórzano Zambrano, acusados del delito de abuso de confianza, tipificado en el artículo 187 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal COIP-. Además calificó a la acusación particular, presentada por la señora, Narcisa Moserrate Barreiro Pico, contra los procesados de no ser maliciosa ni temeraria. De esta decisión, Fiscalía General del Estado, a través de su representante, interpone en legal y debida forma, recurso de apelación de la sentencia antes referida.
La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en sentencia de 02 de mayo de 2017, las 10h35, declaró aceptar el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía y revocar la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Portoviejo y en su lugar, dictó sentencia condenatoria, declarando a Jhon Marcelo Solórzano Zambrano como autor y responsable del delito tipificado en el artículo 187 inciso primero del COIP, imponiéndole la pena privativa de libertad de un año, incluyendo, como reparación integral de la víctima, la cantidad de US$ 5.000,00.
Inconforme con la precitada decisión, el procesado Jhon Marcelo Solórzano Zambrano, interpuso el recurso de casación que es materia del presente análisis.
1.2. Hechos acusados y hechos probados.
Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, Fiscalía ejerció la acción penal por el delito de abuso de confianza contra Jhon Marcelo Solórzano Zambrano, Clara Aurora Solórzano Zambrano y Luz Edicta Solórzano Zambrano, por la denuncia presentada por Narcisa Moserrate Barreiro Pico, se conoce que, desde hace muchos años, con los ciudadanos acusados, nació una amistad llena de confianza. Como antecedente, la denunciante Narcisa Monserrate Barreiro Pico, es propietaria de un local comercial de nombres "EL RAPIDO", ubicado en las Avs. 5 de junio y Jaime Roldós de la Ciudad de Portoviejo, en el cual se dedica a atender los problemas mecánicos de vehículos de diferente índole, como también a la venta de llantas y aros, razón por la cual mantenía negocios con Marcelo Solórzano Zambrano, ya que éste, siempre le compraba llanta y aros y le cancelaba con cheques posfechados para luego depositarlos en su cuenta corriente.
Que en el mes de septiembre de 2014, le entregó en forma prorrateada varios cheques, ya que Marcelo Solórzano Zambrano se dedicaba a la venta y renta de diferentes tipos de vehículos y al expendio de llantas; entregándole tres cheques del Banco Bolivariano y un cheque del Banco de Guayaquil; que por la confianza que le tenía, accedió a negociar con él, entregándole su mercadería y a cambio recibiendo varios cheques por el monto total de US$ 23.904,00; que ha tratado de hacer efectivos dichos documentos bancarios, pero que ha sido imposible en virtud de evasivas y promesas falsas, por lo que se siente lesionada en sus intereses y acusa a los precitados ciudadanos de ser responsables, en calidad de autores, del delito de abuso de confianza previsto en el artículo 187 del COIP.
El Tribunal *ad quem*, luego de la valoración probatoria, que es su facultad, concluyó que de la prueba insertada en el juicio se apreció demostrada la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado Jhon Marcelo Solórzano Zambrano, en especial, con los testimonios de Narcisa Moserrate Barrerio Pico, Jorge Luis Sornoza Barreiro, Kléber Alfredo Tuárez Ureta y Édison Mauricio Revelo Lara; así como también, con varias facturas, tarjetas índice y diferentes documentos oficiales y particulares.
SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia
El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador -CRE- y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial -COFJ-, emitió la Resolución No. 08-2015, de 22 de enero de 2015,

publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 441, de 20 de febrero del mismo año, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2015, de 28 de enero de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero del mismo año, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma, en el precitado Registro Oficial, se publicó la Resolución No. 02-2015, emitida el mismo día, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

En Resolución No. 060-2015, de 1 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 476, de 9 de abril del mismo año, el Consejo de la Judicatura designó a las conjuezas y conjueces en las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 y 201, numerales 1 y 2, del COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 05241-2014-0122, al Tribunal integrado por la doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; el doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional; y, el doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional ponente, en reemplazo del doctor Luis Enríquez Villacrés de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ, Resoluciones No. 01-2018 y 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia publicados en el Registro Oficial No. 193 de lunes 05 Marzo 2018; y, oficio No. 516-SG-CNJ-ROG de 16 de marzo de 2018.[1]

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es el COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 656 y 657 del COIP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso de casación del procesado recurrente Jhon Marcelo Solórzano Zambrano.

La Defensora Pública, doctora Lolita Montoya Moreta, en representación del procesado Jhon Marcelo Solórzano Zambrano, manifestó:

Que fundamenta el recurso de casación propuesto por su representado, por violación a la ley, ya que la Corte de Apelación, en el análisis de sus considerandos Quinto y Sexto, ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 187 inciso primero del COIP; puesto que, el Tribunal ad quem yerra en el contenido del alcance de la norma, ya que, en la sentencia se debió haber razonado sobre el acto comercial, esto es, la relación de comercio que hubo entre la acusadora particular y su defendido, al realizarse el comercio de llantas o aros; que en tal virtud pide al Tribunal de Casación, acoger el recurso deducido y ratificar el estado de inocencia de su defendido.

CONTRADICCIÓN DE LA REPRESENTANTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La doctora María Páez Lasso, representante de la Fiscalía General del Estado, manifestó que, la defensa técnica del recurrente, al justificar el reproche invocó una ley impertinente. Que existen varios fallos de esta Corte Nacional de Justicia en las cuales se determina cuándo el cargo por errónea

[1] En reemplazo del doctor Luis Enríquez Villacrés por licencia concedida.

interpretación es procedente. Señala además que, la sentencia recurrida cumple con los estándares constitucionales de lógica, comprensibilidad y razonabilidad, por lo tanto, el presente recurso debe ser desechado.

INTERVENCIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

El doctor Francisco Ponce, en representación de la señora Narcisa Moserrate Barreiro Pico, acusadora particular, expresó:

Que se allana íntegramente a lo manifestado por la representante de la Fiscalía General del Estado, pide además que, por cuanto, la sentencia dictada por la Sala Penal de Manabí, de fecha 02 de mayo de 2017, se encuentra motivada y fundamentada conforme lo dispone la ley, se declare improcedente el recurso de casación, tanto más que el recurrente no ha justificado la pertinencia del mismo.

Que se ha justificado que el recurrente, abusando de la confianza que gozaba con su representada, dispuso del bien entregado con la condición de restituirlo con los cheques posfechados, los mismos que nunca fueron cancelados y tampoco se ha restituido el bien.

Por lo expuesto, solicita que se confirme la sentencia condenatoria y se modifique el pago de reparación integral, por cuanto, es contraproducente que la Corte Provincial de Manabí haya ordenado el pago de US$ 5.000,00 cuando el daño ocasionado asciende a US$ 23.904,00.

INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA TÉCNICA DE LAS PROCESADAS NO RECURRENTES

El doctor Diego Jaya, en representación de las procesadas no recurrentes Clara Aurora Solórzano Zambrano y Luz Edicta Solórzano Zambrano, precisó que sus defendidas, al no haber sido nombradas, no han sido afectadas en sus derechos.

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso *"(…) encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios".*[2] En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con la finalidad de *"procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio".* [3]

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control

[2] Lino Enrique Palacio, Los recursos en el proceso penal (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 80.
[3] Jorge Zavala Baquerizo, Tratado de derecho procesal penal. Tomo X (Guayaquil Editorial Edino, 2007), 73.

in iure, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba.

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

[…] juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento.

Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación. […]. [4]

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales. En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal, que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento y en ejercicio de sus competencias, corresponde a este Tribunal de Casación analizar si la sentencia recurrida, en primer lugar, cumple con los mandatos y exigencias constitucionales, para luego pasar a determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 656 del COIP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se incurrió en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

5.1.5. En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano toda autoridad, judicial o administrativa, tiene la obligación de garantizar el ejercicio pleno de los derechos, puesto que nuestra CRE, *"sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas. En este sentido y a criterio de la Corte, todas las autoridades administrativas y en el caso sub judice las autoridades judiciales, de conformidad con lo establecido en la Constitución, deben ser garantes y operadores del cumplimiento de las normas y derechos de las partes para la conformación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se respeten los derechos […]".*[5]

SEXTO: Fundamentos del Tribunal de Casación

6.1 Del análisis de los argumentos realizados por parte de la defensa del procesado recurrente Jhon Marcelo Solórzano Zambrano, en la audiencia de fundamentación del recurso, el Tribunal considera que sus pretensiones impugnatorias se sustentan en el cargo de violación de la ley por errónea interpretación del artículo 187 inciso primero del COIP.

Cabe aclarar que, la modalidad de la errónea interpretación se da cuando el juzgador selecciona correctamente la norma y la adecua al caso, pero al interpretar el precepto legal le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, es decir, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada.

Por otra parte, el delito de abuso de confianza requiere que el sujeto activo del ilícito haya dispuesto, en perjuicio de un tercero, de los bienes o dineros a él confiados para destinarlos a un fin específico. El delito se constituye cuando el mandatario rebasa las funciones a él confiadas y ejecuta actos de dominio sobre la cosa. El abuso de confianza es una especie de defraudación que por su naturaleza exige que entre el sujeto activo y pasivo exista una relación de confianza; tal particularidad, en el presente caso se da, inclusive, desde el momento mismo que el procesado entrega un cheque de US$ 15.000,00 ya protestado, bajo la oferta (engañosa) de cubrirlo en tiempo posterior.

[4] Humberto Fernández Vega, El recurso extraordinario de casación penal (Bogotá: Editorial Leyer, 2002), 34.
[5] Ecuador. Corte Constitucional (para el Período de Transición). Sentencia No. 035-12-SEP-CC del caso No. 0338-10-EP.

En el considerando Sexto de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, al referirse a la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, se formula la siguiente reflexión:

"En el caso del abuso de confianza que configura la figura delictiva, no debe entenderse por confianza la que nace de conocer a una persona o de ser su amiga (presupuesto para la estafa) sino porque existe entre ambas partes una relación jurídica que las vincula y hace que en virtud de ella una debe confiar en que la otra cumplirá con las obligaciones impuestas en el acuerdo. La obligación que se genera en virtud del acuerdo es legal, lo que se configura como abuso de confianza y por lo tanto como figura delictiva, es el incumplimiento de la obligación futura, nacida de ese acuerdo legítimo…". Por lo tanto considerando que la materialidad es el conjunto de elementos objetivos o externos, se hace necesario acreditar todas y cada una de las circunstancias que lo caracterizan y que la ley señala como delito, lo que ha ocurrido en el presente caso, pues de los elementos de prueba encontrados, se esgrime que efectivamente el procesado JHON MARCELO SOLÓRZANO ZAMBRANO se ganó la confianza de la acusadora, haciéndose entregar llantas y aros, que son bienes muebles y a cambio debía de restituir su entrega procediendo a su pago, que era de $23.904,00, por lo que entregó tres cheques, que no eran de su cuenta personal, sino de las señoras Luz Edicta Solórzano Zambrano y Clara Aurora Sornoza Zambrano, pagos que jamás se realizaron pese a los requerimientos de la acusadora, ya que los cheques fueron devueltos por insuficiencia de fondos, cuenta cerrada, e inconformidad de firma, configurándose él dolo, el ánimo de causar un perjuicio , pues una vez que obtuvo los accesorios, no los restituyó con su pago, causándole una disminución en su patrimonio, como bien lo asevera la víctima.

[…]

Así también la doctrina nos indica que el bien jurídico que se protege es el derecho a la verdad o a la buena fe de los agentes del mercado; en todo caso el delito de Abuso de Confianza es un delito pluriofensivo, que atenta contra el patrimonio y al mismo tiempo se lesiona la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico." [sic]

Pese a que, la defensa técnica del procesado recurrente, señaló el considerando Sexto de la sentencia reprochada como el objetivo de su cargo casacional, no ha fundamentado su procedencia, puesto que, en la audiencia de fundamentación de su recurso dirigió su alegato a la compraventa de un vehículo (que no es el caso) y de accesorios vehiculares, mas no señaló cómo el Tribunal de Apelaciones confundió el sentido y alcance de la norma aplicada; por lo tanto, establecida que ha sido la inexistencia de la alegada errónea interpretación, es de advertir que, la sentencia reprochada, además de contener un análisis crítico-jurídico que cumple con los estándares constitucionales y legales requeridos, el reproche no puede prosperar como cargo de casación, puesto que no cumple con la naturaleza técnica y jurídica que exige el recurso.

Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, considera que en su fundamentación, el recurrente no justificó los preceptos dispuestos en el artículo 656 del COIP, por lo que el cargo de casación resulta improcedente.

SEXTO.- Resolución

En virtud de lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales anotadas, en atención al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y, con fundamento en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA",** este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, resuelve:

1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Jhon Marcelo Solórzano Zambrano; y,

2. De oficio casar la sentencia modificando el quantum de la reparación integral, al estado que, su monto se fija en US$ 23.904,00; toda vez que, de la resolución impugnada se establece y justifica que los perjuicios ocasionados a la acusación particular, ascienden a dicho monto.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL; Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL.

X

Juicio Nro. *17282-2015-05549*
Resolución Nro. *1341-2018*
Fecha: *30 de julio del 2018*

TEMA: Delito: Lavado de Activos. El Principio de Favorabilidad debe analizarse de manera que el juzgador posea los elementos necesarios y la plena convicción para aplicarlo al caso concreto, por ello, su determinación deviene en la necesidad de establecer qué norma legal es más favorable, en este contexto, implica una sucesión de leyes penales en el momento de la realización de la conducta punible.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación fueron:" Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, por el informe 048-2015 realizado por la Unidad de Análisis Financiera, a los personeros de la Federación Ecuatoriana de Fútbol -FEF-, así como, por las Asistencias Penales Internacionales respecto de los hechos investigados, Fiscalía ejerció la acción penal pública por el delito tipificado y sancionado en el artículo 317, numerales 1 y 2 del COIP, contra los ciudadanos xxx, xxx y xxx; aportes que permitieron demostrar el lavado de activos por la cantidad de US$ 6119.565,00 (seis millones ciento diecinueve mil quinientos sesenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, luego de haber escuchado a los sujetos procesales en la audiencia de juicio, a la valoración de las pruebas testimoniales, periciales documentales y materiales, aportadas en base a los principios de inmediación y contradicción, considerando que se encuentra probada la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, dictó sentencia condenatoria en contra de los ciudadanos xxx y xxx, en calidad de coautores, imponiéndoles pena privativa de libertad de diez años, en relación al procesado xxx, le impuso pena privativa de libertad atenuada de tres año y cuatro meses, en calidad cómplice; condenó al pago de $ 5'000.000,00 cinco millones de dólares de los Estado Unidos de Norteamérica a los dos primeros de los nombrados procesados y en relación al cómplice la cantidad de $ 2'239.130.00, dos millones doscientos treinta y nueve mil ciento treinta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el comiso especial de todos los bienes muebles e inmuebles de los referidos procesados adquiridos entre el periodo comprendido desde los años 2010 al 2015.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

No conformes con esta decisión los procesados con condena, interpusieron recursos de apelación, más, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 13 de septiembre de 2017, las 14h54, cumpliendo con su competencia exclusiva de valoración probatoria, analizada luego de la fundamentación de los recursos, desechando el presentado por el ciudadano xxx; aceptando parcialmente los recurso de los ciudadanos xxx, dejó sin efecto la pensión jubilar; y, de xxx, dejó a salvo los derechos de terceros el comiso ordenado, confirmado en lo demás la sentecia impugnada; inconformes con el fallo del ad-quem interponen 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 los procesados, entre otras fue la aplicación del principio de favorabilidad, conforme lo dispone el artículo 656; esto es, por contravención expresa del artículo 5.2 del COIP, que fueron justificados por los encartados en la audiencia oral de fundamentación del recurso, al observar que las penas impuestas a la más favorable, amparándose en los principios de irretroactividad y ultraactividad de la ley, el Tribunal de cierre, revocó la sentencia impugnada, con relación al quantum de la pena, impuso al ciudadano xxx, pena privativa de libertad de seis años; y, al ciudadano xxx, pena privativa de libertad de dos años; y, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos, por ser más favorable; por lo que, de conformidad de lo previsto en el artículo 652, numeral 5 del COIP y amparados en el razonamiento constante en el considerando Sexto de la sentencia de mérito, se concedió el principio de favorabilidad por efecto extensivo de los recursos al procesado xxx, al estado que, se deroga la sentencia pronunciada contra este procesado por el ad quem, exclusivamente respecto al monto de la pena, por lo que, por el principio de igualdad, se le impuso la pena privativa de libertad de seis años, confirmando en lo demás lo previsto en la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17282-2015-05549

Juez Ponente: Dr. Marco Maldonado Castro

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, lunes 30 de julio del 2018, las 09h11.-

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales

El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, en sentencia de 20 de febrero de 2017, las 14h14, por haber adecuado su conducta al delito tipificado y sancionado en el artículo 317, numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal - COIP-, declaró la culpabilidad de Luis Gustavo Chiriboga Acosta y Hugo Édison Mora Azanza, en calidad de coautores, imponiéndoles la pena privativa de libertad de diez años, en razón de haberse presentado voluntariamente y, de Pedro Marcelino Vera Valverde, en calidad de cómplice, imponiéndole la pena privativa de libertad de tres años y cuatro meses, por también haberse presentado voluntariamente ; asimismo, impuso la multa económica a Luis Gustavo Chiriboga Acosta, por la cantidad de US$ 5´000.000,00 (cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica); a Hugo Édison Mora Azanza, por la cantidad de US$ 5´000.000,00 (cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica); y, a Pedro Marcelino Vera Valverde, por la cantidad de US$ 2´239.130.00 (dos millones doscientos treinta y nueve mil ciento treinta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), además del comiso especial de todos los bienes muebles e inmuebles de los procesados, adquiridos durante el periodo comprendido desde el año 2010 hasta el año 2015, de conformidad con el artículo 317 y 69 del COIP. De esta decisión, los sentenciados interpusieron el recurso de apelación.

Mediante sentencia de 13 de septiembre de 2017, las 14h54, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, desechó el recurso de apelación interpuesto por Pedro Marcelino Vera Valverde; aceptó parcialmente los recursos de apelación interpuestos de Luis Gustavo Chiriboga Acosta y dejó sin efecto la retención de su pensión jubilar; sin embargo, con relación a Hugo Édison Mora Azanza deja a salvo los derechos de terceras personas en relación al comiso ordenado por el Tribunal a quo. En lo demás, confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

Inconformes con la precitada decisión, los encausados interpusieron el recurso de casación, sin

embargo, únicamente fueron admitidas a trámite las impugnaciones de Luis Gustavo Chiriboga Acosta y Pedro Marcelino Vera Valverde, que son materia del presente análisis.

1.2. Hechos acusados y hechos probados.

Según la sentencia de la Corte de Apelaciones, por el informe 048-2015 realizado por la Unidad de Análisis Financiera, a los personeros de la Federación Ecuatoriana de Fútbol -FEF-, así como, por las Asistencias Penales Internacionales respecto de los hechos investigados, Fiscalía ejerció la acción penal pública por el delito tipificado y sancionado en el artículo 317, numerales 1 y 2 del COIP, contra los ciudadanos Luis Gustavo Chiriboga Acosta, Pedro Marcelino Vera Valverde y Hugo Édison Mora Azanza; aportes que permitieron demostrar el lavado de activos por la cantidad de US$ 6´119.565,00 (seis millones ciento diecinueve mil quinientos sesenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

El Tribunal *ad quem*, luego de la valoración probatoria, que es su facultad, concluyó que de la prueba insertada en el juicio se apreció demostrada la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados; en específico, por: **1**. La Asistencia Penal de los Estados Unidos de Norteamérica, remitida con su propia traducción, a través de la cual se tuvo conocimiento que el día 25 de noviembre de 2015, a las 15H26, ante el Tribunal del Distrito de los en los Estados Unidos, Distrito de Nueva York, el Departamento de Justicia de dicho país presentó una acusación formal en contra de varios Presidentes de las Asociaciones de Fútbol que pertenecen a la Confederación Sudamericana de Fútbol "CONMEBOL", entre ellos, el señor Luis Gustavo Chiriboga Acosta, considerado como uno de los líderes del "grupo de los 6", quienes exigían pagos anuales de sobornos a cambio de su apoyo a la empresa T&T como titular de los derechos de transmisión de la Copa Libertadores, entre otros torneos, razón por la cual se acordó y realizó, dese el año 2010, pagos anuales de seis cifras por concepto de sobornos a los acusados. Luis Chiriboga se desempeñó además como Presidente de la FEF desde 1998 hasta el mes de marzo de 2016; acusándolo de varios cargos, como el de asociación delictuosa de crimen organizado, fraude electrónico y lavado de dinero. De la misma manera se acusó a accionistas de las empresas Cross Trading Y Full Play, quienes en la FEF tuvieron el derecho exclusivo de la comercialización de los derechos de televisión desde el año 2003 en la administración de Luis Chiriboga. Asimismo, por la acusación presentada por la Fédération Internationale de Football Association -FIFA- ante el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que guarda relación con la causa investigada, se hizo constar entre los acusados al señor Luis Chiriboga, petición en la que consta la solicitud de que la FIFA sea declarada como víctima, toda vez que sus directivos se aprovecharon de sus cargos y dignidades para su provecho personal; además, se realizó un detalle preliminar de los gastos y personas que deberán pagar cifras, si bien no se mencionó al procesado Luis Chiriboga en primera instancia, se hizo hincapié en que aún está sujeto a investigación; **2.** La Asistencia Penal de la República Argentina mediante la cual se dio a conocer que, el día 24 de julio de 2015, la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos de la República Argentina, interpuso una denuncia por la cual sugirió la interposición de medidas cautelares y propuso diligencias de prueba pues, según un informe de la Unidad de Información Financiera (UIF) los señores Hugo Víctor Jinkis, Mariano Alejo Jinkis y Alejandro Burzaco a través de sobornos a las autoridades/dirigentes de la FIFA y CONMEBOL, lograron colocarse en una situación de privilegio especial para negociar con el Estado Nacional los derechos económicos de comercialización del marketing, publicidad y transmisión de diversos eventos futbolísticos en los que ha participado el Seleccionado Nacional de Fútbol, desde el año 1991 a la actualidad, fijando de ese modo precios unilateralmente, circunstancia que les permitió obtener ganancias exorbitantes con dinero de origen público. Se estableció también que esa ventajosa situación de la que gozaron los individuos reportados generó millonarias ganancias que sirvieron para solventar el pago de nuevos sobornos y asegurar la permanencia de su posición preponderante en el mercado, por lo tanto, dichos fondos y lucros con los que operaron las personas y empresas involucradas, vinculadas a las contrataciones con las asociaciones y federaciones de fútbol expuestas, su introducción al mercado como actividad normal y habitual de la empresa, así como su posterior aplicación y reconversión en otros bienes, resultan ilícitas y encuadran en el delito de lavado de activos. **3**. La Asistencia Penal, recibida desde Paraguay de 07 de marzo de 2016, remitida por Abogado Manuel Doldán del Ministerio Público, que de acuerdo a la información recabada de la CONMEBOL, se suscribe en nombre y representación de la

CONMEBOL, en la que se concluyó que la FEF disimuló dinero de origen ilícito a través de falsas e inexistentes donaciones, pues la FEF, durante el periodo 2010 - 2015, recibió catorce transferencias de la CONMEBOL que suman un total de US$. 5´339.160,58, evidenciándose que dentro cinco de ella no se encuentran dentro del listado enviado por la CONMEBOL a la FEF. Además, por los testimonios de: 4. Pedro Vera Valverde quien en lo principal indicó que Hugo Mora Azanza como Jefe del Departamento Financiero era el tesorero, que realizaba las aprobaciones junto con el Presidente y una vez aprobado procedía con el registro. Que en ocasiones el señor Hugo Mora asistía a las reuniones del Directorio; **5**. Franklin Guzmán, quien indicó que trabajó con la información otorgada por el Director Financiero de la FEF; **6**. Cabo Primero de Policía Rodrigo Ledesma quien realizó el análisis patrimonial de Hugo Mora, señaló que realizó la pericia Contable Financiera al señor Mora Azanza Hugo Edison en la que determinó que Hugo Mora Azanza como Tesorero y Director Financiero, en relación de dependencia en la FEF, desde el 15 febrero 1998, obtuvo ingresos por concepto de sueldo, décimos, fondos de reserva, premios viáticos y fondo rotativos el total US$ 613.814,37, esto en el período comprendido del año 2010 al 2015. Comprobó que es titular de dos cuentas en el Banco de Pichincha, cuenta corriente aperturada el 17 abril 1997, y una cuenta de ahorros aperturada el 21 julio 2011, según el movimiento de las cuentas se tiene un ingreso neto de US$ 1´292.885,77; en la cuenta corriente aperturada en abril 1997, cuenta No. 3123881304, se realizó una muestra de auditoria en la que existen 125 cheques depositados por el valor de US$ 515.937,20, el monto más significativo deviene de los ingresos de la FEF, en el lapso de 2010 al 2015, donde el señor Hugo Mora, realizaba los depósitos de sueldos, bonificaciones y más; además de otros varios depósitos. Se giraron cheques en el período 2010 al 2015, un total de 101 cheques, por el valor total US$ 490.212,73, en el cual se destaca la compañía Compamer por el valor de US$ 69.751,42 compañía proveedora del señor Hugo Mora. Frente a las actividades económicas realizadas por el señor Hugo Mora Azanza quien obtuvo ingresos en relación dependencia, actividad comercial venta de pescado y mariscos, y fue accionista de la compañía Compamer, por el valor de US$ 802.428,75, confrontando con los ingresos realizados a las cuentas del Banco Pichincha por el valor de US$ 1´292.885,77, existe diferencia de US$ 490.457,02 no justificada. Dentro del informe del SRI, únicamente consta como proveedor la compañía Compamer, que tiene relación con la actividad comercial; que el señor Salame no está como proveedor del señor Hugo Mora; que la compañía SPORTV no figura como cliente del señor Hugo Mora; que la compañía Ticket Show no figura como cliente del señor Hugo Mora; que el señor Luna Lalama Vinicio, no figura como cliente del señor Hugo Mora; que el señor Jorge Moreira, no figura como cliente del señor Hugo Mora Azanza. El valor injustificado en el informe fue de US$ 490.000; **7**. Humberto Herrera quien señaló que fue designado Gerente General de la empresa SPORTV, a fines del año 2009, ejerció esa calidad hasta mayo o junio del 2014; que la empresa SPORTV nunca tuvo relación contractual con la FEF; que en el tiempo que se desempeñó como Gerente General, no conoció de ninguna relación entre SPORTV y las compañías FULL PLAY, CROSS TRADING; que conoce al señor Luis Chiriboga por ser una figura pública, sin embargo, no ha mantenido contacto personal con él; que no conoce al señor Hugo Mora, que por la prensa sabe que trabajaba en la FEF. De lo que se concluyó que Hugo Mora jamás tuvo ninguna tipo de relación con SPORTV, no obstante, se identificó la existencia de transferencias; **8**. Marcelo Dueñas, Asesor Jurídico de la Asociación de Fútbol No Amateur de Pichincha -AFNA-, quien señaló que la FEF como ente rector de fútbol profesional en el Ecuador y las Asociaciones parte integrante son participes en los congresos ordinarios y extraordinarios, sin que ello signifique cogobierno; que se percataron a finales noviembre 2014 de la existencia un de vehículo Hyundai Santa fe, modelo 2014, color gris en los parqueaderos, ante la insistencia, que el ex Gerente de la Asociación (AFNA) de manera ilegal, inconsulta y arbitraria había adquirido, que acudieron a la empresa Equinorte donde el Gerente de Ventas, quien manifestó que el vehículo fue comprado por la FEF, que había acudido el Capitán Vinicio Luna y se habrían girado 3 cheques que superaban los US$ 47.000 con factura a nombre de la AFNA; que estos rubros fueron debitados por la FEF de las cuentas de la AFNA sin embargo el Coronel Galo Barreo insistió permanentemente que el vehículo era una donación de la FEF, circunstancia que no se compadecía con la realidad ni con los documentos que tenían en su poder; que se realizó una auditoria a la gestión de Coronel Barreto de los últimos 5 años, se demostró quien compró

el vehículo y con qué fondos, posteriormente, por ser una inversión innecesaria el vehículo fue vendido y sus valores fueron ingresados a las cuentas de la AFNA, recuperando lo invertido en el vehículo sin ninguna autorización; que la responsabilidad del balance es del Gerente conjuntamente con el contador; subsiguientemente el Directorio aceptó la donación en efectivo de la FEF ya que no podían rechazar una donación a nombre de la AFNA por el valor de $47.566 dólares. De esa manera irregular se manejaba la contabilidad en la FEF aparentando como donaciones varias transacciones comerciales. **9.** Cabo Primero de Policía William Danilo Vergara González, quien realizó la pericia financiera relacionado con las empresas TICKET SHOW, SPORTV y del señor Pedro Marcelino Vera Valverde, concluyó que Pedro Vera fue contador de la FEF, entre sus funciones principales de acuerdo a los Estatutos era llevar la contabilidad, era responsable de todos los registros, de llevar los asientos contables y pagar sus impuestos, es contador, sus ingresos por esta actividad económica se encuentran en esa cantidad de acuerdo a lo declarado en el SRI. El estatuto de la Federación establece las funciones del contador, esta es llevar la contabilidad y pagar oportunamente los impuestos, es el responsable de los registros y soportes contables que hicieron y se omitieron con la finalidad de ocultar el origen y el destino del dinero que manejo a la FEF en sus cuentas bancarias en los años 2010 a 2015, que en su condición de contador y aprovechando el alcance de sus funciones, cooperó para ocultar recursos de procedencia ilícita, para disimular la salida de recursos ilícitos que permitió el presidente y tesorero ingresar a las cuentas de la Federación, participó de manera secundaria en el delito de lavado activos al permitir manipular y el acomodo de soportes irregulares, coadyuvando a ocultar el verdadero destino de los fondos de Luis Chiriboga, que ejerció las funciones de contador a título personal de Luis Gustavo Chiriboga y de su empresa personal Servitron; **10.** Carlos Villacís, actual Presidente de la FEF, quien en lo principal señaló que al comienzo de su gestión, Luis Chiriboga pidió que Pedro Vera ejerciera la función económica , organizó el departamento financiero, contador tesorero, fue elegido por concurso de merecimientos, que él no integraba el Directorio y que el señor Vera no está facultado para sugerir ningún gasto, únicamente lleva el movimiento contable de la Federación, con lo que queda claro las funciones de Pedro Vera Valverde como tesorero de la FEF; **11**. Hugo Mora quien de igual manera señaló las funciones que cumplía Pedro Vera Valverde en el FEF; **12**. Luis Chiriboga y Franklin Guzmán que señalaron que todo el trabajo lo realizaron en forma conjunta con el señor Pedro Vera. Con base en la prueba valorada y anteriormente anunciada, la Corte de Apelaciones desechó el recurso de apelación interpuesto por Pedro Marcelino Vera Valverde; aceptó parcialmente los recursos de apelación interpuestos de Luis Gustavo Chiriboga Acosta, dejando sin efecto la retención de su pensión jubilar y de Hugo Édison Mora Azanza dejando a salvo los derechos de terceras personas en relación al comiso ordenado por el Tribunal *a quo*. En lo demás, confirmó en todas sus partes la sentencia Psubida en grado.

SEGUNDO.- Jurisdicción y competencia

El Pleno del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución de la República del Ecuador -CRE-[1]y 173 del Código Orgánico de la Función Judicial[2] -COFJ-emitió la Resolución No. 10-2018, de 23 de enero de 2018, por medio de la cual aprobó la actual integración de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante la Resolución No. 01-2018, de 26 de enero de 2018, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia integró sus seis Salas Especializadas, de conformidad con los mandatos establecidos en los

[1] CRE:
"Art. 182 (…) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito"

[2] COFJ:
"Art. 173.- Integración.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas. Serán designados por el Consejo de la Judicatura para un periodo de nueve años, conforme a un procedimiento de concursos de oposición y méritos, con impugnación y control social. Se promoverá, a través de medidas de acción afirmativa, la paridad entre mujeres y hombres. No podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus puestos conforme a este Código."

artículos 182 de la CRE y 183 del COFJ. De igual forma se emitió la Resolución No. 02-2018, el 01 de febrero del mismo año, en virtud de la cual el Pleno determinó las reglas de distribución de juicios a aplicarse por efecto de la renovación parcial de sus juezas y jueces.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo previsto en el artículo 186 del COFJ, es competente, entre otras atribuciones, para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal.[3]

Con fundamento en estas normas y en virtud del sorteo de ley correspondió el conocimiento de esta causa, signada en la Corte Nacional de Justicia con el número 17282-2015-05549, al Tribunal integrado por los señores doctores Edgar Flores Mier, Juez Nacional; Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional; y, Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional ponente[4], de conformidad con los artículos 174 y 201.1 del COFJ[5].

No se ha impugnado la competencia del Tribunal, ni la de quienes lo integramos.

Atento el estado de la causa, se considera:

TERCERO.- Validez procesal

Por la fecha que inició el proceso, corresponde aplicar el régimen legal vigente a tal tiempo, esto es el Código Orgánico Integral Penal COIP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de casación en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso de casación fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en el artículo 76 de la CRE, y conforme las normas procesales previstas en los artículos 656 y 657 del COIP. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de casación que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa.

El recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. El procesado recurrente Luis Gustavo Chiriboga Acosta, a través de su abogado patrocinador, doctor Erwin Blum Baquedano, en lo principal manifestó que interpone su recurso de casación por los siguientes cargos:

4.1.1. Contravención expresa del artículo 23, numeral 2, literal c) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y manifestó:

- Que a fojas 147 de la sentencia recurrida se describe la supuesta trama de dineros ilícitos que corresponden a sobornos entre particulares y que dicha conducta, aunque puede ser reprochable, no está tipificada dentro de la legislación ecuatoriana vigente,
- Que debe existir un delito determinante producto del cual viene el dinero ilícito y que eso tampoco se encuentra en la legislación ecuatoriana.
- Que de la sentencia impugnada no consta prueba alguna que determine que en Estados Unidos de Norteamérica se haya realizado, en términos de la legislación norteamericana, una audiencia de formulación de cargos en su contra, para que se establezca que hay un delito determinante y que por ello se lo juzgue en Ecuador por lavado de activos.

4.1.2. Indebida aplicación de los artículos 44 y 45, numerales 5 y 6 DEL COIP, y alegó lo siguiente:

- Que en la sentencia impugnada, el señor Luis Chiriboga Acosta Chiriboga fue

[3] COFJ:
"Art. 186.- Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera".

[4] En reemplazo del doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional, por oficio No. 1097-SG-CNJ-ROG, suscrito por la Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

[5] COFT:
"Art. 174.- Reemplazo temporal.- En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos. La Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjueza o conjuez para que lo reemplace.
Art. 201.- Funciones.-a las conjuezas a los conjueces les corresponde: 1.Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia".

condenado en calidad de coautor, conforme el artículo 42 del COIP, aplicando lo determinado en el art 317, literal a) del COIP, sin embargo, no se consideraron los atenuantes por el Tribunal a quo, esto es, la presentación voluntaria y la colaboración con la justicia en la investigación.

- Que cuando Luis Chiriboga se presentó voluntariamente nunca tuvo la intención de fugarse para no responder con la administración de justicia y que en todos los llamados de Fiscalía estuvo presente, sin embargo, fue condenado sin habérsele considerado las atenuantes del artículo 45 numerales 5 y 6 del COIP.

4.1.3. Indebida aplicación del artículo 69, numeral 2 del COIP, y expuso: Que el delito fue cometido desde el año 2010 al 2015 por lo cual se debió aplicar el artículo 65 del Código Penal, respecto a que el comiso debió ser sobre las cosas objeto de la infracción y no sobre los bienes que nada tiene que ver con el proceso de lavado de activos, pues esa es la determinación que prevé dicha norma legal. 4.1.4. Contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP, y expresó:

- Que en el considerando quinto de la sentencia del ad quem, se repite 18 veces que el periodo del cometimiento del delito es desde el año 2010 hasta el 2015.
- Que los límites del poder punitivo del Estado están en el principio de legalidad, ya que es un principio universal no solo constitucional.
- Que Fiscalía, luego de hacer una categorización y análisis del delito, alegó que el delito de lavado de activos es un delito permanente y continuado, y que si en el periodo que la sentencia habla, esto es, en el año 2010, no estuvo tipificado como delito, entonces, cómo podían juzgarlo con el COIP, puesto que no podían condenarlo.
- Que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha hace un análisis forzado para respaldarse en que el delito es extremadamente grave pues, en el 2015 se formula cargos y que en base al Principio de Temporalidad se aplicó la ley posterior.
- Que la ley que juzgaba la conducta en el año 2010 era la Ley para Prevenir y Erradicar el Lavado de Activos que contenía una pena de 6 a 9 años, no así el COIP que contiene una pena de 10 a 13 años, por consiguiente se aplicó de manera ilegal la ley posterior más grave.
- Que por el principio de favorabilidad, al existir violación en la sentencia, se debe aplicar lo determinado en los artículos 14 y 15 de la Ley para Prevenir y Erradicar el Lavado de Activos.

4.2. El procesado recurrente Pedro Marcelino Vera Valverde, a través de su abogado patrocinador, doctor Marco Freire López, en lo principal manifestó que interpone su recurso de casación por los siguientes cargos:

4.2.1. Contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP, alegando lo siguiente:

- Que en la sentencia se repite varias veces que el delito fue cometido desde el 2010 hasta el 2014 y que, en aquel periodo, existía la Ley de Prevención y Erradicación del Lavado de Activos, por lo tanto, debió haberse aplicado esa ley por el Principio de Favorabilidad al momento de dictar sentencia, por cuanto el COIP entró en vigencia el 10 de agosto del 2104.
- Que el artículo 16 del COIP, respecto del ámbito temporal de la ley, establece que "toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de la infracción", al aplicársele el artículo 317 del COIP, la pena impuesta es más gravosa, sin embargo, de haberse aplicado los artículos 14 y 15 de la Ley de Lavado de Activos la pena hubiese sido menor.

4.2.2. Contravención expresa de los artículos 44 y 45, numerales 5 y 6 del COIP, y expresó:

- Que para la imposición de la pena debe considerarse atenuantes, sin embargo, las atenuantes presentadas fueron desechadas por el Tribunal de Apelación.
- Que se entregó libre y voluntariamente el día 7 de septiembre de 2015, y que las autoridades no tuvieron que hacer operativo o seguimiento alguno para capturarlo y que, de esta manera, se cumplió con lo dispuesto en el artículo 45, numeral 5 del COIP.
- Que, respecto de la atenuante de la colaboración eficaz, colaboró en todo el proceso con el Departamento de Criminalista de la Policía Judicial, entregando los documentos necesarios para los peritajes designados por la Fiscalía, sin embargo, la sentencia dice

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

que ninguna de las atenuantes ha sido justificada, empero, que el caso FIFA GATE es público, por lo tanto no necesita justificar esas atenuantes.

- Que compareció a todos los actos convocados por Fiscalía y tanto su defendido como Hugo Mora entregaron toda la documentación necesaria para la investigación. Que en caso de ser casada la sentencia solicita se ordene la inmediata libertad.

4.3. Contradicción de la representante de la Fiscalía General del Estado, doctora Paulina Garcés, quien en lo principal, sobre la contravención expresa del artículo 23 de la Convención de Naciones Unidas, manifestó:

- Que el cargo que por el cual debió fundamentarse el recurso de casación era la contravención expresa del artículo 6, numeral 2 de la Convención de la Naciones Unidas y que tal alegación de la defensa del recurrente debe ser desechada pues no es parte de la admisibilidad de su recurso.
- Respecto del bloque de constitucionalidad manifestó que la ley contempla este delito y refiere que la conducta consiste en recibir dineros y blanquearlos para hacerlos circular, estos procesos aparentan ser legales, sin embargo, describir que los sobornos entre particulares no constituyen delito no viene al caso, sino que el tipo penal del cual se habla es el de lavado de activos.
- Que Estados Unidos, a través de la Asistencia Penal Internacional, da a conocer que Luis Chiriboga Acosta era quien recibía dichos dineros, por lo que, señalar que no se puede sancionar al recurrente, por no existir formulación de cargos en su contra en Estados Unidos, no es cierto, tanto más que, el delito de lavado de activos se ha determinado como delito autónomo, es decir, no necesita la comisión de otros delitos para ser sancionado.

Sobre la contravención expresa de los artículos 44 y 45, numerales 5 y 6 del COIP, manifestó:

- Que en la página 149 de la sentencia recurrida se estableció que Luis Chiriboga Acosta y Pedro Marcelino Vera Valverde presentaron atenuantes, sin embargo, ninguna de ellas, conforme al artículo 45, numerales 5 y 6 del COIP, han sido justificadas en legal y debida forma, puesto que, una sola atenuante no permite la modificación de la pena.
- En cuanto a Pedro Vera, cuando manifestó que en la audiencia de juicio fueron justificadas todos los atenuantes, no fue cierto dado que los peritos establecieron que él no tenía los documentos correspondientes de la FEF, sino que los tenía en archivos externos a los que no hubo acceso, además, oculto movimientos indebidos, y que en este caso hay pretensión de revisión probatoria.
- Que las categorías dogmáticas se justificaron así como los elementos constitutivos del tipo penal, es decir, la tipicidad, los elementos objetivos que son: el sujeto activo, el sujeto pasivo, la conducta y el elemento normativo y que en este caso para un sujeto activo no se necesita un sujeto calificado puesto que puede ser cualquier persona.

Sobre Indebida aplicación del art. 69, numeral 2 del COIP, respecto del comiso penal, expuso:

- Que su aplicación no es facultativa sino obligatoria al juzgador y de no haber dispuesto el comiso penal se hubiese vulnerado la ley.
- Que tal determinación se adecuó a lo establecido en el artículo 69, numeral 2 del COIP respecto del comiso de los bienes de los acusados desde el año 2010 al 2015.
- Que respecto a que se debió aplicar el artículo 65 del CP provoca que la desviación del contexto y dirige al Principio de Favorabilidad que ya fue resuelto por la Corte Provincial, insistiendo en que se debió aplicar la Ley de Lavado de Activos y que, al respecto, la Corte Nacional de Justicia en diciembre de 2015, determinó las reglas, mediante Resolución del Pleno, que no ha sido modificada la cual determina que en el delitos continuados, como el lavado de activos, corresponde aplicar la norma vigente, no desde que inicio, sino del último acto, en este caso fue en 2015, que estaba vigente el COIP.

Sobre la contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP, refirió:

- Que la Sala de Apelación determina en la pág. 47 que la Ley de Lavado de Activos ya fue derogada por el COIP.
- Que la Corte Nacional de Justicia en diciembre de 2015 determinó las reglas en el caso de delitos continuados, este delito fue cometido desde el año 2010 al año 2015, y lo que corresponde es aplicar la norma

vigente al último acto del delito es decir, al 2015, la norma aplicable no es la Ley de Lavado de Activos sino el COIP, como se ha venido haciendo durante todo el proceso.

4.4. Réplica del recurrente Luis Gustavo Chiriboga Acosta.-

- Que en la solicitud del recurso de casación consta la violación del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, sin embargo, es necesario fijarse en el contexto del escrito contentivo del recurso donde está establecido este cargo.
- Sobre lo manifestado por Fiscalía, respecto a que el delito debe ser sancionado con la ley del último acto, aludió que el delito fuente respecto de la pena que establece la ley de lavado de activos es de 6 a 9 años y el COIP de 10 a 13 años, que no se pide la revisión de la conducta sino de la pena en base al principio de favorabilidad.

4.5. Intervención del procesado no recurrente Hugo Mora Azanza, quien a través de su defensa técnica el doctor Raúl Rodriguez Duran, manifestó:

- Que de las alegaciones expuestas por los procesados recurrentes no ha sido vulnerado en sus derechos.

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Casación.

5.1. Naturaleza y fines del recurso de casación

5.1.1. El Estado ecuatoriano coloca a la persona en un lugar nuclear de la vida social, como titular de derechos y garantías. Al reconocer esa titularidad, especialmente sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, fortalece la configuración del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia; y, al mismo tiempo, el acceso a ella a partir de principios constitucionales que garantizan la igualdad, la no discriminación, el estado de inocencia y el juicio previo.

En ese contexto, se instituye el debido proceso y, como uno de sus componentes, el derecho a recurrir de las decisiones judiciales. Precisamente, esa facultad, incluye la posibilidad de activar distintos mecanismos de impugnación, de carácter ordinario y extraordinario, a través de los cuales se busca evitar o enmendar el error judicial y resguardar la cohesión del ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, ha indicado lo siguiente:

> *"La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (…). Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad."*[6]

Uno de los dispositivos de impugnación extraordinaria es la casación. Se trata de una alternativa jurídica que procede cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya sea por contravenir expresamente su texto, por indebida aplicación de su contenido o por interpretación errónea.

5.1.2. Su carácter de recurso extraordinario, entonces, se debe a que únicamente prospera ante la configuración de estrictos presupuestos establecidos por la ley, que pueden consistir en: por una parte, la infracción de la ley material o error *in iudicando* (juicio), en cuyo caso la casación cumple una función nomofiláctica y unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico; o, por otra parte, la transgresión de las normas y garantías procesales que generen una situación de indefensión, en cuyo escenario la casación actúa como un medio de control de la legalidad.

De ahí que se está frente a un recurso *"(…) encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios"*[7]. En consecuencia, la casación no ha sido diseñada para remediar o corregir cualquier situación de iniquidad o defecto procesal, sino con

[6] Corte Constitucional, sentencia No. 094-2014-SEP-CC, 04 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.
[7] Lino Enrique Palacio, Los recursos en el proceso penal (Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2001), 80.

la finalidad de *"procurar el imperio de la ley, la unificación de la jurisprudencia y la rectificación del agravio".*[8]

De esa forma, no cabe duda de que la casación es un recurso limitado, que solo permite el control in iure, esto es el estudio, análisis y resolución de cuestiones de estricto derecho, pues no procede frente a requerimientos de un nuevo análisis de los hechos, ni sobre pedidos de nueva valoración de la prueba; como sostiene Roxin, *"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".* [9]

5.1.3. Estos atributos confieren a la casación, según refiere el ex magistrado colombiano Humberto Fernández Vega, el carácter de un:

> *"(…) juicio técnico de impugnación, valorativo y exacto, de formalidades rigurosas, que requiere una expresa formulación y fundamentación. Está destinado a examinar sentencias de segunda instancia para corregir vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento. Tales características distinguen a la demanda de casación de una simple alegación de instancia, determinan exigencias de orden legal y jurisprudencial de imperioso cumplimiento para la prosperidad de la impugnación."* [10]

En la actualidad, y en el escenario del Estado constitucional de derechos y justicia, la casación cumple un propósito vinculado, de manera directa, con el respeto de los derechos y garantías fundamentales. En esa medida, su espectro de acción adquiere una mayor amplitud en los sistemas de administración de justicia penal que, como en el caso del Ecuador, cumple sus fines a través del sistema acusatorio, ya que, en efecto, lo que legitima la interposición de un recurso de casación es la emisión de una sentencia penal de segunda instancia en la que se ha transgredido el principio de legalidad y, por tanto, se han vulnerado esos derechos o garantías.

5.1.4. En esa línea de pensamiento, corresponde a este Tribunal de Casación analizar la sentencia recurrida, a efecto de determinar si se encuentra o no inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 656 del COIP, es decir, arribar a una conclusión sobre si, en la especie, se ha incurrido en una violación de la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o, bien, por errónea interpretación, lo que implica garantizar la legalidad y la seguridad jurídica.

Así entonces, este Tribunal, en ejercicio de sus competencias, se limitará a verificar si la sentencia materia de este recurso extraordinario contiene errores de juicio o de actividad, pero no valorará la prueba, ni revisará los hechos o actuaciones judiciales que constituyan parte de las instancias previas, en razón de no encontrarse facultado para ello.

5.2. Sobre la materia del recurso de casación

Del análisis de los argumentos realizados por los recurrentes en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, el Tribunal considera que sustentaron su pretensión impugnatoria en los siguientes cargos:

Sobre el recurso de casación interpuesto por Luis Gustavo Chiriboga Acosta:

- **a)** Contravención expresa del artículo 23, numeral 2, literal c) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- **b)** Indebida aplicación de los artículos 44 y 45, numerales 4 y 5 del COIP.
- **c)** Indebida aplicación del artículo 69, numeral 2 del COIP. Contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP.

Sobre el recurso de casación interpuesto por Pedro Marcelino Vera Valverde:

- **a)** Contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP.
- **b)** Contravención expresa de los artículos 44 y 45, numerales 5 y 6 del COIP.

Previo a responder los reproches esgrimidos por las defensas técnicas de cada uno de los recurrentes, el Tribunal debe establecer los requisitos mínimos que exigen la técnica y naturaleza del medio de impugnación que nos ocupa, para que un cargo de casación pueda ser considerado como tal.

5.3.1. Los cargos de casación

El COIP, establece:

> "**Art. 656.- Procedencia.-** El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia

[8] Jorge Zavala Baquerizo, Tratado de derecho procesal penal. Tomo X (Guayaquil: Editorial Edino 2007), 73.
[9] Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Citado por Jorge Zavala Baquerizo, Tratado de derecho procesal penal. Op.cit.
[10] Humberto Fernández Vega, El recurso extraordinario de casación penal (Bogotá: Editorial Leyer, 2002) 34.

y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.
No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba".

El recurso de casación, es medio de impugnación de las sentencias de apelación, y exige a quien reprocha la decisión de la Corte de Apelaciones, indique al Tribunal de Casación los cargos que imputa a dicha resolución y en qué forma estos cuestionamientos configuran las causales taxativas del artículo arriba citado; y, además, el perjuicio que se le ha irrogado a un derecho, pues, *"La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas"* [11]

Siguiendo este razonamiento, las causales de casación del artículo 656 del COIP, están previstas para revisar las violaciones directas de la ley, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación.

De manera general se considera violación a la ley por contravención expresa a su texto, el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificatoria. En otras palabras, la contravención expresa se presenta cuando el juzgador no aplica una disposición jurídica para resolver la cuestión puesta en su conocimiento, pese a que, después de la valoración probatoria, los hechos considerados probados guardan identidad con los presupuestos de hecho previstos en la norma cuya aplicación se ha omitido.

La indebida aplicación de la ley es un error en la selección de la norma, que ocurre cuando el juzgador aplica una norma diversa a la que corresponde al caso puesto en su conocimiento y resolución. La indebida aplicación, por lo general, conlleva a la falta de aplicación de otras normas relacionadas, jurídicamente, con la norma que debía aplicarse correctamente.

La interpretación errónea se produce cuando, aun eligiendo la norma correcta, se le atribuye un sentido jurídico que no tiene, es decir, se va más allá del contenido de la norma y su alcance, produciendo un efecto que el legislador no previó, lo que puede provenir de un error de intelección por inadecuada preparación de la persona encargada de aplicarla.

El régimen procesal penal prohíbe en casación el análisis de la valoración probatoria o el contenido de la prueba; por lo tanto, este Tribunal no tiene facultad para reformular los hechos fijados, ni para emitir juicios de valor sobre los elementos probatorios.

En este sentido, es obligación de quien pretende impugnar una sentencia mediante recurso de casación, dirigir su reproche a la sentencia de segunda instancia, como aquella que causa efecto y mediante la cual se garantiza el ejercicio del derecho a la doble instancia; además, el reproche no puede sustentarse en la revisión de prueba, tanto en cuestiones de legalidad como en su contenido, pues está vedado por ley para el Tribunal de Casación, toda vez que tales reproches corresponden a la etapa de juicio o apelación en el ejercicio del contradictorio, limitación propia de la casación ya que su objeto exclusivo de análisis son los errores de derecho en la sentencia.

La Corte Constitucional, al analizar el recurso de casación en materia penal, en torno a la prohibición normativa de volver a valorar la prueba, ha desarrollado el siguiente argumento:

> *"(…) 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 del Ecuador en el artículo 168 numeral 1 (…)"* [12]

Un cargo de casación, para poder ser atendido por este Tribunal, debe ser fundamentado, de manera autónoma, taxativa y suficiente: cada cargo debe

[11] Orlando Rodríguez Ch. Casación y Revisión Penal, Temis, Bogotá, 2008, pág. 67.
[12] Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, 06 de febrero de 2013, caso No. 1647-11-EP.

increpar a la sentencia de una violación a una norma legal específica, por una sola de las causales de casación, pues estas son excluyentes entre sí; e, indicar en qué parte de la sentencia se encuentra tal violación, cómo se trasgredió expresando la contraposición del razonamiento judicial considerado errado con el criterio que el casacionista piensa acertado, y la influencia de tal error de derecho en la decisión de la causa.

Sin un argumento suficiente que demuestre claramente los sustentos de la pretensión impugnatoria, se priva al Tribunal de Casación de elementos necesarios para llegar a emitir su decisión respecto al recurso de casación, e incluso, de la aplicación del artículo 140 del COFJ, en caso de que la persona recurrente equivoque en la invocación de la causal de casación.

Con base en estos criterios, el Tribunal procede al análisis de los reproches expresados por los recurrentes Luis Gustavo Chiriboga Acosta y Pedro Marcelino Vera Valverde.

5.3.2. Del procesado recurrente Luis Gustavo Chiriboga Acosta.

5.3.2.1 Contravención expresa del artículo 23, numeral 2, literal c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, identificada también, como Convención de Palermo.

El impugnante, en su escrito contentivo del recurso, indicó el cargo de contravención expresa del artículo 6, numeral 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo; sin embargo, en la audiencia de fundamentación del mismo se limitó a reprochar la contravención expresa del artículo 23, numeral 2, literal c) de la precitada norma sin tomar en cuenta que, dicho articulado, no contiene numerales que coincidan con su alegación, y para este Tribunal, aceptar un cargo que no ha sido admitido es atentar contra el Principio de buena fe y lealtad procesal, ya que se vulnera el derecho constitucional del derecho a la defensa, y a tener el tiempo debido para prepararla. Además se vulnera el debido proceso, porque se viola el trámite previsto en el ordenamiento jurídico para el recurso de casación; y, finalmente, porque el Tribunal de casación ya se pronunció sobre las modalidades de violación de la ley en el auto de admisión, de admitir un nuevo cargo se atentaría contra la seguridad jurídica, la igualdad de armas y la lealtad procesal.

Con esta aclaración corresponde responder al cargo de admisión antes señalado, esto es la contravención expresa del artículo 6, numeral 2 del cuerpo normativo internacional referido; al respecto la norma aplicada establece:

> *"Art. 6.- Penalización del blanqueo del producto del delito.- 2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: (…) c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí"*

El casacionista indicó que dentro de la sentencia impugnada se determinó la supuesta trama de dineros ilícitos, sin embargo, que tales dineros corresponden a sobornos entre particulares y que esa conducta, aunque puede ser reprochable, no está tipificada dentro de la legislación ecuatoriana vigente; asimismo, que de la sentencia no consta prueba alguna que determine que Luis Chiriboga haya tenido una audiencia de formulación de cargos, en términos de la legislación procesal penal norteamericana, para que se indique que hay un delito determinante en Estados Unidos por el cual se lo esté juzgando en Ecuador por lavado de activos.

Sobre el delito de lavado de activos, cabe precisar que *"es una actividad dirigida a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita. Se trata de ocultar dichos fondos a sus reales titulares y devolverlos al mercado de dinero, bienes y servicios con la apariencia de haber sido generados de una actividad o inversión legitima."*[13], es decir que se pretende, en dichos bienes, ocultar o encubrir su verdadero origen, ubicación, destino, movimientos o derechos sobre los mismos, en general, se procura realizar cualquier acto que permita aparentar su legalidad, sin embargo, pese a que esta actividad siempre

[13] Adriasola, Gabriel, "Secreto Bancario y lavado de dinero". Ediciones "Del Foro S.R.I.", Montevideo, 1997.

tiene relación con el cometimiento previo de otros delitos, se debe analizar si la preexistencia de una decisión judicial que declare la consumación de estos, es necesaria para determinar la responsabilidad del sujeto por lavado de activos.

Para establecer la materialidad del delito de lavado de activos, el artículo 317 del COIP nos determina que estos ilícitos son "autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país", es decir, que no necesita la comisión de otros delitos, sino que, basta que el sujeto activo de la infracción no demuestre el origen legítimo de los recursos para que se configure el tipo penal determinado; de ahí que el argumento que se refiere a la Convención de Palermo, si bien exige que se haya comprobado un delito previo, en nuestra normativa legal tal exigencia no es pertinente toda vez que al delito de lavado de activos lo considera como un tipo autónomo, en el cual, solo se debe probar el origen ilícito del dinero; razón por la que el presente reproche no puede prosperar como cargo de casación.

5.3.2.2. Indebida aplicación de los artículos 44 y 45, numerales 5 y 6 del COIP.

Al respecto el casacionista reprochó la sentencia del ad quem, por cuanto, a su decir, indicó que, pese a haberse acreditado las atenuantes contenidas en el artículo 44 y en los numerales 5 y 6 del artículo 45 del COIP, su defendido fue condenado en calidad de coautor, porque a decir de la Corte de Apelaciones, no verificó las atenuantes justificadas en el juicio y por ello, la pena se lo aplicó en seco y no fue atenuada.

En el presente caso cabe advertir, que la condena penal impuesta por los juzgadores no demuestra un carácter de arbitrariedad, sino que por el contrario, para dictarla el juzgador ha determinado la conducta reprochable establecida en la ley, la sanción que el legislador ha fijado para ese tipo penal (tomando en cuenta su monto mínimo y máximo legal) y verificar si existen circunstancias modificatorias de la infracción, que son aquellas que crean un nuevo marco de la pena, es decir, le corresponde establecer parámetros verdaderos, cuantitativos y cualitativos, que por mandato legal deban determinarse para imponer una sanción en cada caso particular.

Al respecto el tratadista Adolf Merkel, nos señala: *"hay que tomar en cuenta que se han establecido las escalas, grados de penalidad, la aplicación de las penas graves, las atenuantes y agravantes y todos los esfuerzos de los tribunales para buscar las penas adecuadas a cada caso concreto tienen su razón de ser."*[14] , es decir, la condena no debe ser impuesta por deleite del juzgador sino que, luego de la valoración de las pruebas y los argumentos que fuesen expuestos, corresponde al juzgador determinar el quantum de la pena y aplicar su modificatoria siempre y cuando las circunstancias atenuantes o agravantes se hayan demostrado conforme lo exigen los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes determinados en el artículo 44 del COIP.[15]

En el presente caso de análisis, advierte la violación de la ley en la sentencia impugnada, por cuanto el *ad quem*, a su decir, no ha aplicado en la sentencia las normas previstas en los numerales 5 y 6 del artículo 45 del COIP.[16]

Del análisis de la sentencia, se evidencia que el Tribunal de Apelación determinó que el recurrente no justificó haber colaborado de manera eficaz dentro de la investigación, más, si se consideró su

[14] Adolf Merkel; La Penas, Necesidad, Especies, Determinación, Imposición y Extinción; Bogotá; Editorial Leyer; págs. 39-40-

[15] COIP:
"Art. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.-Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.
Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.
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".

[16] COIP:
"Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción.-Son circunstancias atenuantes de la infracción penal: (…) 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento: 6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción".

presentación voluntaria, sin embargo, no se aplicó la atenuación de la pena por cuanto, el precitado artículo, imperativamente, establece la necesidad de la existencia de dos circunstancias atenuantes para proceder a su modificación.

En este contexto, se verifica que no existe error alguno, sino que la conclusión del *ad quem* es correcta, por cuanto, sus reflexiones se sustentan en las pruebas aportadas durante el proceso, y de ellas se establece que sólo se ha aportado una sola atenuante, esto es, artículo 45 numeral 5 del COIP, *"Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento"*. Por lo que se evidencia, que el recurrente pretende cambiar su relato fáctico fijado ante el Juzgador de instancia y las pruebas aportadas, para que se realice una nueva valoración de la prueba (actividad exclusiva de los juzgadores de instancia), pues para la aplicación de atenuantes se debe considerar demostrados los supuestos de hechos establecidos en el artículo 45 numerales 5 y 6 del COIP; sin embargo, el hecho de haberse presentado voluntariamente, conforme lo han hecho los Juzgadores de instancia, será apreciado al momento de resolver.

5.3.2.3. Indebida aplicación del artículo 69, numeral 2, del COIP.

El casacionista precisó que la sentencia del *ad quem* ratificó lo dictado por el Tribunal *a quo* que, conforme los artículos 317 y 69 del COIP, disponen el comiso de todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos en el periodo en que se produjo el lavado de activos, comprendido desde el año 2010 al año 2015, que tal decisión debe determinase de acuerdo al periodo en que se cometieron los hechos y que por ello, la norma que se debió aplicar es la prevista en el artículo 65 del CP, por lo que, mal han hecho los Juzgadores de instancia al ordenar el comiso de bienes que nada tiene que ver con el proceso de lavado de activos.

Cabe advertir que, la figura jurídica limitante al patrimonio es el comiso y se establece para *"desarticular las bases económicas de la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza, pues el imperio económico es de tal magnitud que se plantea la conveniencia de decomisar tanto los bienes involucrados en el delito, así como aquellos que se adquieran con activos maculados provenientes de un ilícito*"[17]

Sin embargo, para situar el contexto sobre la figura del comiso, es necesario remitirnos a las normas legales vigentes durante el periodo del cometimiento del acto delictivo, esto es, desde el año 2010 al 2015, que son, la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, que en su artículo 17 establecía que la condena por delito de lavado de activos incluye la pena de comiso especial de conformidad con lo previsto en el CP que, a su vez, determinaba que el comiso especial recae *"sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma."*[18]; y, por su parte, el COIP en su artículo 69, numeral 2, estipula que el comiso procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito, y determina cuáles son los bienes susceptibles de comiso, entre ellos:

a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible.
b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal.
c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal.
d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal.

En este sentido, podemos advertir que, la figura del comiso está prevista con sus similares efectos, tanto en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación

[17] Alonso Zambrano Pasquel, Estudio Introductorio al Código Orgánico Integran Penal, Referid al Libro Primero, Parte Especial; Tomo II, pág. 313.
[18] Código Penal, artículo 65.

del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos cuanto en el COIP, sus contenidos no han alterado su finalidad, pese a que la ley actual determina con más precisión los bienes sobre los cuales procede.

El recurrente pretende que, en aplicación al Principio de Favorabilidad, su defendido sea condenado al comiso determinado en la ley anterior, esto es, conforme a lo previsto en el artículo 65 del CP, sin embargo y por cuanto el comiso está prescrito en ambas normas, no se avizora un error de derecho que haya influido en la decisión de la sentencia de la Corte de Apelaciones.

Sobre este cargo el impugnante lo que pretende es que este Tribunal consienta en su mera inconformidad, sin precautelar la tecnicidad que exige el recurso de casación, razón por la que, el presente reproche carece de validez alguna para que pueda ser considerado, en tal virtud, deviene en improcedente.

5.3.2.4. Contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP.

El procesado recurrente manifestó que dentro de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se evidencia al menos por 18 veces el periodo del cometimiento de la infracción, como queda dicho, desde el año 2010 hasta el año 2015, por cuanto, Fiscalía indicó que éste es un delito permanente y continuado; que los límites del poder punitivo del Estado están precisamente en el Principio de Legalidad, ergo, respetando el Principio de Temporalidad, se debió aplicar la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, vigente al año 2010, que en los artículos 14 y 15 determinaba una pena de 6 a 9 años, sin embargo, al aplicar el COIP, que determina una condena de 10 a 13 años, se vulneró el Principio de Favorabilidad, ya que se aplicó la norma posterior de mayor pena.

Para analizar el presente cargo, resulta ineludible considerar los Principios invocados en este caso, nos referimos en primer lugar al Principio de Legalidad, manifiesto en una máxima universal: *"nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"*, fundado precisamente con el fin de que el derecho penal sea justo, humanista y no arbitrario, puesto que, nadie puede ser sancionado por un delito si previamente no se encuentra tipificado en la ley como tal, tampoco puede ser condenado a una pena que no se encuentra previamente establecida, este Principio está reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-[19]; artículo 76, numeral 3 de la CRE[20]; y, asimismo, en el artículo 5, numeral 1 del COIP[21].

De la lectura de la sentencia de apelación, se determinó que: "*El día 5 de diciembre de 2015, se realiza la Audiencia de Formulación de Cargos en donde la Fiscalía, resolvió iniciar instrucción fiscal, (…) POR EL DELITO, TIPIFICADO Y SANCIONADO EN EL ART. 317 (…) DEL INDICADO CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL; esto es el delito de LAVADO DE ACTIVOS."* por lo tanto, se verifica que esta conducta se encuentra enmarcada en la ley.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

---

[19] CADH:
"Art. 9.- Principio de legalidad y de retroactividad.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable".

[20] CRE:
"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
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 como la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."

[21] COIP:
"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:
1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla".

Se invocó, también, el Principio de Temporalidad, contenido en el numeral 1 del artículo 16 del COIP[22], que tiene relación con el precitado Principio de Legalidad, puesto que *"la ley afecta solamente los hechos cometidos desde su entrada en vigencia y antes de su derogación"*[23].

De acuerdo a lo establecido en la ley, toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión, por ello, es necesario considerar que el momento de la comisión se refiere al instante en que se ejecutó la acción, cabe destacar que en los delitos continuados (como el lavado de activos) la acción se ejecuta desde el primer hasta el último hecho.

Según la sentencia censurada, los hechos se iniciaron antes de la promulgación del COIP, cuando estaba vigente la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, como bien lo menciona la sentencia de apelación*: "los hechos por los cuales se inició la respectiva indagación, y que deriv[ó] en el proceso penal, relatan haberse producido en el periodo 2010 a 2015, que significaría la temporalidad, continuidad y permanencia del delito de lavado de activos"* (fs. 146 vta.), y esto también Fiscalía afirma haberlo probado.

Por último, se recurrió al Principio de Favorabilidad, contenido en el artículo 9 de la CADH[24]; artículo 76, numeral 5 de la CRE[25]; y, artículo 5, numeral 2 del COIP[26], cuyo fundamento trae consigo la consecuencia de impedir que la situación jurídica del encausado empeore o, como en el argumento de las partes, siga manteniéndose por el imperio de la ley vigente, esto refiere a que, de existir un conflicto entre dos normas, que sobre un mismo hecho contemplen sanciones diferentes, debe aplicarse la más benevolente al infractor.

El conflicto de leyes planteado por las partes procesales, se considera que se encuentra entre la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos, (publicada en el RO. No. 127, de 18 de octubre de 2005) y el Código Orgánico Integral Penal, (publicado en el RO. No. 180, de 10 de febrero de 2014), pues, si bien es cierto, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal no difieren entre dichas leyes, no así la pena, pues ésta varía.

El Principio de Favorabilidad debe analizarse de manera que el juzgador posea los elementos necesarios y la plena convicción para aplicarlo al caso concreto, por ello, su determinación deviene en la necesidad de establecer qué norma legal es más favorable, en este contexto, implica una sucesión de leyes penales en el momento de la realización de la conducta punible, cometida durante la vigencia de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y, posteriormente, mientras se dice se ocasionaron otros actos en el tiempo cuando ya se encontraba vigente el COIP, resultando una de ellas menos gravosa para el reo.

En el presente caso, como bien se señala en la sentencia impugnada por las Asistencias Penales Internacionales, se conoce que las infracciones se cometieron en el periodo comprendido entre los años 2010 y 2013 y además, que se utilizó el sistema de donación para confundir el manejo y la contabilidad de los recursos, siendo la última donación realizada, como último registro válido, de actos

---

[22] COIP:
"**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."

[23] Bacigalupo, E., Derecho Penal, Parte General, Bs. Aires 1990.

[24] CADH:
"(…) Tampoco se pude imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la aplicable en el aplicable en el momento de la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

[25] CRE:
"5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la memos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora".

[26] COIP:
"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".

irregulares, la transacción de fecha 21 de marzo de 2014 por la adquisición de un vehículo Hyundai Santa fe, del valor de US$ 47.000, que primero se dona y luego se debita del presupuesto de la AFNA. Afirmaciones con las que queda claro que los actos ilícitos se realizaron entre el 2010, 2013 y 2014, de manera perfectamente comprobada.

Más, los comportamientos dolosos con posterioridad, de acuerdo a la afirmación del mismo perito, que registra la sentencia censurada, por falta de comprobantes y sustento en ellos no se puede determinar qué actos son lícitos e ilícitos; eso da al juzgador casacional la convicción de que muchos actos ilícitos que se pueden haber cometido entre el 2014 y 2015 no podrían comprometer la nueva legislación sobre el lavado de activos; pero en la eventualidad que su vigencia fuera incuestionable, corresponde precisar como corolario algunas reflexiones:

a. En varios pasajes de la sentencia impugnada se dice que los actos ilícitos se han registrado entre el 2010 y 2015.
b. Sobre el Principio de Temporalidad, el artículo 16, numeral 1 del COIP determina:

"**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."

Para ayudar en la mejor y correcta aplicación del Principio de Temporalidad, la doctrina ha establecido que se deben conjugar otros principios conexos como el de la retroactividad de la ley más favorable o el principio de ultractividad, que textualmente precisan:

a. Principio de Retroactividad: *"Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que se determine (…). A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún en las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida en la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*

El principio de irretroactividad no es absoluto, pues se aplica las leyes penales posteriores a la comisión del hecho, siempre que resulten más favorables para el acusado, lo que constituye una excepción prevista para proteger al ciudadano. De acuerdo a lo expresado, el principio de retroactividad autoriza la aplicación de la ley a un hecho ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia, siempre que dicha ley beneficie al acusado, lo que es sencillo cuando se tratan de penas principales de la misma especie, por cuanto son penas distintas que pertenecen a un género común (…)" [27]

b. Principio de Ultractividad: "La ley vigente al tiempo de la comisión del delito, y posteriormente sustituida por otra más gravosa, sigue rigiendo para la regulación del hecho aún después de su derogación. Consecuentemente, lo determinante para seguir aplicando la norma derogada es la naturaleza de la ley más benigna"[28]

La normativa impuesta a los sentenciados deviene de una pena más adversa, no así la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, esta última actualmente derogada; por este motivo es necesario advertir, que para la aplicación de la favorabilidad en cuanto a la ley posterior ésta debe contener una sanción más beneficiosa, sin embargo, en el asunto in exanime resulta más agravatoria, de modo que *"en la medida que es inexorable que pierdan vigencia, (…) su capacidad disuasoria se vería anulada o seriamente afectada desde el comienzo de su vigencia, si se aplican los principios generales. Por ello procede la exclusión de la aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable, afirmando en cambio la ultractividad de estas leyes."*[29]

Por lo que, en el presente caso, en aplicación a la conjugación de los Principios de Legalidad, Temporalidad, Favorabilidad, Irretroactividad de la ley y Utractividad de la misma, antes referidos, se debe

[27] Esteban Righi; Derecho Penal, Parte General; pág. 83-84.
[28] *Ibidem*, pág. 87
[29]

aplicar la ley que le fuere más favorable, de sostenerse inclusive que las acciones ilícitas se realizaron desde el 2010 hasta el 2015.

Del análisis realizado por este Tribunal de Casación, se evidencia que la pena privativa de libertad impuesta a los sentenciados (artículo 317 del COIP) no corresponde a la más favorable, por lo tanto, en estricta observancia y acatamiento de los Principios indicados en el apartado anterior, corresponde aplicar los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, razón por la que, el cargo formulado por el recurrente y analizado en este acápite, es procedente

5.3.3. Del procesado recurrente Pedro Marcelino Vera Valverde.

5.3.3.1. Contravención expresa de los artículos 44 y 45, numerales 5 y 6, del COIP.

Cabe destacar, que de la sentencia recurrida se observa que el Tribunal *ad quem*, ha explicado satisfactoriamente su negativa a la solicitud de aplicación de las atenuantes alegada por el recurrente, tanto más que, Pedro Marcelino Vera Valverde, de acuerdo a lo manifestado por Fiscalía en audiencia de fundamentación del recurso de casación del fallo impugnado, se advierte que no colaboró en la investigación, por cuanto se determinó que él no tenía los documentos correspondientes a la FEF, sino que los mantenía en archivos externos a los cuales no hubo acceso, además del ocultamiento de movimientos indebidos. Sin embargo, la atenuante de la presentación voluntaria ha sido considerada al momento de dictarse las sentencias de instancia.

Es de advertir asimismo que, al igual que del cargo de casación del recurrente Luis Chiriboga Acosta, en el fallo reprochado no se verifica error alguno pues la conclusión del ad quem, en cuanto sus reflexiones, es adecuada, ya que se sustentan en los elementos probatorios aportados en el proceso, lo que provocó un estudio acertado y suficiente sobre la negativa a la aplicación de atenuantes y, por ende, respecto al quantum punitivo; además, este cargo insiste en cambiar el relato fáctico fijado por el Juzgador de instancia procurando una revalorización probatoria que, como ha sido indicado en demasía, está expresamente prohibido por la ley.

Este Tribunal de Casación, enfatiza que la fundamentación de la causal implica el desarrollo de un razonamiento lógico, jurídico y técnico, a través del cual el recurrente procura convencer al Tribunal de Casación de que la sentencia impugnada ha sido emitida en quebrantamiento del derecho material o del derecho procesal. Por tanto, ese deber no se satisface con un alegato libre, en el que se pretenda un nuevo análisis de la causa, sino que, por el contrario, se cumple con una adecuada argumentación técnica jurídica.

En consecuencia, este cargo de casación es sancionable con la improcedencia del mismo, puesto que, no cumple con la naturaleza técnica y limitada que exige el recurso y se ha sustentado exclusivamente en valoración de prueba, actividad que no es competencia del Tribunal de Casación; no obstante, la atenuante de la presentación voluntaria será apreciada al momento de resolver conforme lo han hecho las instancias inferiores

5.3.3.2. Contravención expresa del artículo 5, numeral 2, del COIP.

Respecto a este cargo, bajo el mismo fundamento del anterior recurrente, la discusión de la normativa a aplicar se centra entre la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y el COIP, pues, tanto los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal no son contradictorios entre dichas leyes, sin embargo la pena aplicable difiere.

Como este cargo, conicidencialmente, es idéntico al formulado en el apartado 4.1.4, por el recurrente Luis Gustavo Chiriboga Acosta, el mismo que ha sido admitido de acuerdo a las consideraciones expuestas en el acápite 5.3.2.4, por el Principio de Igualdad, se lo acepta y consecuentemente se lo declara procedente al estado que se modifique su pena por el Principio de Favorabilidad.

SEXTO.- Del efecto extensivo del recurso

El artículo 652 del COIP, que se refiere a las reglas general de la impugnación, en su numeral 5 establece: *"Cuando en un proceso existan varias personas procesadas, el recurso interpuesto por una de ellas, beneficiará a las demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales. Este beneficio será exigible aunque medie sentencia ejecutoriada que declarará la culpabilidad."*

Si durante el proceso penal existe pluralidad de incriminados, en determinadas condiciones, el recurso interpuesto por uno de estos es idóneo para favorecer a quienes, estando facultados, no lo hicieron, esto es a lo que se denomina el efecto extensivo del recurso antes descrito.

Como lo menciona el experto Lino Enrique Palacio *"este efecto constituye una excepción al principio dispositivo y al de la personalidad de la impugnación (…). El fundamento del efecto suspensivo radica en*

la necesidad de evitar el escándalo jurídico que se generaría frente al dictado de sentencias contradictorias respecto de quienes se encuentran en idénticas condiciones subjetivas"[30], es así que, del mismo modo que no se puede empeorar la situación del procesado cuando éste sea el único recurrente (non reformatio in pejus)[31]; en este sentido, el sistema penal faculta el beneficio de que, por quien sea aceptado un recurso, aquellos que no impugnaron, pueden ser favorecidos, siempre y cuando, se trate de motivos generales que fueren convenientes a todos los procesados de la causa penal.

A la audiencia de fundamentación del recurso de casación concurrió el procesado Hugo Édison Mora Azanza, quien pese a que presentó su impugnación en el término de ley, éste no fue admitido a trámite; no obstante, como se advirtió del análisis de los cargos expuestos por los recurrentes, (Luis Chiriboga y Pedro Vera por contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del COIP), este Tribunal evidencia que la imposición de la pena privativa de libertad a Hugo Édison Mora Azanza, prevista en el artículo 317 del COIP, no corresponde a la más beneficiosa; razón por la que, de conformidad con lo establecido en los Principios de Legalidad, Temporalidad, Favorabilidad, Irretroactividad de la ley y Utractividad de la misma, anteriormente analizados, corresponde aplicar el efecto extensivo de los recursos y, consecuentemente, modificar la pena a su favor, en los términos previamente indicados para los si recurrentes.

Por lo expuesto, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, considera que los recurrentes justificaron los preceptos del artículo 656 del COIP, únicamente frente a los cargos formulados respecto del artículo 5, numeral 2 *ibidem* de ahí que, para este caso dichos reproches resultan pertinentes.

De conformidad con el artículo 657, numeral 6 del COIP, no se encuentra error de derecho en la sentencia de segunda instancia, que cause mérito para proceder con el ejercicio de la casación de oficio.

SÉPTIMO.- Resolución

Con fundamento en los antecedentes expuestos y, considerando en primer orden, que los recurrentes no han cumplido a satisfacción su obligación de fundamentar el recurso en los términos previstos en el artículo 657, numeral 3 del COIP, especialmente en lo que se refiere a los cargos de contravención expresa del artículo 23, numeral 2, literal c) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; contravención expresa e indebida aplicación de los artículos 44 y 45, numerales 4 y 5 del COIP; e, indebida aplicación del artículo 69, numeral 2 ibidem, este Tribunal desestima tales cargos formulados; sin embargo, y tomando en cuenta, en segundo lugar, que los impugnantes con relación al cargo de violación a la ley por contravención expresa del artículo 5, numeral 2 del cuerpo legal antes citado, han dado cumplimiento a la exigencia técnica del recurso de casación, 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",** por unanimidad, resuelve:

1.- Aceptar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Luis Gustavo Chiriboga Acosta y Pedro Marcelino Vera Valverde y, consecuentemente, casar la sentencia del inferior en los términos expuestos en los acápites 5.3.2.4 y 5.3.3.2 de esta resolución.

2.- Revocar la sentencia censurada, con relación al quantum de la pena, al estado que se impone a Luis Gustavo Chiriboga Acosta la pena privativa de libertad de seis años; y, a Pedro Marcelino Vera Valverde la pena privativa de libertad de dos años, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención, Detección y

[30] Lino Enrique Palacio, Los Recursos en el Proceso Penal; ABELEDO – PERROT; segunda edición. Bs. Aires. 2011.

[31] COIP:

Art. 5.- Principios procesales.- (…) 7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Erradicación del Delito de Lavado de Activos, por ser más favorable.

3.- En virtud de lo previsto en el artículo 652, numeral 5 del COIP y de acuerdo al análisis realizado en el considerando Sexto de esta sentencia, se hace extensiva la favorabilidad al procesado Hugo Édison Mora Azanza, al estado que, se deroga la sentencia pronunciada contra este procesado por el *ad quem*, exclusivamente respecto al monto de la pena, por lo que, por el principio de igualdad, se le impone la pena privativa de libertad de seis años.

4.- En lo demás se confirma la sentencia venida en grado.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase**.

f) Dr. Marco Maldonado Castro, CONJEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL; Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

XI

Juicio Nro. *11282-2014-0269*
Resolución Nro. *1577-2018*
Fecha: *11 de septiembre de 2018*

Tema: Delito: Sabotaje a Servicios Públicos o Privados. Cabe el recurso de casación penal cuando la subsunción efectuada por el juzgador de alzada no corresponde al contenido fáctico en relación con la prueba; y, por ende, existe yerro en la adecuación típica que realizó el juzgador de segundo nivel, toda vez que este, en base a un análisis sesgado, establece los elementos constitutivos del tipo penal de manera errónea.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación tomadas del cuaderno del Tribunal Apelación, fueron:" CUARTO: TEORIAS DE LAS PARTES EN EL JUICIO ORAL: 4.1).- Durante la audiencia pública la señora Fiscal Dra. Viviana Ordoñez Montaño, dice en su teoría inicial de acusación, que el día jueves 30 de septiembre de 2010, en las inmediaciones del Comando de Policía Nro. 7 Loja, específicamente en las calles Argentina y Bolivia, entre las 08h30 y las 11h30 am, los señores Policías…. y el Coronel de servicio pasivo xxx, mediante acciones continuas interrumpieron y entorpecieron el normal servicio público que se prestaba en el interior del comando en donde funcionaba la Agencia Nacional de Tránsito; que el principal ingreso a estas instalaciones se encontraba obstruido y paralizada la vía pública, en la intersección de las calles Argentina y Bolivia; que se obstaculizó el tráfico de vehículos motorizados a través de incineración de neumáticos en la calle Argentina y Bolivia; que al haberse obstruido el principal ingreso a las instalaciones en donde funcionan varias dependencias se paralizaron tres servicios públicos, como: prestación normal del servicio público dentro del comando de la Policía Nacional, el servicio público que prestaba la Agencia Nacional de Tránsito en el interior del comando; y, se paralizó el tráfico vehicular a la altura de la intersección de las calles Argentina y Bolivia; que esta conducta se subsume a lo previsto en el Art. 158 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos en concordancia a lo previsto en el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal(COIP)[…]". El 6 de julio de 2016, las 15:28, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja, sustentando que el nexo causal está justificado fundamentalmente, el haber comprobado que los acusados estuvieron presentes en el lugar de los hechos, hechos que fueron aceptados en sus testimonios; y, con los testimonios de peritos que acudieron a la audiencia de juicio, dictó sentencia condenatoria en contra de los acusados xxx y xxx, por considerarles autores del delito tipificado en el artículo 158 del Código Penal, en concordancia con lo previsto por el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal; les impuso pena privativa de libertad de un año y el pago de la multa de USD. $ 87.000; con respecto de los demás ciudadanos, confirmó el estado de inocencia.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA
De la sentencia de primer nivel, inconforme con esta decisión, la Fiscalía y los ciudadanos con condena, interpusieron recursos de apelación, más la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 8 de marzo de 2017, las 15:01, declaró la existencia material de la infracción y la responsabilidad de los procesados sentenciados, con las pruebas que fueron analizadas en su contexto, a su criterio, cumplen con la exigencias y se adecuan a la conducta prevista en el tipo penal 158 del Código Penal vigente al momento de cometerse los hechos, estos es, sabotaje a servicios públicos o privados, por lo que, a su criterio, considerando que los recurrentes se encuentran inmersos dentro de lo previsto en la referida norma, que contempla cinco verbos rectores, destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir, paralizar, no existiendo exactitud sobre la lesión que provocaría cada conducta típica específica, pero estableciéndose eso si un elemento subjetivo en ella, determinado en el propósito de "causar alarma colectiva", elemento que debe ser probado para que la infracción exista, admitiéndose por tanto únicamente la forma dolosa, desechó el recurso de apelación planteado por la Fiscalía; aceptó parcialmente la apelación de los procesados; y, en este sentido, "modifica la pena en menos",(sic) por lo que impone a los referidos acusados, la pena de tres meses de privación de la libertad; los ciudadano con condena y la Fiscalía, interpusieron 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
La fundamentación que realizaron los recurrentes, sobre la base de indebida aplicación del artículo 158 del ex Código Penal, aduciendo existe error de subsunción del ad quem, en razón de que, el artículo 346 del COIP, descriminalizó el elemento de" alarma social", que hablaba el ex artículo 158 ibídem, a criterio de los casacionistas, no se habría comprobado la existencia de la materialidad de la infracción, peor sus responsabilidades, por la no existencia de la" alarma social" al no estar contemplada en el COIP, alegación que no fue aceptada por el Tribunal de cierre, declarando la improcedencia del recurso, pero, considerando que la fundamentación de los recurrentes fue equivocada y haciendo uso del derecho de la casación oficiosa, considera existe un error de derecho en cuanto a la aplicación del artículo 158 ibídem, pues, el ad-quem, para dictar sentencia, tomó dos actos ejecutados, uno la quema de una llanta y dos, el transporte de un neumático, no se adecua al tipo penal esto es de paralización de servicios públicos, con la inclusión de " provocar alarma colectiva", al haber transportado y prendido una llanta, según análisis de la sentencia recurrida cuando analiza el testimonio del perito Paúl Robayo, que resulta insuficiente para demostrar justificadas tanto la existencia material de la infracción y la responsabilidad de los recurrentes, en los hechos acontecidos el 30 de septiembre de 2010, al existir indebida aplicación de los artículos 158 y 42 del ex Código Penal, debiendo haberse aplicado el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, casó la sentencia impugnada; y, ratificó el estado de inocencia de los procesados, dejó sin efecto las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11282-2014-0269

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, martes 11 de septiembre del 2018, las 14h57.-

VISTOS:

ANTECEDENTES:

El 6 de julio de 2016, las 15h28, el Tribunal de Garantías Penales, con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, dicta sentencia condenatoria en contra de los acusados Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo, por considerarles autores del delito tipificado en el artículo 158 del Código Penal (en adelante CP), *" en concordancia con lo previsto por el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal",* (en adelante COIP); y, en tal virtud, les impone la pena privativa de libertad de un año y el pago de la multa de USD. $ 87.ooo; mientras tanto, confirma el estado de inocencia de los ciudadanos Edwin Saúl Gonzaga Ponce, Homero Javier Plasencia Caiza, Nora Liliana Reyes Morocho, Seidy Karina Camacho Sarango, Cristian Freddy Apolo Torres, Guillermo Haro Rivera y Galo Hernán Acosta Balseca.

Inconforme con esta decisión, tanto los procesados Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo, como la señora agente fiscal de la causa, interponen recursos de apelación.

El 8 de marzo de 2017, las 15h01, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, rechaza el recurso de apelación planteado por la señora agente fiscal; acepta parcialmente la apelación de los procesados Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo; y, en este sentido, " *modifica la pena en menos*" , (sic) por lo que impone a los referidos acusados, la pena de tres meses de privación de la libertad.

De esa sentencia, los procesados Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo, así como la Dra. Viviana Ordóñez Montaño, Fiscal de Fe Pública, Administración Pública, Delincuencia Organizada, Transnacional e Internacional y Patrimonio Ciudadano de la ciudad de Loja, provincial de Loja, plantean recurso de casación.

Mediante auto de 28 de agosto de 2017, las 09h19, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, inadmite a trámite el
recurso de casación formulado por la mencionada agente fiscal; por otro lado, admite a trámite los recursos de casación interpuestos por los procesados Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo, únicamente por los cargos de indebida aplicación del artículo 158 del CP y contravención expresa de los artículos 158 del CP y 346 del COIP.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, privada y de contradictorio de fundamentación de los recursos de casación; y, siendo el estado de la causa, el de emitir sentencia por escrito, se lo hace, en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, último inciso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ). 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 lo dispuesto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 COFJ, así como con las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 01 2015 de 28 de enero de 2015, 012018, de 26 de enero de 2018 y 022018, de 1 de febrero de 2018; y, está conformado por el señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 COFJ, por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional y el señor doctor David Jacho Chicaiza, Conjuez Nacional, este último en reemplazo de la señor doctor Iván Saquicela Rodas, Juez Nacional, mediante oficio No. 1249SGCNJROG, de 17 de julio de 2018, suscrito por la señora doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

2. VALIDEZ PROCESAL:

El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 del COIP, en concordancia con el artículo 76.3 CRE. Por tanto, al no advertirse que se

haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal declara su validez.

3. INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1. Los recurrentes Edison Vivanco Ruiz y Deyber Román Jumbo, a través de su defensa técnica, Dra. Magdalena Cardoso Ruiz, en síntesis, manifestaron lo siguiente:

El Tribunal y la Corte Provincial dictaron una sentencia aplicando de manera indebida el artículo 158 del CP, el cual, se refiere a cinco verbos rectores; el 30 de septiembre de 2010, se violentaron los derechos de los procesados; el artículo 158 del CP habla de la alarma colectiva; el Tribunal y la Corte Provincial han considerado que el señor Vivanco, con su actuar, causó alarma colectiva, que según la Corte Provincial, se dio en todo el país, entonces no se podía haber tomado el artículo 158 del CP, pues cuando ya se realizó la audiencia estaba en plena vigencia el COIP; el artículo 158 del CP habla de sabotaje, contiene cinco verbos rectores; la Corte Provincial se olvida que este proceso se inició con el COIP, porque la formulación de cargos se hizo en vigencia del COIP y su Disposición transitoria primera es muy clara al respecto; la sentencia dictada por la Corte Provincial se basa en el artículo 158 del CP, en concordancia con el artículo 346 del COIP, que habla de la paralización de un servicio público y desaparece el elemento de la alarma colectiva, es decir, que se descriminaliza esta parte especial del artículo 158 del CP, por lo que el Tribunal y la Corte Provincial aplican de manera indebida el artículo 158 del CP, pues lo toman a su conveniencia y con el paso del tiempo se ha descubierto que los casos del " 30 S" no se han manejado con la debida forma; han pasado ocho años y sus defendidos no fueron juzgados por los delitos de función como en otras ciudades; sus defendidos están sentenciados por el artículo 158 del CP, en relación con el artículo 346 del COIP, cuando las pericias establecían a más personas, sin embargo, se ratificó la inocencia de siete procesados; la Corte Provincial reforma la sentencia del Tribunal, dejando la pena en tres meses, aplicando el principio de favorabilidad, pero contraviniendo a la ley, porque la Disposición transitoria primera del COIP es muy clara, en el año 2010 estuvo en vigencia el artículo 158 del CP y en todas las sentencias se habla de la alarma colectiva.

En esta virtud, solicita que se analice la parte objetiva de la acción típica, así como los verbos rectores del artículo 158 del CP, que se refieren al sabotaje y terrorismo, pues no se pueden sancionar los hechos en Loja, como sucedieron en Quito; en este sentido, pide que se acepte el recurso de casación, por la indebida aplicación del artículo 158 del CP, en concordancia con el artículo 346 del COIP; y, se declare el estado de inocencia de sus defendidos, enmendando las violaciones legales alegadas.

3.2. Contestación de la Dra. Zulema Pachacama, delegada del señor Fiscal General del Estado, en resumen, manifestó lo siguiente:

La pretensión ha sido por indebida aplicación del artículo 158 del CP, en cuanto a los dos recurrentes; la defensa de los recurrentes ha indicado que a la fecha de los hechos ya estaba vigente el COIP, lo cual, no es verdad, porque los hechos sucedieron el 30 de septiembre de 2010; los jueces aplicaron el COIP en cuanto a la pena, porque existe favorabilidad; también ha indicado que las acciones de los casacionistas no cumplen con los verbos rectores del artículo 158 del CP, porque ellos no son los únicos que estaban en la revuelta de Loja y que no debían ser sancionados solo los dos, pero en el considerando 10.1 de la sentencia, consta que el Tribunal de apelación realiza un análisis de los elementos fácticos y elementos probatorios, en relación a los dos casacionistas, determinando con certeza que estos, intervinieron en los hechos; uno, rodaba una llanta y el otro, la encendía en la vía; tales hechos fueron de conocimiento público, los señores policías, al estar inconformes con un Decreto presidencial, reclamaron y obstaculizaron el servicio público, con la quema de llantas; en este caso en particular, lo hicieron en la Dirección de Tránsito, en donde no se pudo continuar atendiendo al público; en esta circunstancia, con los elementos probatorios aportados por fiscalía, los jueces determinaron la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, por lo que mal se puede decir que no son los autores, si bien lo analizan los Tribunales *a quo* y *ad quem*, el hecho de que exista una inconformidad con ciertas disposiciones que puedan afectar a los empleados públicos, no quiere decir que se deba obstaculizar los servicios públicos con estos actos; se indica que hay indebida aplicación de los artículos 158 del CP y 346 del COIP, pero no se ha especificado cuál era la norma que se debía aplicar, lo cual, es obligación del casacionista cuando se alega la causal de indebida aplicación.

Por tanto, solicita que se declare improcedente el recurso de casación, más aún porque al inicio, la defensa de los recurrentes se refirió a la sentencia del Tribunal *a quo* y no a la sentencia del Tribunal de alzada, como correspondía.

3.3. Los procesados no recurrentes, a través de defensoría pública:
Existe en este proceso dos sentencias que ratifican la inocencia de las personas que representa, existe un doble conforme; en el considerando décimo tercero de la sentencia de la Corte Provincial, en el análisis que se realiza para resolver el recurso de apelación interpuesto por fiscalía, se determina que no existe prueba directa y por eso ratifica el estado de inocencia de las personas que representa; no tiene ninguna alegación que realizar.
3.4. Réplica de los procesados recurrentes:
Hizo referencia a la sentencia de la Sala Penal, por lo que solo mencionó la otra sentencia como parte de los antecedentes; no es verdad que ha aceptado la participación de los nueve procesados; de los considerandos de la sentencia, se toma como elemento fundamental, la alarma social; dijo que la causa se sustanció con el COIP; si se habla del artículo 158 del CP, está inmersa la connotación de la alarma colectiva, lo que desaparece en el artículo 346 del COIP; entonces, la norma actual descriminalizó la alarma colectiva, por tanto, no existe un tipo penal que se pueda aplicar a la conducta de sus defendidos; existe un error de subsunción.
Solicita que se acepte el recurso de casación y se ratifique la inocencia de sus defendidos.
3.5. Derecho del uso de la última palabra de los recurrentes:
3.5.1. Recurrente Edison Vivanco Ruiz:
En ningún momento prendió fuego a las llantas, aquello, no se ha probado; en la primera sentencia, se dice que han actuado en pandilla, que está conformada por tres personas, pero solo son dos los sentenciados; la única testigo que presentó fiscalía, nombró e identificó a tres personas que no son ellos; estos hechos son de conocimiento público, todo se dio con dedicatoria, no se aplicaron bien los artículos; es inocente, no participó en los hechos; los videos son elocuentes, él se acerca a un galón, pero en la sentencia se hace constar que utiliza un galón que era de combustible; si él hubiese conocido que era combustible, no hubiera hecho un gesto de desaprobación.
3.5.2. Recurrente Deyber Román Jumbo:
Es inocente, no existen pruebas, porque llegó a un cajero con su esposa y su hijo; ¿Por qué de los 400 hombres, solo nos sentenciaron a dos?; no sacó ninguna llanta. Solicita que se solidaricen con su familia y con él.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

4.1. Sobre el recurso de casación:

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades y opera por violaciones a la ley, bajo tres causales: contravención expresa de su texto; indebida aplicación; y/o, errónea interpretación, circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.
En cuanto a las causales para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> *" (…) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente; **b)** Error de pertinencia, referido por el artículo 349 ejusdem como indebida aplicación de la ley, que se presenta cuando establecida una circunstancia fáctica probada, el juzgador aplica para su resolución una norma jurídica que no tiene como supuesto de hecho a ésta; y, **c)** Error de interpretación, en el que el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al 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. (…)"*[1]

En este sentido, el recurso de casación es un medio de impugnación, que por motivos de derecho,

[1] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Resolución No. 9422013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el No. 5082013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley, ya sea por: ***i)*** *contravención expresa de su texto*; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el

específicamente previstos por la ley, una parte, denominada casacionista postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de segundo nivel que la perjudica; de tal suerte que, reclama la correcta aplicación de la ley.

Por consiguiente, se trata de un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnicojurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones, por las causales dispuestas en la ley.

Además, en el caso traído a sede casacional, se debe insistir también en aquello de los parámetros para analizar el recurso de casación, respecto de lo cual este órgano jurisdiccional ha señalado que:

> *"(…) La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetosprocesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación:* ***a)*** *La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia;* ***b)*** *La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación; y,* ***c)*** *Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal ad quem que contiene la vulneración; la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio del recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva.(…)"*[2]

En esta inteligencia, al Tribunal de Casación le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por el tribunal de alzada; es por ello, que se ha podido declarar, con razón, que el tribunal de casación no es un tribunal de segundo grado con potestad para examinar la causa y corregir todos los errores de hecho y de derecho que pueda cometer el juez de instancia, sino que es un "supremo guardián" del derecho sustantivo y procesal, para evitar la inobservancia o errónea aplicación de la ley; en tal virtud, la procedencia del recurso de casación, está dada por el conjunto de requisitos necesarios para que pueda el tribunal de casación, pronunciarse sobre el fondo de la impugnación, y su examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación, desde un punto de vista puramente formal.

4.2. Respuesta al cargo planteado por los recurrentes:

Los recurrentes Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo, a través de su defensa técnica, acusaron un cargo, contra la sentencia de segunda instancia; así, plantearon indebida aplicación del artículo 158 del CP (sabotaje a servicios públicos o privados), bajo el argumento relativo a que existe un error de subsunción por parte del juzgador *ad quem*, toda vez que el artículo 346 del COIP (paralización de un servicio público), " *descriminalizó*" el elemento de la " alarma colectiva" que contenía el citado artículo 158 del CP.

Con la finalidad de despejar este cargo, el cual, en principio, se ajusta a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la indebida aplicación, también conocida como *error de pertinencia;* en primer término, se puntualiza que tal causal tiene relación con el yerro que comete el juzgador de alzada al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta, que se pretende juzgar en el fallo; de esta manera, para que prospere esta causal, como cargo casacional, es necesario plantear una proposición jurídica completa, la cual, debe estar compuesta por dos requisitos: norma jurídica incorrecta y norma jurídica

---

fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, ***iii)*** *errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho)*; que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

[2] 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.

correcta; precisamente, esta última exigencia: norma jurídica correcta, no fue abordada por los censores, en la medida en que estos solo invocaron la norma jurídica considerada como incorrecta (artículo 158 del CP).

En tales circunstancias, se enfatiza que los casacionistas alegaron yerro en la adecuación típica por parte del juzgador *ad quem*, pues no se habría justificado ni la materialidad de la infracción, ni sus responsabilidades, en la medida en que el elemento de la " alarma social" que contenía el delito tipificado en el artículo 158 del CP (sabotaje a servicios públicos o privados), ya no es recogido por el artículo 346 del COIP (paralización de un servicio público), actualmente en vigencia.

Así las cosas, el cargo casacional no prospera, debido a que los recurrentes no formularon una proposición jurídica completa, en la que conste tanto la norma jurídica considerada como vulnerada, como la norma jurídica que debió ser aplicada por el juzgador de segundo nivel, lo cual, da como resultado, que el cargo carezca de sustento jurídico; y, por ende, los recursos de casación devienen en improcedentes, debido a que el otro cargo por el que fue admitido a trámite el recurso de casación interpuesto por el recurrente Édison Vivanco Ruiz, esto es contravención expresa de los artículos 158 del CP y 346 del COIP, no fue desarrollado en la audiencia respectiva; y, en consecuencia, este Tribunal nada tiene que acotar al respecto.

4.3. Casación ex oficio:

La denominada " casación oficiosa *opera como una excepción al principio de limitación que regula el ejercicio de la casación ordinaria;"*[3] de ahí que, en cuanto a la casación de oficio, hay que remitirse al artículo 358 del CPP, aplicable al caso, que en su parte final señala *" Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada."* .

Sobre esa base legal, dentro del rol de este Tribunal de Casación, como un órgano de control de la juridicidad de los fallos emitidos por el juzgador de segunda instancia y de subsanador en el caso de existir, de los yerros jurídicos de la sentencia de apelación, se estima necesario acotar que en el presente caso, la subsunción efectuada por el juzgador de alzada no corresponde al contenido fáctico en relación con la prueba; y, por ende, existe yerro en la adecuación típica que realizó el juzgador de segundo nivel, toda vez que este, en base a un análisis sesgado, establece todos los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el artículo 158 del CP; conforme se analizará en párrafos posteriores.

En esta línea, se advierte que el yerro evidenciado consta en los numerales 10.1 y 10.2 del considerando décimo, " *FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN DE LOS PROCESADOS SENTENCIADOS*", del fallo recurrido; en las partes que se lee, lo siguiente:

> *" (…) El Tribunal de la Sala, considera que se encuentra probada la responsabilidad del procesado Edison René Vivanco Ruiz, ya que el mismo acepta en su testimonio rendido durante la audiencia de juicio, que el día 30 de septiembre de 2010, se encontraba en el lugar de los hechos, esto es en el Comando Policial CP7Loja, que su labor la realizaba de civil y que se encontraba a cargo de un vehículo tipo wincha para prestar el servicio de remolque de los vehículos que lo solicitaran, así mismo acepta que se produjeron los hechos por los cuales se encuentra siendo juzgado, ya que su defensa dice que lo que se produjo fue una pequeña protesta por la pérdida de bonificaciones de la Policía Nacional, sin embargo, se encuentra probado que el día de los hechos como se manifestó anteriormente al analizar la materialidad de la infracción, si hubo paralización de servicios públicos producto de la manifestación que los policías nacionales realizaron a las afueras del Comando de Policía CP7 Loja, y que esta paralización se debió a la quema de neumáticos o llantas en el ingreso al Comando Policial, específicamente en la calle Bolivia y Argentina, en la que participó directamente el procesado Edison Vivanco Ruiz, pues está probado mediante el peritaje fisonómico realizado por el capitán Rolando Benito Masache Escobar, pues este perito refiere en la audiencia de juicio que la imagen indubitada del procesado Edison Vivanco Ruiz, fue obtenida voluntariamente y que la misma da positivo con la imagen del video dubitado, y concluye manifestando que se establece el que procesado se ha encontrado presente en el lugar el de los hechos y precisamente en el lugar en que se realizaban las protestas; a esto hay que agregar el testimonio del perito Paul Fredy Rovayo Laguatasig, mismo que realizó la pericia de descripción de acciones de las*

[3] Orlando A. Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Editorial S.A. Bogotá, Colombia, p. 138.

personas identificadas por Benito Masache, y al respecto dice que al procesado lo identifica a lado de una llanta, que realiza acciones con sus manos como prender fuego a la misma, lo cual es una conducta penalmente relevante que si encuadra al tipo penal acusado, ya que no son acciones inofensivas si son contrastadas en el contexto en que se desarrollaban, sino que efectivamente paralizaron servicios públicos con el fin de generar alarma colectiva, contemplado en el Art. 158 del Código Penal, vigente al cometimiento de los hechos. (…). El tribunal de la Sala, considera que se encuentra probada la responsabilidad del procesado Deyver Vicente Román Jumbo, en el hecho que se juzga por lo siguiente: El procesado ha aceptado voluntariamente durante el proceso que se encontraba en el Comando Policial CP7 Loja el día 30 de septiembre de 2010, esto pese a que el mismo expresa que se encontraba de vacaciones, pero que se encontraba en dicho lugar por cuanto concurrió hasta el cajero de la Cooperativa de la Policía Nacional a retirar dinero; que en ese lugar vio que sus compañeros se encontraban reclamando por haberles quitado algunas bonificaciones a la Policía Nacional y que por eso se acercó a sus compañeros policías y permaneció en el lugar hasta las 11am, es decir su permanencia en el lugar de los hechos no ha sido controvertida; a esto hay que agregar el testimonio del señor Rolando Benito Masache Escobar, mismo que ha realizado la pericia de cotejamiento fisonómico y este perito ha llegado a establecer que la imagen indubitada del señor Deyver Vicente Román Jumbo, obtenida voluntariamente da positivo con la imagen dubitada constante en el video y que por eso concluye que el señor Deyver Román Jumbo se encontraba presente en el lugar de los hechos el día 30 de septiembre de 2010. A esto hay que agregar el testimonio del señor Paul Rovayo Laguatasig, mismo que realizó la pericia de descripción de acciones de las personas identificadas por Benito Masache, identificando al procesado Deyver Román Jumbo, como la persona que realizaba acciones como levantar las manos, aplaudir y transportar neumáticos desde el interior del Comando Policial, para ejercer actos de violencia, como en efecto sucedió, ya que los neumáticos transportados por Deyver Vicente Román Jumbo posteriormente fueron prendidos fuego por parte del procesado Edison René Vivanco Ruiz, en el centro de la intersección de las calles Bolivia y Argentina con los resultados anteriormente expuestos; hay que señalar que estos realizados por los procesados sentenciados no fueron intrascendentes, ya que contribuyeron con los hechos de paralización de servicios públicos generados por miembros de la Policía Nacional que se daban en el resto del país, es decir a caotizar y alamar a la ciudadanía, ya que si bien es cierto el solo hecho de encender fuego a una llanta en la vía pública por si solo el acto no constituiría delito si el acto es visto desde un punto de vista aislado, pero hay que hacer notar que no fue así sino que este hecho se produjo cuando se habían presentado fuertes desmanes por parte de miembros de la Policía Nacional en otras ciudades del país, empezando por la ciudad de Quito, ciudad en donde se produjeron actos de paralización de servicios públicos (…)". (sic)

A partir del texto transcrito, resulta evidente que el juzgador de alzada, únicamente tomando en cuenta dos actos ejecutados por los recurrentes quema de una llanta y transporte de neumáticos; y, extrapolando los hechos suscitados el 30 de septiembre de 2010 en la ciudad de Quito, a la ciudad de Loja, pretende justificar todos los elementos constitutivos del tipo penal de sabotaje a servicios públicos, incluido el de "*provocar alarma colectiva*", que para algunos autores, entre los que se imbrica Ernesto Albán Gómez,[4] constituye el elemento subjetivo del referido delito previsto en el artículo 158 del CP; lo que, comporta un yerro en la adecuación típica realizada por el juzgador de alzada.

En efecto, al hacer la abstracción al caso que nos ocupa, en donde acorde a los hechos fácticos que constan como probados, en la sentencia objeto mismo de este recurso, se tiene que los censores estuvieron en el lugar de los hechos, uno de ellos, Édison Vivanco Ruiz prendió fuego a una llanta, mientras que el otro, Deyver Román Jumbo transportó neumáticos, así lo describe el perito Paúl Robayo Laguatasig, quien realizó la experticia de descripción de acciones (considerando décimo del fallo recurrido); sin embargo, tales acciones por sí solas, resultan insuficientes para justificar que las conductas de los impugnantes se adecuaron al ilícito contemplado en el artículo 158 del CP; así como también deviene en exiguo, limitarse a aludir los hechos suscitados el 30 de septiembre de 2010 en la ciudad de Quito, para acreditar el elemento de "*producir alarma colectiva*" por parte de los casacionistas en la ciudad de Loja; en consecuencia, resulta inobjetable que el juzgador

[4] Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Parte Especial, Ediciones Legales S.A., Quito, abr-12 (3ra.), s/a, p. 60.

de apelación ha incurrido en evidente yerro en el proceso lógico subsuntivo.

En tal virtud, de oficio, se casa la sentencia recurrida, por indebida aplicación de los artículos 158[5] y 42 CP,[6] cuando el tribunal de alzada debió haber aplicado, conforme a los hechos probados, el principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo de la 76.2 CRE,[7] a favor de los impugnantes, toda vez que no se ha logrado enervar el *status* jurídico de inocencia del que siempre estuvieron revestidos.

5. DECISIÓN:

Por las consideraciones jurídicas expuestas, este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 657.7 del COIP, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad, resuelve lo siguiente:

1. Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por los recurrentes Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo, por falta de fundamento jurídico;

2. Casar, ex oficio, la sentencia dictada el 8 de marzo de 2017, las 15h01, por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, por indebida aplicación de los artículos 158 y 42 del CP, cuando la norma correcta que debió utilizar el juzgador *ad quem*, es el artículo 76.2 de la CRE;

3. Ratificar el estado de inocencia de los casacionistas Édison René Vivanco Ruiz y Deyber Vicente Román Jumbo; y,

4. Levantar todas las medidas cautelares de orden real y cautelar que hayan sido dictadas en contra de los impugnantes.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para que se ejecutoríe la sentencia.

f) Dr. Marco Rodriguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. David Isaias Jacho Chicaiza, CONJUEZ NACIONAL; Dr. Luis Enriquez Villacres, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

[5] Artículo 158 CP: "(Sabotaje a servicios públicos). Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años (…) el que fuera de los casos contemplados en este Código, destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos (…), con el propósito de producir alarma social."

[6] Artículo 42 CP: "Autoría. 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."

[7] Artículo 76.2 CRE: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada."

XII

Juicio Nro. *23281-2017-00600*
Resolución Nro. *2079-2018*
Fecha: *10 de diciembre de 2018*

TEMA: Delito: Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización. El Tribunal de Casación considera que, para la aplicación de la atenuante trascendental contemplada en el artículo 46 del COIP, debe cumplir cuatro requisitos a saber: 1 Precisión, 2. Verisimilitud, 3. Comprobación; y, 4 Relevancia.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos que conoció el Tribunal de Casación tomadas del cuaderno del Tribunal Apelación, fueron:" hechos expuestos en la acusación fiscal de que el 9 de marzo del 2016, a las 18h30, en el Km. 2 de la vía Santo Domingo-Quito, habría sido sorprendido en flagrancia en el vehículo de placas JBB0643, transportando heroína en un peso neto de 7960.5 gramos, hecho del que ha sido alertada la Policía. […]". El 2 de agosto de 2017, las 14:42, el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, sustentando que el nexo causal está justificado fundamentalmente, por la actividad probada más allá de toda duda razonable por medio de las pruebas actuadas por Fiscalía, donde se determinó la cantidad y la sustancia, con un peso neto de 7960,5 gramos de heroína, que según la Tabla publicada en el Registro Oficial No. 628 de 16 de noviembre de 2015, constituye Alta Escala esa cantidad de heroína, que quedó sentado con la prueba de análisis químico, verificación y pesaje, dictó sentencia condenatoria en contra del acusado xxx, por considerarle autor directo del delito tipificado en el artículo 220.1.d) del Código Orgánico Integral Penal, le impuso pena privativa de libertad de diez años y el pago de la multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general; con respecto del ciudadano XXXX, confirmó su estado de inocencia.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia de primer nivel, inconforme con esta decisión, el ciudadano con condena, interpuso recurso de apelación, más la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 27 de diciembre de 2017, las 10:03, estimando que no existe duda alguna respecto de la existencia de la infracción así como de la responsabilidad del procesado recurrente, sobre la base de la prueba analizada, habida cuenta que se acreditó su autoría directa, conforme lo determinado en el artículo 42 del COIP, resultante del análisis de ponderación por el Tribunal de instancia, llegó a la conclusión de que la dosimetría del quantum de la pena sin que se aplicara el artículo 46 ibídem, no procede por cuanto, el ciudadano con condena no proporcionó datos relevantes, precisos y verdaderos comprobables para la investigación, en fallo de mayoria, negó el recurso de apelación del ciudadano xxx, confirmando en todas sus partes la sentencia impugnada; el ciudadano con condena, 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

La fundamentación que realizó el recurrente, sobre la base de contravención expresa del texto del artículo 46 del COIP, aduciendo que desde un inicio del proceso penal, siempre proporcionó información conforme lo dispone el artículo impugnado, lo que debió haber incidido en la imposición de un tercio de la pena que le corresponda; por lo que, al fundamentar su recurso, no puntualizó ni precisó como el Tribunal de Apelación dejó por probada el hecho fáctico, el juzgador haya por error sobre la existencia de la norma jurídica que corresponde, dejó de aplicarla, ya sea por olvido, desconocimiento, derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso concreto, no precisó que la información por el otorgada fue precisa, relevante, comprobable y verosímil, que permita con la delación del recurrente, dar con el paradero, aprehensión y juzgamiento de la persona contra quien dio la información, lo que no ha ocurrido en el presente caso, por lo que, el Tribunal de Casación, considerando que no existe error de derecho en la sentencia impugnada, la misma cumple con los estándares constitucionales de motivación, declaró la improcedencia del recurso.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23281-2017-00600

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, lunes 10 de diciembre del 2018, las 10h02.-

VISTOS: ANTECEDENTES:

El 2 de agosto de 2017, las 14h42, el Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas, dicta sentencia condenatoria en contra del procesado Edgar Javier Irua Criollo, por considerarle autor directo del delito tipificado en el artículo 220.1.d del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); en tal virtud, le impone la pena privativa de libertad de diez años y multa de cuarenta salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.10 ibídem; mientras tanto, el tribunal a quo, ratifica el estado de inocencia del ciudadano Nelson Erasmo Irua Castillo.

Informe con esta decisión, el procesado Edgar Javier Irua Criollo, interpone recurso de apelación.

El 27 de diciembre de 2017, las 10h03, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en voto de mayoría, niega el recurso de apelación interpuesto y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.

De dicha resolución, el procesado Edgar Javier Irua Criollo deduce recurso extraordinario de casación.

El 18 de julio de 2018, las 10h50, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, expide auto, en el que se admite a trámite el referido recurso de casación, por el cargo de contravención expresa del artículo 46 del COIP.

Luego de haberse evacuado la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación interpuesto por el procesado Edgar Javier Irua Criollo; siendo el estado de la causa, el de dictar sentencia por escrito, se lo hace, bajo los siguientes términos:

1. COMPETENCIA:

La Corte Nacional de Justicia ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con lo ordenado por los artículos 182, **último** inciso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y 172 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

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 lo dispuesto por los artículos 184.1 de la CRE; 8 y 9 del COFJ, así como con las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 012015 de 28 de enero de 2015, 012018, de 26 de enero de 2018 y 022018, de 1 de febrero de 2018; y, está conformado por el señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

141 del COFJ, por la señora doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional y el señor doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional.

2. VALIDEZ PROCESAL:

El recurso ha sido tramitado conforme lo dispone el artículo 657 del COIP, por tanto, al no advertirse que se haya omitido solemnidad sustancial alguna o vicio de procedimiento, este Tribunal declara su validez.

3. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y CONTRADICCIÓN:

3.1. Procesado recurrente:

El recurrente Edgar Javier Irua Criollo, a través de su defensa técnica, Dr. Gustavo Ludeña defensor público), expuso lo siguiente:

En virtud de que existe un auto de admisión, la argumentación se realiza por la causal de contravención expresa del artículo 46 del COIP; el error de derecho se encuentra en la sentencia de segunda instancia de fecha 27 de diciembre de 2017, las 10h03, en su considerando sexto, pues dejó de aplicar el artículo 46 del COIP, respecto de la existencia de la atenuante trascendental, ya que la información suministrada por Edgar Irua es verdadera, comprobable y relevante para la investigación, tanto más que el Tribunal ordenó remitir las actuaciones a Fiscalía para investigar la información dada por su defendido; en el caso de Edgar Javier Irua, es una persona con alto grado de rusticidad, quien fue manipulado para poder realizar el delito y por eso en el primer contacto que tuvo con la policía, él entregó información sobre Walter Cortez Aristizábal, de nacionalidad colombiana.

Por lo expuesto, solicita se case la sentencia, se enmiende el error, específicamente en el quantum de la pena, se acepte la atenuante trascendental y se imponga la pena que corresponde.

3.2. Contradicción por parte de Fiscalía:

La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada del Fiscal General del Estado, dice lo siguiente:

Si bien el procesado en la audiencia de juicio, es donde dijo que existiría otra persona, llamada Luis Ramos o Walter Cortez y presentó como prueba la certificación del Consulado, pero nunca se refirió a ninguna persona, por lo que la información no es precisa ni comprobable; la atenuante trascendental y sus elementos deben ser comprobados para aplicar la posible rebaja de la pena; los tribunales *a quo y ad quem* le han sancionado al procesado con diez años; dicha pena es la adecuada respecto al delito cometido.

Por tato, al no haberse cumplido con los elementos jurídicos del artículo 46 y por no demostrarse el error de derecho, pide se declare improcedente el recurso de casación y se mantenga la pena impuesta.

3.3. Intervención del procesado no recurrente:

El procesado no recurrente Nelson Erasmo Irua Criollo, a través de su defensa técnica, Dr. Paúl Guerrero dice lo siguiente:

En esta audiencia no se ha vulnerado ningún derecho de su defendido, tanto más que en el momento oportuno se ratificó su estado de inocencia.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:

4.1. Sobre el recurso de casación:

El derecho a impugnar, se encuentra garantizado constitucionalmente en el artículo 76.7.m CRE, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, el artículo 8.2.h de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) reconoce como garantía básica, ejercida en plena igualdad el: *" (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior";* lo cual, guarda armonía con lo establecido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: *"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".*

De otro lado, el sistema jurídico procesal nacional, dejó de considerar la impugnación como una etapa, para exponerlo como uno de los principios basales del procedimiento. De cualquier manera, el criterio de clasificación establecido en los recursos de materia penal, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, los divide en *ordinarios* aquellos que no tienen un límite para su fundamentación y *extraordinarios* los que deben argumentarse en los modos y causas, expresamente determinadas en la ley.

Ahora bien, la institución procesal de la casación nace en el Derecho Francés, sustentada en las ideas separatistas de los poderes de Rousseau y Montesquieu, pero su progresivo desarrollo ha permitido que en la actualidad sea observado como un recurso extraordinario, dentro de la misma esfera judicial;[1] de ahí que su prosecución depende del acatamiento de los principios que rigen tanto su fundamentación, como su tramitación.

En este contexto, el proponente deberá sostener sus argumentos jurídicos, en un orden lógico,

[1] Entre las ideas que sostenían la Revolución Francesa, consideraban a los jueces únicamente como boca de ley, por lo que la revisión casacional la realizaba el Poder Legislativo. Nota del Tribunal.

concatenándolos a una de las causales exclusivas determinadas en el artículo 656 COIP, esto es, por contravenir expresamente el texto de la disposición legal utilizada,[2] por haberse hecho una indebida aplicación de ella[3], o por haberla interpretado erróneamente,[4] indicando la trascendencia de tal afectación en la decisión de la causa y, la resolución que adopte el Tribunal de Casación deberá limitarse a estos planteamientos.[5]

Entonces, el recurso de casación constituye entre otras cosas, un remedio extraordinario, que plantea un juicio de legalidad contra sentencias definitivas, regido por un control formal y de efecto suspensivo y su subsistencia en el ordenamiento jurídico, se debe a la necesidad de que el máximo tribunal de justicia ordinaria, cumpla con tres de las finalidades esenciales de la casación, que se concatenan entre sí: 1) El *imperio de la ley* pues se parte del supuesto, que los juzgadores en sus sentencias cumplen y aplican la ley, empero, ante posibles arbitrariedades e incorrecciones en las que pueden incurrir, es necesaria la *nomofilaxis* del ordenamiento jurídico; 2) *Ubi eadem ratio, ibi* ídem *ius*:[6] la casación busca controlar la legalidad de los fallos impugnados, en procura de la uniformidad de jurisprudencia a nivel nacional; y, 3) *Ius litigatoris*: porque permite rectificar el agravio que se pudo generar con la violación de la ley.

4.2. Respuesta al cargo casacional:

El recurrente Edgar Javier Irua Criollo, al fundamentar el recurso de casación, ciñéndose al auto de admisibilidad, formuló como reproche contra la sentencia de segundo nivel, contravención expresa del texto del artículo 46 del COIP (atenuante trascendental), bajo el argumento relativo a que el casacionista desde el momento pre procesal, habría proporcionado información verdadera, comprobable y relevante para la investigación, lo cual, de haberse justificado, incidiría en la rebaja del *quantum* de la pena.

Con la finalidad de despejar el reparo descrito, el cual, en principio, se ajusta a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la contravención expresa, también conocida como *error de omisión*, se puntualiza que se entiende por aquella causal, cuando dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador por error sobre la existencia de la norma jurídica que corresponde, deja de aplicarla, sea por olvido, desconocimiento, convencimiento de su derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso concreto.

Al respecto, y luego de la revisión prolija de la sentencia impugnada, la censura casacional no prospera, debido a que la información que ha sido proporcionada por el censor, no alcanza a justificar ninguno de los presupuestos que exige el artículo 46 del COIP a fin de que se configure la atenuante trascendental; y, que se supeditan a cuatro:

a) Precisión;
b) Verosimilitud;
c) Comprobación; y,
d) Relevancian

En otras palabras, la figura de la atenuante trascendental, si bien es cierto que, implica una suerte de prerrogativa que el sistema de justicia prevé para la persona procesada, para que esta se haga merecedora a una rebaja sustancial de la pena privativa de libertad, no es menos cierto que, tal privilegio está sujeto a los condicionamientos que fueron expuestos *ut supra*, los mismos que no se acreditan con el solo hecho de mencionar un nombre de una persona que en realidad existe, como ha ocurrido en el caso *sub júdice*.

Precisamente, a fin de corroborar con lo mencionado en el párrafo inmediato anterior, consta en el considerando Sexto del fallo recurrido, lo siguiente:

> *"(…) Se ha constatado que el acusado hace referencia a que existiría participación de otras personas como el señor Walter Cortez Aristizabal, ciudadano colombiano, de quien se habría adjuntado una certificación que se recoge a fojas 94 de primer nivel. El Art. 46 del Código Orgánico Integral Penal,*

[2] Se entiende por contravención expresa, cuando dada una circunstancia fáctica por probada, el tribunal por error sobre la existencia de la norma jurídica que corresponde, deja de aplicarla, sea por olvido, desconocimiento, convencimiento de su derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso concreto.

[3] Por indebida aplicación, cuando el tribunal se fundamenta en una norma equivocada, es decir el error radica en la selección de la norma, que no corresponde por no coincidir con los supuestos contenidos en esa disposición.

[4] Por errónea interpretación: cuando el tribunal selecciona correctamente la norma y la adecua al caso concreto, sin embargo equivoca el sentido y alcance de la norma aplicada.

[5] Salvo la excepción prevista en el artículo 675.6 COIP, pues en aras de procurar el imperio de la ley, el Tribunal de casación podrá casar de oficio si observase una transgresión trascendental del ordenamiento jurídico.

[6] Humberto Fernández Vega, **La Casación en el Sistema Penal Acusatorio**, Editorial Leyer, Bogotá –Colombia, (s/f), p.28.

establece: " A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción" . Esto implica que el sentenciado debió aportar con información, verdadera, comprobable y relevante, para el esclarecimiento del hecho o develar otros autores, esto no confirma las circunstancias de su participación y que esto tenga relevancia, respecto al caso que nos ocupa, por tal situación se ha mandado recién a que Fiscalía investigue la hipótesis, dada por el sentenciado, si esta información que recién es dada en la audiencia de juicio es precisa, verdadera, comprobable, a más de que durante la instrucción fiscal el sentenciado y recurrente, nunca aportó con datos o informaciones relativas al tema, más bien el testimonio del miembro policial señor Juan Galarza, desmiente que haya existido colaboración cuando dice: " … El señor. Edgar Irua, tenía actitud déspota, no quería colaborar… " , así lo ratifica el señor Fiscal ante este Tribunal, por lo que las condiciones exigidas en el Art. 46 del Código Orgánico Integral Penal, no se observa cumplidas al caso, no es el hecho de señalar un nombre para cumplir esta condición, es decir que la información dada no tiene relevancia para las investigaciones por no comprobarse su veracidad, más aún si fue aprehendido en flagrancia, que es donde se ha recabado el acervo probatorio por los miembros policiales, sin que luego se haya obtenido nuevos elementos, y en el mejor de los escenarios para el recurrente lo que se habría justificado es la atenuante recogida en el numeral 6 del Art. 45 del COIP y el Art. 44 ibídem exige al menos acreditar dos atenuantes para beneficiarse de las rebajas, por lo que tal alegación es infundada y se lo desestima. Al respecto el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República determina " La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza" del caso se observa la imposición de una pena privativa de la libertad de 10 años. La pena impuesta por el Tribunal A quo, cumple con los principios de proporcionalidad, conforme se han suscitado los hechos, se ha aplicado la normativa vigente y considerando que entre penas mínima y máxima. (…)" (sic)

Como se deja entrever del texto transcrito, el recurrente Edgar Irua Criollo (al rendir su testimonio en la audiencia de juicio), indica un nombre, el del señor Walter Cortez Aristizabal, lo que podría abonar para la atenuante contemplada en el artículo 45.6 del COIP, tal como discurre el *ad quem* en el fallo objetado, pero de ninguna manera justifica los elementos descritos en el artículo 46 del COIP, imprescindibles para que se active la atenuante trascendental.

En efecto, proporcionar un nombre verdadero, así este hecho haya provocado que el juzgador de instancia oficie a fiscalía a fin de que se inicien las investigaciones respectivas, ni siquiera alcanza para demostrar la exigencia de la verosimilitud, menos aún los componentes de la precisión, comprobación y relevancia, toda vez que los referidos elementos deben estar acompañados de un mínimo de resultado, que en la práctica judicial se traduciría al menos en el hecho relativo a que la información o los datos proporcionados por la persona procesada, hayan generado el inicio de la instrucción fiscal en contra de la persona mencionada por el procesado, solo así se podría activar la atenuante trascendental, lo cual, no se evidencia de los hechos que se dan por probados y que constan en el fallo recurrido; en consecuencia, no existe error en el fallo recurrido.

En consecuencia, este Tribunal de Casación no advierte que el juzgador *ad quem* haya dejado de aplicar el artículo 46 del COIP, por olvido, desconocimiento, convencimiento de su derogatoria, o estimación de su inaplicabilidad al caso concreto, todo lo cual, conlleva de manera inexorable a la improcedencia del recurso de casación planteado dentro de la presente causa.

6. DECISIÓN:

Con los antecedentes jurídicos expuestos, 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 de lo previsto por el artículo 657.7 del COIP, por unanimidad, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente Edgar Javier Irua Criollo, por falta de fundamento jurídico.

Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para la ejecución de la sentencia.

Notifíquese y cúmplase.-

f) Dr. Marco Rodríguez Ruz, JUEZ NACIONAL PONENTE; Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; y, Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL.

XIII

Causa Nro. *1447-2015*
Resolución Nro.*1494-2018*
Fecha: *24 de agosto de 2018*

TEMA: Delito: Asesinato. El Tribunal de Revisión acepta el recurso por haberse demostrado un error de hecho en su juzgamiento, mediante prueba testimonial nueva, que destruye la cosa juzgada, debiendo restituirse el estado de inocencia del recurrente.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos conforme lo señalado por la Fiscalía son los siguientes: El día 19 de Octubre del 2014 aproximadamente las 22h30, cuando la señora xxx viajaba en compañía de su conviviente, xxx, desde la ciudad de Ambato rumbo a Churubamba, en un vehículo tipo camión; al pasar por Chimbo observaron que en la vía se encontraba un tronco de aproximadamente un metro y medio, por lo cual la señora baja del vehículo para retirar el tronco. En ese instante cuatro personas salen de una pared, entre ellas el hoy procesado xxx, quien con un arma de fuego se acerca a la ventana del vehículo, en la parte del conductor, para pedirle dinero respondiéndole que no tiene, momento donde recibe un disparo el señor xxx; siendo que el proyectil lo impacta en el lado izquierdo del tórax y en su trayecto interno va lesionando órganos vitales como el pulmón derecho y corazón, muriendo instantáneamente. Posteriormente la esposa acude a una casa y pide auxilio, con lo que asiste la ambulancia, personal de la Dinsased y Policía Judicial; es en ese momento donde la señora manifiesta en forma clara y categórica que la persona que le quitó la vida a su esposo fue xxx. Mediante sentencia dictada el 25 de agosto de 2015, las 16h13, el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, declara la culpabilidad de, procesado, en calidad de autor directo del delito de asesinato, tipificado en el artículo 140.4.5 del COIP, imponiéndole la pena de veinticuatro años de privación de la libertad y en calidad de reparación integral, el pago de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, en favor de la cónyuge de la víctima. El Tribunal dentro de su argumentación considera que el testimonio de la señora xxx, tiene singular importancia, pues esta persona es quien refiere los detalles del hecho y denuncia el acontecimiento inmediatamente, dando datos a los agentes policiales; además se cuenta con la prueba material del barrido electrónico, para determinar residuos de disparo en las manos y mangas de la camisa del procesado, la cual ha dado positivo, sin que se advierta motivos que le resten validez o eficacia probatoria a esta prueba; sin embargo la defensa trató de poner en entredicho esta prueba irrefutable, al señalar que los residuos de deflagración que se encontraron en el procesado se deben a que ese día estuvo cortando carne, no obstante ha explicado el perito que los elementos plomo, bario y antimonio encontrados a través de la microscopia son propios del accionamiento de un arma de fuego. Por lo tanto, con todas las pericias actuadas se establece que el acto ejecutado por el procesado, conduce afirmativamente a la realización del tipo penal de asesinato, circunscribiendo el accionar del procesado como un acto doloso, cuya intención era la de provocar en la víctima su muerte.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El procesado por no estar de acuerdo con lo resuelto interpone recurso de apelación del fallo del a-quo, ante la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, quien el 24 de septiembre del 2015, las 15h22, rechaza el recurso interpuesto; consecuentemente se confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el tribunal de instancia. El Tribunal dentro de su fundamentación considera que la responsabilidad del acusado, se justifica con lo señalado por la señora xxx, testigo presencial de los hechos; en cuanto a la prueba material, cabe señalar que un agente policial procedió a tomar las muestras para que se determine la existencia o no de residuos de disparo en la camisa que portaba el procesado y de sus manos, las mismas que fueron debidamente etiquetadas y embaladas; muestras que posteriormente, fueron objeto de una experticia técnica científica de barrido electrónico por parte de un perito en microscopia, quien señala que en las manos derecha e izquierda y en las prendas de vestir, si se encontraron partículas de residuo de disparo; el Tribunal precisa que dicho testimonio no ha sido enervado con otro tipo de pruebas, esto es, testimoniales de otros peritos que hayan practicado algún examen o experticia, mediante los cuales se justifique o establezca científicamente, que las partículas encontradas en el acusado, corresponden a restos de metal de un cuchillo y un hacha, al momento de sacar filo y un tubo plástico, que se hallaban en el puesto de venta de carne, en el Mercado 10 de Noviembre de la ciudad de Guaranda, de propiedad de su madre, conforme los argumentos esgrimidos por los defensores del acusado. El Tribunal, en aplicación de las reglas de la sana crítica, aprecia que mediante toda la prueba actuada se ha establecido el nexo causal entre la infracción y la persona acusada, motivo por el cual se ha llegado a la inequívoca convicción, acerca del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, conforme las pruebas plurales, concomitantes e interrelacionadas, practicadas en la audiencia de juicio, en el grado de autor de la infracción establecida en el artículo 140.4 y 5 del COIP.

SÍNTESIS AUTO DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

El procesado, conforme a las reglas del Código Orgánico Integral Penal, interpone recurso de casación, el cual fue inadmitido a trámite por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar. Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 28 de abril del 2016, a las 11h25, ejecutoriándose la sentencia de condena dictada en su contra. El Tribunal de casación, considera que el requisito de fundamentar el recurso de acuerdo con las normas que rigen la casación, le corresponde al sujeto procesal que lo interpone, cuestión que en este caso no ha cumplido el recurrente, al no exteriorizar los argumentos que han colaborado a la formación de su interés para recurrir por esta vía. Se verifica que si bien el casacionista enuncia el artículo 657 del COIP, no toma en cuenta el contenido íntegro de la disposición legal que cita en su escrito de interposición, en especial, el numeral segundo de la norma referida, sobre el cual, mediante precedente jurisprudencial obligatorio, contenido en la Resolución Nro. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia (R.O. Nro. 563-12/agosto/2015), se aclaró la voluntad del legislador de agregar una fase de admisibilidad a la casación, para cuyo cumplimiento resulta imperioso revisar la fundamentación del recurso extraordinario propuesto, en aras de determinar que los cargos planteados en él, no se dirijan a una alteración de los hechos fijados en la sentencia impugnada, pues ello iría en detrimento del segundo inciso

del artículo 656 del COIP. Con base a lo expuesto, se concluye que es imposible para el Tribunal de casación discernir si las razones del recurrente para impugnar el fallo de segundo nivel, se adaptan a las causales dispuestas por el primer inciso del artículo 656 del COIP, o si por el contrario, rehacen sobre la prohibición establecida por el segundo inciso de la misma norma jurídica, y por tanto, al estar impedido el órgano jurisdiccional de efectuar la actividad previa y formal de admisibilidad del recurso, no puede continuar con el trámite previsto en el artículo 657 ejusdem.

SÍNTESIS SENTENCIA DE REVISIÓN

El condenado al no estar de acuerdo con la sentencia de instancia, interpone recurso de revisión. El Tribunal dentro de su fundamentación considera que, el condenado ha presentado en la audiencia de revisión, entre otros, el testimonio de xxx, quien ha relatado pormenorizadamente las actividades efectuadas por ella y el procesado los días sábado 18, domingo 19 y lunes 20 de octubre de 2014. confirmando todo lo expresado por el procesado en su testimonio rendido en la audiencia de juicio y en especial las actividades efectuadas el día domingo 19 de octubre de 2014 en horas de la noche, concretamente de 21h00 a 05h00 del día siguiente; tiempo dentro del cual se produjo el hecho delictivo; con lo cual, el vacío que expresa el juzgador de instancia, en cuanto a falta de prueba que confirme que el procesado no estuvo en el lugar de los hechos delictivos, se encuentra subsanado con esta nueva prueba, que tiene total validez, con lo cual coincide la Fiscalía. Además, dentro de la nueva prueba, el sentenciado ha presentado el testimonio del señor xxx, quien en lo principal señala que se entrevistó con el condenado en su vivienda de 21h30 a 22h00, ubicada en la ciudad de Guaranda en donde descansaba y le pide que realice una carrera a las 05h00 del día 20 de octubre de 2014, lo que ratifica la veracidad de lo expresado por el señor xxx y la señora xxx. De lo cual, existe univocidad en lo expresado por estos testigos, en orden a la causal de revisión que ha sido invocada por el sentenciado. El Tribunal considera que al haberse determinado que el condenado no estuvo presente en el lugar de los hechos delictivos, no es necesario determinar si existe el error de hecho de informe pericial errado, más aún cuando la pericia de barrido electrónico, no resulta ser contundente y definitiva para la decisión de la causa, pues si bien señala el tribunal a-quo, que los elementos plomo, bario y antimonio encontrados a través de la microscopia son propios del accionamiento de una arma de fuego; sin embargo esta pericia no es determinante y siempre es mejor un análisis multidisciplinario para la evaluación de los resultados. Sobre este particular, según consta de la sentencia reprochada, los hechos se produjeron el día domingo 19 de octubre de 2014 a las 22h30, mientras que la recolección de muestras del procesado se efectuó el día lunes 20 de los mismos mes y año a las 20h00 esto es, luego de más de veinte horas posteriores a los hechos y tomando en consideración que dentro de las actividades efectuadas por el procesado, está la de uso del esmeril para afilar cuchillos y hachas, a más del corte de tubos, lo cual ha quedado establecido por los testimonios rendidos en la audiencia de revisión, situación que se dio aproximadamente seis horas antes de la toma de muestras, a lo que se debe sumar la ausencia de selenio y bario componentes específicos de la detonación del proyectil, que en el caso concreto inexisten. El Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, revisa la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, por haberse demostrado el error de hecho que ha sido planteado por el justiciable; consecuentemente se restituye el estado de inocencia del mismo y se dispone su inmediata libertad.

RECURSO DE REVISIÓN

Juicio No. 1447-2015 SSI

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, viernes 24 de agosto del 2018, las 08h43.-

VISTOS:

Una vez que se ha agotado el trámite legal correspondiente al recurso de revisión, 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:

De la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, de 25 de agosto de 2015, las 16h13, se desprende que los hechos que han dado lugar al presente enjuiciamiento, conforme lo ha señalado Fiscalía, son los siguientes:

"El día 19 de Octubre del 2014, a eso de las 22H30, cuando la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, venía en compañía de su conviviente el hoy occiso, José Arnulfo Miranda Averos, en un vehículo tipo camión con dirección desde la ciudad de Ambato, ya que ellos se dedicaban al comercio de frutas, a eso de las 22H30 cuando estaban pasando por Chimbo ya con dirección a su hogar, esto es en Churubamba perteneciente a la parroquia La Asunción, observan que se encontraba en medio de la vía, un tronco de aproximadamente un metro y medio, el momento de parar el vehículo la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, se disponía a bajar a retirar el tronco a lo que su conviviente le manifiesta que no lo haga, es ese instante, cuatro personas salen de una pared que va circundante a una casa vieja, entre ellas el hoy procesado Edison Fernando Ramírez Cando, quien con una arma de fuego en su mano se acerca a la ventana del vehículo, en la parte del conductor, es en ese momento donde el procesado le dice dame la plata, a lo que responde el occiso, qué plata, es ahí donde el occiso recibe un disparo, cuyo proyectil da a lado izquierdo del tórax para lo cual en el trayecto del proyectil va lesionando órganos vitales como el pulmón derecho y el corazón, razón por la cual su muerte fue instantánea, como la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, fue la única testigo observa que quien le disparó a su esposo es el hoy procesado Edison Fernando Ramírez Cando, el momento que se produce el asesinato el procesado abre la puerta del vehículo y empieza a buscar en los bolsillos del occiso, con el objetivo de sustraerse cierta cantidad de dinero, de igual manera por el lado del copiloto ingresa otra persona de manera violenta, empujándola e intimidándola a la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, también procediendo a buscar en sus bolsillos, de lo cual proceden a sustraerse diez dólares de la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, y cuatrocientos dólares del hoy occiso José Arnulfo Miranda Averos, una vez cometido su propósito, se retiran del lugar con dirección al sector de Churubamba. Posteriormente la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, desesperadamente acude a una casa y pide auxilio, con lo que acude la ambulancia, personal de la Dinased, y Policía Judicial, es ahí donde la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, manifiesta de forma clara, categórica, que la persona que le quitó la vida de su esposo era el señor Edison Fernando Ramírez Cando, para inmediatamente e ininterrumpidamente con las investigaciones se procedió a dar con el paradero del procesado en su domicilio, en el Cantón Guaranda, esto es con fecha 20 de Octubre del 2014, para consecuentemente ponerle a órdenes de la señora Juez y del suscrito Fiscal. Hay que tener en cuenta que la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, un día antes de los hechos es decir el día sábado 18 de octubre del 2014, observó que en horas de la noche, varias personas a bordo de un taxi se encontraban merodeando su hogar esto en el sector de Churubamba, a lo que ella realiza una llamada telefónica al ECU 911, manifestando este particular acudiendo efectivamente miembros de la Policía Nacional de la parroquia la Magdalena, donde interceptan al vehículo que se encontraba frente de la casa, procediendo a realizar una requisa es donde ellos observan y determinan que la persona que se encontraba a bordo del vehículo era el hoy procesado señor Edison Fernando Ramírez Cando, (…)" (sic).

1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.2.1 Mediante sentencia dictada el día martes 25 de agosto de 2015, las 16h13, por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, cantón Guaranda, declara la culpabilidad de Edison Fernando Ramírez Cando, en calidad de autor directo del delito de asesinato, tipificado en el artículo 140.4.5 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de veinticuatro años de privación de la libertad; y, en calidad de reparación integral, el pago de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norte América, en favor de la cónyuge de la víctima, y que se oficie al Ministerio de Inclusión Económica y Social, a fin de que se brinde asistencia psicológica, social y económica a Mercedes Flor Celina Sánchez, cónyuge del occiso.

1.2.2 De esta sentencia, el acusado Edison Fernando Ramírez Cando, interpone recurso de apelación, y la Sala Especializada de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, con

fecha 24 de septiembre de 2015, a las 15h22, dicta su fallo en el cual rechaza el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado, y en consecuencia confirma en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada por el tribunal a-quo.

1.2.3 El ciudadano Byron Enrique Suárez Andrade, conforme a las reglas del Código Orgánico Integral Penal, interpuso recurso de casación, el cual fue inadmitido por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con fecha 28 de abril de 2016, a las 11h25, ejecutoriándose la sentencia de condena dictada en su contra.

1.2.4 El condenado Byron Suárez Andrade, interpone recurso de revisión, habiéndose llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio respectiva, por la causal prevista en el artículo 658.3 del Código Orgánico Integral Penal.

1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN.

1.3.1 EDISON FERNANDO RAMÍREZ CANDO.- El abogado Christian Molina Almache, defensor técnico del condenado, fundamenta el recurso de revisión, en los siguientes términos:

- Se presenta el recurso conforme la causal tercera del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, por considerar que la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, de fecha 25 de agosto del 2015, ratificada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar el 24 de septiembre del 2015, mediante la cual se condenó al señor Edison Fernando Ramírez Cando, como autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 140 numerales 1 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, en la cual se le impone la pena de 24 años de privación de la libertad, fue dictada en base de testigos falsos e informes periciales maliciosos o errados.
- La sentencia del tribunal así como de la Corte Provincial basan su sentencia indicando que el día 19 de octubre del año 2014, la señora Mercedes Flor Celina Mercedes Sánchez, conjuntamente con su cónyuge José Miranda Averos, regresaban de la ciudad de Ambato hasta el sector de Churubamba, esto es en la Provincia de Bolívar, cuando estaban regresando se encontraron con un tronco en la vía, de manera que la señora procede a querer bajarse del vehículo y su cónyuge le impide esta salida, en ese instante cuatro personas salen de una pared de una casa vieja y uno de ellos con un arma de fuego se ubica en la ventana del piloto del automotor, le pide el dinero, ante lo cual la víctima dice que no tiene y procede a disparar el arma de fuego ocasionándole la muerte, posteriormente proceden a rebuscarle sus pertenencias, sustrayendo 10 dólares de la señora Celina Sánchez y 400 dólares del señor José Miranda, para posteriormente salir del lugar. Indica la señora Celina Sánchez que reconoce al señor Edison Fernando Ramírez Cando, debido a que el día anterior, 18 de octubre del 2014, en horas de la noche, en el sector de su domicilio en Churubamba, vio un taxi sospechoso, por lo que llamó a la policía, los cuales llegaron y golpearon la ventana del taxi del señor Edison Fernando Ramírez Cando, que se encontraba dormido; la señora indica que lo reconoció desde la ventana de su domicilio, que estaba a más de diez metros del lugar donde se encontraba el taxi, y que por esa razón lo identifica como la persona que realizó el disparo en contra del señor José Miranda.
- En esta audiencia con base a testigos, a prueba nueva, se probará lo siguiente: que el día 18 de octubre del 2014 en horas de la mañana el señor Edison Fernando Ramírez Cando, como todos los días concurrió al mercado Diez de Noviembre, donde su madre tenía un kiosco de venta de carnes; a las 8 horas aproximadamente, del día en mención, recibe la llamada de la señora María Vázquez, para que le traslade a la ciudad de Ambato para retirar algunos enseres del Ferrisariato, regresando a la ciudad de Guaranda a las 16h00. A las 17h00 recibe la llamada del señor José Luis Urbina, quien es compañero del señor Edison Fernando Ramírez Cando, por cuanto trabajaban en el Ministerio de Coordinación Social y en el sector de Churubamba específicamente, realizaban encuestas de censo; en ese lugar el señor José Luis Urbina conoce a una de las testigos que es la señorita Mirian Mercedes Averos; el señor Urbina llega a la ciudad de Guaranda a las 19h00 del día 18 de octubre del año 2014 y toma contacto con el señor Edison Fernando Ramírez Cando y se trasladan al sector de Churubamba, llegando aproximadamente a las 19h30, el señor Luis Urbina se baja del taxi para tomar contacto con la señorita Averos y el señor Edison Fernando Ramírez Cando permanece en el taxi descansando; en ese momento llega la policía

y él presta colaboración, identificándose, dando todas las facilidades e inclusive prestando su teléfono a un miembro policial debido a que tenían que hacer una llamada en ese instante; a las 21h30, como la señorita Averos no pudo tomar contacto con el señor Urbina, regresa él al taxi, se trasladan al centro de Guaranda y toman contacto con el señor Mesías Yépez; con él se trasladan al sector de Chimbo hasta aproximadamente las dos de la mañana del día 19 de octubre del 2014, momento en el que el señor Edison Fernando Ramírez Cando recibe la llamada de la señorita Narcisa Chávez, indicándole que si le puede hacer una carrera a su domicilio, a lo cual el señor Ramírez Cando le indica que se encontraba con dos personas que son el señor Urbina y el señor Mesías; ella le contesta que se acerquen a su domicilio porque igual estaba tomando y querían compartir; esta reunión en la casa de la señorita Narcisa Chávez terminó aproximadamente a las seis de la mañana del día 19 de octubre del 2015; a esa hora salen y se van al sector del paradero llamado "Las Cochas" hasta aproximadamente las siete de la mañana donde se regresan a dejarle a la señorita Narcisa Chávez en la ciudad de Guaranda y ellos salen nuevamente a un paradero llamado Galo Miño hasta las 8h30 a 09h00 del mismo día, donde se van al Night Club "Las Vegas" donde permanecen hasta las 11h30, en que el señor Edison Fernando Ramírez Cando, recibe la llamada de su esposa la señora Mayra Karina Castillo, para contarle que el señor Manuel Huilca sufrió un accidente con su vehículo en la vía entre Chimbo y San Miguel y lo estaban buscando para que colabore con ese accidente; les comenta a los señores Mesías y Urbina, y el señor Mesías se queda en el lugar mientras que el señor Edison Fernando Ramírez Cando y el señor Urbina concurren al lugar del accidente y, siendo aproximadamente las 13h00 toman una grúa llevando el vehículo a la mecánica; en ese lugar se encontraban el señor Manuel Huilca, el señor Luis Averos y la esposa del señor Ramírez Cando; luego, a las 15h00 dejan al señor Luis Urbina en el terminal terrestre; posteriormente van al sector de San Miguel debido a que el señor Víctor Manuel Huilca les invita a comer al señor Edison Fernando Ramírez Cando junto con su esposa la señora Mayra Castillo hasta aproximadamente las 18h30 donde regresan a su domicilio. A las 20h00 aproximadamente, del día 19 de octubre del año 2014, el señor Mesías Yépez, acude al domicilio del señor Edison Fernando Ramírez Cando, porque indica que su celular se había perdido u olvidado en el taxi, pidiéndole que revise su taxi y al no encontrar el celular se acercan al Night Club "Las Vegas" a preguntar sobre el celular, ante lo cual sale el hijo de la dueña del nigth club y le dice que venga al día siguiente, esto es el día 20 de octubre del año 2014; regresa nuevamente el señor Ramírez Cando a su domicilio y permanece en dicho lugar hasta aproximadamente las 21h30, 22h00, momento en que llega otro de los testigos el señor Ángel Velarde, quien le solicita le realice una carrera a otra persona el día siguiente, es decir el 20 de octubre del año 2014, conversan en ese instante y el señor Ramírez Cando acepta esta carrera, al día siguiente; se hace la carrera a las 5h00 a una enfermera, a la parada de Guanujo ya que se dirigía a Echeandía; a las 8h30 recibe la llamada el señor Ramírez Cando, del señor Fander Rodríguez, funcionario del Servicio de Rentas Internas, para que le realice una carrara al sector de Echeandía, se lo realizó regresando a las 14h00 al sector de Guaranda a verle a su esposa, la señora Mayra Castillo, para almorzar; a las 14h30 concurren al local de su madre en el mercado "10 de Noviembre", realizan unas actividades de limpieza de esmeriles, hachas, cuchillos, porque se dedica a la venta de carne, y a las 19h00 aproximadamente es detenido.

- Esta es la teoría del caso que se demostrará con prueba nueva que no fue actuada en la audiencia de juzgamiento.

1.3.2 PRUEBA:

1.3.2.1 Testimonio de Mirian Mercedes Averos Vega: Luego de rendir el juramento de ley, manifiesta:

Generales de ley: de religión cristiana; cédula de ciudadanía xxx; nacionalidad ecuatoriana; edad 23 años; estado civil soltera; instrucción bachillerato; ocupación estudiante; domiciliada en el recinto Churubamba.

Interrogatorio de la defensa técnica de Edison Fernando Ramírez Cando:

P: ¿Indique al tribunal si le conoce al señor Edison Fernando Ramírez Cando?.- **R:** Sí.- **P:** Por qué lo conoce?.- **R:** Porque a finales de agosto del 2014 se hicieron los censos de la vivienda en mi recinto, entonces lo conocí porque el señor manejaba una camioneta donde transportaba a los señores que

hacían el censo.- **P:** De los señores que hacían el censo ¿A quién usted conoce?.- **R:** Al señor José Luis Urbina.- **P:** ¿Por qué lo conoce?.- **R:** Cuando fue a hacer los censos en las casas nos conocimos en la vía.- **P:** ¿Tuvo algún tipo de relación con el señor Urbina?.- **R:** Cuando nos conocimos intercambiamos los números y mantuvimos un tipo de relación de mensajes y llamadas durante algunas semanas.- **P:** ¿El señor José Luis Urbina donde vivía?.- **R:** En Ambato.- **P:** ¿Le visitaba el señor Urbina en su domicilio?.- **R:** Sí.- P: ¿Cuántas veces?.- **R:** Cuatro veces.- **P:** ¿Con quién iba el señor Urbina a visitarle?.- **R:** Con el señor Fernando.- **P:** ¿Usted recuerda si el día 18 de octubre del 2014 fue a visitarle el señor Urbina a su domicilio? Indíquenos ese particular.- **R:** Sí, nosotros nos encontrábamos a escondidas de mi mamá, entonces el día sábado 18 de octubre del 2014, le llamé por la mañana y le dije que si me podía venir a ver y me dijo que sí, entonces le dije que nos veríamos como a las 21h00, 21h30, cuando mi mamá se durmiera y podía yo salir a conversar un ratito y me dijo que bueno, que le iba a fletar al señor Fernando, para salir al recinto Churubamba, porque él era un taxista de confianza y era su amigo; entonces como yo no pude salir porque mi mamá no se durmió y también estaba lloviendo, no salí al encuentro con el señor Luis Urbina; le llamé al día siguiente, domingo 19 de octubre, como a la 13h00 y le pregunté si había salido y me contestó que sí, que había salido con el señor Fernando y que como yo no había salido, ellos se retiraron del recinto y se habían ido a Guaranda. También me comentó que después de llegar a Guaranda se habían puesto a tomar los dos señores, hasta la madrugada, y que por eso se sentía un poco mal y que aún se encontraba mareado; también me dijo que después de descansar le ha dicho Fernando que le iba a ir a dejar al terminal para él regresar a Ambato.- **P:** ¿En estas cuatro visitas que usted indica, por parte del señor Urbina, siempre le acompañaba el señor Ramírez Cando en su taxi?.- **R:** Sí, siempre le acompañaba.- **P:** Indique al Tribunal las características físicas del señor Ramírez Cando.- **R:** El señor Fernando, era un señor pequeñito, gordito y blanquito.- **P:** ¿Le indicó algo más el señor Urbina sobre el día 19 de octubre del 2014?.- **R:** Solo me dijo que habían pasado la noche tomando y que se encontraba un poco mareado, y que más tarde le iba a dejar el señor Fernando al terminal para irse a Ambato.- **P:** ¿Le indicó con qué otras personas se encontraban aparte del señor Ramírez?.- **R:** No, no me dijo nada más.

Interrogatorio de Fiscalía General del Estado:

P: Usted ha señalado que siempre concurrían a su casa el señor Urbina junto con el señor Edison Fernando Ramírez Cando y que fueron cuatro ocasiones ¿Podría indicarnos los días y las horas exactas en los que ellos fueron?.- **R:** No me acuerdo exactamente por el trascurso del tiempo.- **P:** Usted ha indicado que el señor Urbina junto con el señor Ramírez Cando fueron el día 19 de octubre a su casa y que usted no pudo salir. ¿Usted llegó por lo menos a conversar o a ver al señor Urbina esa noche?.- **R:** No.- **P:** ¿Qué tiempo permanecieron ellos en Churubamba, el señor Urbina con el Señor Ramírez Cando?.- **R:** No podría decirle porque yo no salí.- **P:** ¿No habló con él, no se mandaron mensajes, ni nada?.- **R:** No.- **P:** ¿Conoció con anterioridad el caso en el que está involucrado el señor Ramírez Cando?.- **R:** Solamente cuando que llamaron a declarar.- **P:** ¿Usted ya declaró?.- Sí.- **P:** En dónde declaró?.- **R:** En San Miguel.- **P:** ¿Ante el fiscal o ante un juez?.- **R:** Solo me llamaron a declarar en la Fiscalía.

1.3.2.2 Testimonio de Mayra Karina Castillo Mora: Luego de rendir el juramento de ley, expresa: Generales de ley: de religión católica; cédula de ciudadanía xxx; edad 25 años; estado civil soltera; ocupación: trabajadora privada; domiciliada en Guaranda, calle Elisa Marina.

Interrogatorio de la defensa técnica de Edison Fernando Ramírez Cando.

P: ¿Usted conoce al señor Fernando Ramírez?.- **R:** Sí.- **P:** ¿Por qué lo conoce?.- **R:** Él es mi esposo.- **P:** ¿Desde hace qué tiempo lo conoce?.- **R:** Desde hace 9 años 5 meses.- **P:** ¿Puede indicar al Tribunal de forma general, las actividades que realizaron usted y el señor Ramírez los días 18 y 19 de octubre del 2014?.- **R:** El día sábado 18 de octubre del 2014, aproximadamente entre las horas 6h00 a 6h30, mi esposo bajó al mercado "10 de noviembre" porque mi suegra tiene un puesto que es una carnicería; entonces él bajo allá con el propósito de ayudarle a afilar unos cuchillos, unas hachas, y a dejar cortando carne, porque mi suegra luego va al mercado a hacer la venta; me comunicó que luego de eso tenía que hacer una carrera a Ambato con una señora; yo le llamé a mi esposo aproximadamente a las 17h00 a 17h30, para preguntarle si va a venir a merendar y me dijo que no, porque él acostumbra los días sábados a amanecerse

trabajando, porque son buenas las carreras, entonces él me dijo que no iba a subir y yo le dije que bueno, entonces yo le llamé el día domingo 19 de octubre del 2014, entre las 6h00 a 6h30 de la mañana y el teléfono timbraba pero él no me contestaba y me pareció raro y seguía insistiendo pero no me contestó, entonces a las 11h30 de la mañana me llama mi hermana y me dice que mi cuñado Manuel Huilca había tenido un accidente, que se había chocado en su carro en la vía Chimbo - San Miguel; entonces yo le llamo a mi esposo Fernando Ramírez entre 11h30 a 12h00 que ya me contestó, y le digo Fernando, mi cuñado tuvo un accidente y tú que estas en el taxi ve para ver si es que le ayudas en algo, entonces él me dijo que inmediatamente iba para allá; yo me fui entre las 12h00 a 12h30, al lugar del accidente y cuando llegué ya estaba mi esposo en compañía del señor José Luis Urbina, Nora Averos que es mi hermana, Víctor Manuel Huilca que es mi cuñado, Luis Averos y Natalie Lema. Intentaron mover el vehículo y como no se pudo nos tocó llamar a una grúa, la cual llegó aproximadamente a la 13h00 y nos dirigimos a un taller que se encuentra en vía "Las Cochas" para dejar el vehículo, y luego de eso, nos regresamos y le pasamos dejando por el terminal al señor José Luis Urbina aproximadamente a las 15h00, porque él ya tenía que viajar a Ambato, y teníamos que ir a dejarle a mi cuñado Manuel Huilca en San Miguel porque él vive ahí; nos invitó a la merienda y nos quedamos con ellos hasta las 18h00 a 18h30 que nos regresamos a Guaranda mi persona, mi esposo, Luis Averos y Natalie Lema y, al llegar a Guaranda, les fuimos a dejar a Luis Averos y Natalie Lema por el sector de Bellavista porque es donde viven y, nos trasladamos a nuestra casa; mi esposo se fue a acostar porque estaba cansado; yo seguí dejando el uniforme de mi hijo porque tenía clases. Aproximadamente a las 19h00 a 19h15 llega mi suegra en la camioneta de ella y le ubica detrás del taxi de mi esposo; llegó y subió también a descansar. De ahí, a las 20h00 a 20h30, llegó el señor Blas Yépez a buscarle a mi esposo; le digo a mi esposo que estaba afuera un taxi, salí a ver y el señor me dice si está Fernando Ramírez, le digo que sí, me dice deme llamando a mi compañero; le digo a mi esposo y salió a verle, y se pusieron a conversar y le dijo que por favor si le permitía ingresar al taxi para ver si de repente no se cayó el teléfono de él; mi esposo le dijo que siga ya que ni lo había limpiado; en vista de que no encontraron el celular le pidió a mi esposo el favor de que le acompañe al "Night Club" donde habían estado tomando, mi esposo salió y se fue con él en el taxi del señor Blas Yépez; aproximadamente a las 20h45 o 21h00 había llegado mi esposo, le había dejado el señor Yépez; mi esposo entró y se fue a dormir; de ahí, entre las 21h30 a 22h00, llegó el señor Ángel Velarde preguntando por mi esposo, salgo y me dice que le dé llamando; conversaron un momento y cuando entró a la casa yo le pregunté que para qué le buscaba y me dijo que le había pedido que le ayude haciendo una carrera porque él no podía, la cerrara era a las 05h00, recoger a una señora de Marcopamba a Guanujo y después me dijo que en la mañana se iba a levantar en la madrugada para recogerle a la señora y luego regraba para llevarnos al colegio, porque yo estudiaba, estaba en sexto curso tratando de graduarme del colegio y mi hijo que se encontraba en inicial; al día siguiente se fue a realizar esa carrera y regresó a las 06h15 de la mañana para llevarnos al colegio y nos fue a dejar en Sal Miguel, en el colegio; en el transcurso del camino me comentaba que tenía una carrera a las 09h00 con los señores del SRI, que tenían que irse a Echeandía. A las 14h00 aproximadamente, me llama y me dice que ya había regresado de la carrera y que me iba a esperar en el puente de Vinchoa para irnos a la casa; nos encontramos y nos fuimos juntos a la casa entre las 14h30; llegamos a la casa y mi suegra había estado cortando unos tubos para poner en unos desagües; entonces ella día vayan primero a almorzar, porque mi esposo le quería ayudar a mi suegra; fuimos a almorzamos y mi esposo le fue a ayudar, y viendo que eran unos tubos muy grandes y no quedaban para ubicarles en ese desagüe, entonces mi esposo dice que se puede cortar en la cortadora en el mercado; cogimos los tubos y nos fuimos al mercado "10 de Noviembre" donde tiene mi suegra el puesto de carnicería; eso sería aproximadamente de 15h30 a 16h00; bajamos, se puso a cortar mi esposo los tubos, y se quema el tomacorriente; fui a comprar el tomacorriente; termina él de cambiar el tomacorriente y se pone a esmerilar los cuchillos, las hachas, y entre las 16h00 nos encuentra en el mercado una amiga de mi esposo que se llama Carlina Llanos, y le pide que le dé también afilando unos cuchillos para las ventas; él le dice que bueno, que le traiga; terminamos de hacer esas cosas, y 16h30 aproximadamente subimos para Vinchoa nuevamente y al llegar a la casa se pusieron a ubicar los tubos en el desagüe y nosotros a cocinar, fui yo a hacer la merienda;

entre las 18h30 a 19h00 les llamé a merendar a mi suegra Anita Cando y mi esposo Fernando Ramírez; bajaron a merendar y entre las 19h00, un señor empieza a llamar a la puerta y yo salí a ver y pregunta por mi esposo con los nombres completos Edison Fernando Ramírez Cando, lo cual se me hizo raro y le dije que no estaba, el señor insistió y me dijo que querría que le haga una carrera, yo entré y le comenté a mi esposo y él salió a ver de qué se trataba, y de repente aparecieron muchos policías y le cogieron y subieron al carro de la policía y no me decían por qué le querían llevar y le trasladaron a la PJ; a nosotros nos subieron a una camioneta que creo era de la PJ y nos tuvieron ahí; preguntábamos por qué le había detenido y nos dijeron que no podían decirnos nada; nos llevaron a Guaranda, a mi esposo lo ingresaron a la PJ, pero no me dejaron ingresar; a la media hora le bajaron a la policía a un lugar que decía Criminalística.- **P:** Indique al Tribunal ¿Por qué conoce al señor José Luis Urbina?.- **R:** Le conozco porque mi esposo siempre hablaba de él, porque trabajaba en unas encuestas y me comentaba que él era el mejor amigo entre todas las personas que trabajaban. Un día, cuando iba a realizar la carrera con el chico, para verle a la Myriam Vega, no recuerdo bien el apellido; llegó a la casa y le pregunté a dónde se iban, y me dijo a Churubamba; le dije que tenga mucho cuidado por ahí, dijo estoy con un compañero que realizábamos las encuestas, le dije quién es, y dijo José Luis Urbina, y dijo sal a ver y ahí conocí a la chica.- **P:** Usted indica que el día 18 de octubre el señor Ramírez fue a ayudarle a su suegra al mercado "10 de Noviembre" ¿Esta actividad de ayudarle a su suegra es común del señor Ramírez Cando?.- **R:** Sí, siempre le ayuda.- **P:** Indique ¿Quién es el señor Ángel Velarde?.- **R:** El señor Ángel Velarde fue el jefe de mi esposo, fue la persona que le dio trabajo mucho tiempo atrás como chofer.- **P:** Aclare al Tribunal, esta carrera de esta señorita a la parada de Guanujo para irse a Echeandía; ¿Qué día fue?.- **R:** Fue el día lunes 20 de octubre del 2014, a las 05h00 que tenía que recogerle de Marcopamba para dejarle en la parada de Guanujo.- **P:** Indique al Tribunal, el día 19 de octubre usted indicó que aproximadamente de 21h30 a 22h00 llegó el señor Velarde a informarles de esta carrera, ¿desde esa hora hasta el día siguiente su esposo Edison Fernando Ramírez Cando, salió de su domicilio?.- **R:** No, hasta las 05h00 de la mañana que salió a recogerle a la señora.

Interrogatorio de Fiscalía General del Estado:

P: Usted señala que es esposa del hoy recurrente y ha señalado los hechos ocurridos entre el sábado y el domingo, pero no nos ha señalado claramente lo que sucedió el día lunes; este día a partir de las 05h00 entiendo que su marido salió de su casa, y ese día fue detenido en horas de la noche; ¿Usted declaró anteriormente en este caso?.- **R:** Declaré en San Miguel en la Fiscalía.- **P:** ¿Por qué no declaró usted en la audiencia de juicio?.- **R:** Porque justamente tenía que rendir las pruebas del Ineval en mi colegio y me dijeron que si no estaba presente podía perder el año y ya era sexto curso; entonces yo les dije a mis suegros que apenas rinda el examen yo viajaba a Guaranda para yo rendir la declaración pero cuando yo llegué ya fue demasiado tarde porque ya me habían llamado a declarar y ya no podía ingresar.- **P:** ¿Su suegra vivía con ustedes?.- **R:** Sí, era en la misma casa.- **P:** Usted participó de alguna forma dentro del proceso investigativo, ¿estuvo usted presente en la autopsia efectuada al señor José Miranda?.- **R:** No estuve.- **P:** ¿Participó en la diligencia de reconocimiento del lugar de los hechos?.- **R:** Sí si estuve ahí.- **P:** ¿Qué día fue esa diligencia?.- **R:** No recuerdo, pero sí estuve en el reconocimiento del lugar de los hechos.- **P:** ¿Quién fue el perito?.- **R:** No recuerdo.- **P:** ¿Dónde fue esta diligencia?.- **R:** Fue en Churubamba.- **P:** ¿A qué hora llegó a la audiencia de juicio?.- **R:** Yo rendí mis exámenes allá en mi colegio, entonces yo cogí un taxi y viajé a Guaranda, yo llegué y mi suegra había estado afuera del tribunal y le dije que si desean yo paso ahorita para rendir mi declaración y me dijo que no, que yo había sido la segunda testigo y me dijo que ya no podía y que me retire del lugar, entonces yo volví a mi colegio porque tenía que recibir las notas.- **P:** ¿Estuvo usted presente cuando se realizó la valoración psicológica a la víctima, en este caso la señora Mercedes Flor Salinas Sánchez?.- **R:** No, no estuve presente.

1.3.2.3 Testimonio de Ángel Alfredo Velarde Cabezas: Luego de rendir el juramento de ley, expresa:

Generales de ley: religión católica; cédula de ciudadanía XXX; edad 59 años; estado civil casado; profesión profesor jubilado y taxista; domicilio Guaranda, barrio Los Rosales.

Interrogatorio de la defensa técnica de Edison Fernando Ramírez Cando:

P: ¿Usted le conoce al señor Edison Fernando Ramírez Cando?.- **R:** Sí.- **P:** ¿Por qué lo conoce?.- **R:** Le conozco porque él fue el conductor de mi taxi y

de mi camioneta el tiempo que yo trabajaba en el Ministerio de Desarrollo Social.- **P:** ¿Indique desde qué año conoce al señor Ramírez Cando?.- **R:** Más o menos desde el año 2011.- **P:** Indique al Tribunal los hechos suscitados el día 19 de octubre del 2014.- **R:** Más o menos le puedo decir que yo ese día necesitaba conversar con Fernando, por cuanto tenía que realizar una carrera, pero como yo tenía otra actividad que cumplir, entonces fui a visitarle al señor Fernando Ramírez en su domicilio; le había llamado, salió la señora esposa doña Mayra, pregunté por Fernando y me contestó que estaba acostado, que lo iba a llamar; me contacté con él y me dijo que él iba a hacer la carrera, así como también lo ha hecho en otras oportunidades con una licenciada que trabajaba en Echeandía como enfermera y él ya sabía que tenía que encontrarle en una ciudadela Marcopamba, más o menos frente a la entrada de la Unidad Educativa (…); esto era para el día siguiente que tenía que recogerle a las 05h00 o 05h15, para llevarle de Marcopamba a Guanujo, a la estación para que ella pueda trasladarse a Echeandía.- **P:** ¿A qué hora usted concurrió al domicilio del señor Ramírez Cando?.- **R:** Más o menos entre las 21h30 22h00 del día 19 de octubre.- **P:** ¿Indique dónde tiene su domicilio el señor Ramírez Cando?.- **R:** En el sector de Vinchoa.- **P:** ¿Es común que usted le pida ayuda al señor Ramírez con otras carreras?.- **R:** Aparte de trabajar en mi taxi, en las paradas, yo trabajo con el SRI y coinciden las carreras, entonces hay que pedirles a las personas de confianza.- **P:** ¿Qué actividad usted tenía que realizar al día siguiente, es decir el 20 de octubre del 2014?.- **R:** Yo tenía que trasladarme a la ciudad de Amato para realizar unas actividades de la cooperativa.- **P:** ¿Cuál es su cooperativa?.- **R:** La cooperativa de taxis Siete Colinas, donde soy presidente; en ese tiempo fui presidente, hoy soy el gerente.- **P:** ¿Recuerda qué actividades iba a realizar en Ambato el día 20?.- **R:** Gestiones en la SEPS, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Interrogatorio de Fiscalía General del Estado:

P: ¿Cuando usted fue a ver al señor Ramírez Cando a su domicilio, qué día era?.- **R:** Era domingo.- **P:** ¿Usted ha hecho ya declaraciones sobre este caso?.- **R:** No.- **P:** ¿No intervino en ninguna de las diligencias investigativas en este caso?.- **R:** Como testigo no.- **P:** ¿No ha escuchado tampoco a ningún testigo de los que se presentaron en juicio?.- **R:** He estado acompañándoles pero hasta donde nos han permitido llegar.

1.3.2.4 Testimonio de Víctor Manuel Huilca Yambi: Luego de rendir el juramento de ley, expresa:

Generales de ley: religión católica; cédula de ciudadanía XXX; edad 38 años; estado civil casado; instrucción primaria; ocupación comerciante; domicilio San Miguel de Bolívar.

Interrogatorio de la defensa técnica de Edison Fernando Ramírez Cando:

P: ¿Usted le conoce al señor Edison Fernando Ramírez Cando?.- **R:** Sí.- P: ¿Por qué lo conoce?.- **R:** Porque él es mi concuñado.- **P:** Indique al Tribunal de forma general los hechos suscitados el día 19 de octubre del 2014.- **R:** Yo me estaba yendo a San Miguel de Bolívar conduciendo y antes de llegar, en una vuelta me choqué; entonces le llame a mi esposa Nora Averos, para comunicarle lo que me sucedió y ella le había llamado a mi cuñada que es Mayra Castillo; entonces después vino mi esposa, mi concuñado Fernando Ramírez en el taxi de él, al lugar del accidente, y le acompañaba un señor, sé que es el señor Urbina; intentamos sacar el carro de la cuneta pero no pudimos, entonces ahí él llamo a la grúa; después en la grúa, más o menos a las 13h00 fuimos a Guaranda al sitio "Las Cochas" a una mecánica; hablamos con el señor de la mecánica lo que sucedió y bajamos a eso de las 14h30; estábamos en Guaranda entre las 15h00 aproximadamente y fuimos a dejar al señor Urbina al Terminal; luego yo les invité a merendar en mi casa a mi cuñado el señor Ramírez Cando y a su esposa y se fueron de mi casa a Guaranda aproximadamente a las 18h30.- **P:** Indique al Tribunal, ¿Qué tipo de vehículo tenía en esa época?.- **R:** Mi carro era un Chevrolet Swift color negro.- **P:** ¿Cómo conoció el nombre del señor José Luis Urbina?.- **R:** El día del accidente vino mi concuñado con un señor, pero él se quedó en el carro porque estaba mareado, pero de ahí me dijeron como se llamaba el señor.

Interrogatorio de Fiscalía General del Estado:

P: Usted ha manifestado que tuvo ese accidente el día 19 de octubre, ¿A qué hora ocurrió el accidente y que día de la semana era?.- **R:** Era domingo; a las 08h30 de la mañana.- **P:** ¿A qué hora llegó la señora Castillo con su esposo?.- **R:** A las 11h30 a 12h00 aproximadamente.- **P:** ¿Estaban ellos solos?.- **R:** Mi concuñado se encontraba con el señor José Luis Urbina.- **P:** Nadie más en el vehículo.- **R:** Nadie más.- **P:** ¿Intervino en alguna de las diligencias investigativas en este caso?.- **R:** No yo solo sé lo que sucedió el día 19 de octubre.- **P:** ¿Usted ya declaró con anterioridad sobre estos hechos?.- **R:**

No en ningún lugar.- **P:** ¿Por qué esta hoy declarando?.- **R:** Porque no me llamaron a declarar.

1.3.2.5 Testimonio de Vicenta Carlina Llanos Hidalgo: Luego de rendir el juramento de ley, expresa:

Generales de ley: religión católica; cédula de ciudadanía XXX; estado civil casada; edad 49 años; instrucción primaria; ocupación comercio; domiciliada en Guaranda, Vinchoa.

Interrogatorio de la defensa técnica de Edison Fernando Ramírez Cando:

P: ¿Indique al Tribunal si le conoce al señor Edison Fernando Ramírez Cando?.- **R:** Sí, le conozco porque tenemos una fuente de trabajo en el mercado "10 de Noviembre" y yo tengo mi puesto junto al puesto de la mamá, y los chicos llegan al puesto de la mamá y le conozco por esa razón.- **P:** ¿Cómo se llama la mamá del señor Edison Fernando Ramírez Cando?.- **R:** Se llama Anita Cando.- P: Indique al Tribunal los hechos suscitados el día 20 de octubre del 2014.- **R:** El 20 de octubre del 2014 yo bajé a Guaranda a hacer unas compras y de ahí me dirigí al mercado "10 de Noviembre" a mi negocio porque yo todos los días dejo mis cosas arregladas para el siguiente día para vender en mi negocio, y justo yo le vi al señor Fernando Ramírez en el mercado a las 16h00 y estaba afilándole a la mamá los cuchillos y las hachas para poder vender la carne; yo le dije que me haga el favor de darme haciendo lo mismo y me comentó que estaba cortando unos tubos también del agua de la mamá; me dijo yo más luego voy y yo me fui a las 16h00 de la tarde.- **P:** ¿Indique al Tribunal si el señor Ramírez Cando estaba acompañado de otras personas?.- **R:** Sí, estaba con la esposa Mayra. Justo se le daña la corriente de la máquina y fue a comprar la señora Mayra.- **P:** ¿Usted de qué tiene el negocio?.- **R:** De carne.- **P:** El negocio de la señora madre de Fernando Ramírez Cando, de qué es?.- **R:** De carne.

Interrogatorio de Fiscalía General del Estado:

P: ¿Qué día de la semana era el 20 de octubre del año 2014?.- **R:** Era lunes.- **P:** ¿Todo lo que usted nos ha relatado corresponde al día lunes 20 de octubre?.- **R:** Sí.

1.3.2.6 Testimonio de Iván Darío Simaliza Llumiguano: Luego de rendir el juramento de ley, expresa:

Generales de ley: religión cristiana; cédula de ciudadanía N° 0202368346; edad 46 años; estado civil soltero; instrucción secundaria; ocupación chofer; domiciliado en Vinchoa.

Interrogatorio de la defensa técnica de Edison Fernando Ramírez Cando:

P: ¿Usted le conoce al señor Edison Fernando Ramírez Cando?. **R:** Sí.- P: ¿Desde hace cuánto tiempo lo conoce?.- **R:** Hace unos cuatro años atrás. **P:** ¿Por qué lo conoce?.- **R:** Porque es mi cuñado.- **P:** Indique al Tribunal lo que usted pudo observar el día 19 de octubre del 2014.- **R:** Como todos los domingos, el día 19 de octubre del 2014, yo salgo con mi hijo a hacer deporte entre las 07h00 a 07h30 de la mañana; pasé haciendo deporte y regresé a la casa; así mismo en la tarde de 18h3 a 19h00, y vi el taxi del señor Fernando Ramírez y mi hijo se acercó a jugar con el hijo del señor Fernando Ramírez, entre eso también nos saludamos con Fernando; pasó un poco de tiempo y llegó la mamá del señor Fernando Ramírez, la señora Anita Cando y estacionó su camioneta detrás del taxi a la cual también saludé; después le cogí a mi hijo y me retiré para mi domicilio.- **P:** ¿A qué distancia tiene su domicilio del domicilio del señor Fernando Ramírez?.- **R:** A unos 10 metros.- **P:** ¿A qué hora entró a su domicilio el día 19?.- **R:** Aproximadamente a las 19h30 a 20h00, luego de saludar con la señora Anita Cando.- **P:** ¿También tuvo contacto con el señor Fernando Ramírez?.- **R:** Sí, hablamos.

Interrogatorio de Fiscalía General del Estado:

P: ¿Conoce usted sobre los hechos acontecidos el día 19 de octubre del año 2014?.- **R:** No.- **P:** ¿A qué hora llegó la señora Ana Cando a la casa?.- **R:** De 19h00 a 19h30.

1.3.3 ALEGATO FINAL DEL RECURRENTE EDISON FERNANDO RAMÍREZ CANDO: El abogado Christian Molina Almache, en representación del revisionista, expresa:

- En esta audiencia se ha detallado de forma cronológica con los testigos aportados como son la señorita Averos, la señorita Mayra Karina Castillo, el señor Ángel Alfredo Velarde, el señor Víctor Manuel Huilca y la señora Vicenta Carlina Llanos, los hechos realizados por el señor Ramírez Cando, los días 18, 19 y 20 de octubre del año 2014, tomando en consideración que la muerte del señor José Miranda, se produce el día 19 de octubre del año 2014 a las 22h00 de la noche.
- Con los testigos aportados en esta audiencia se puede establecer con certeza, que el señor Edison Ramírez Cando, nunca pudo estar en el lugar de los hechos y sí es importante tomar en cuenta que esta prueba

nueva demostró que los testigos presentados en la audiencia de juicio son falsos, porque la prueba fundamental para el tribunal para emitir una sentencia condenatoria o declaratoria de culpabilidad en contra del señor Ramírez Cando son dos: el testimonio de la señora Mercedes Celina Sánchez, que es la esposa del fallecido, y una prueba de barrido balístico realizado por el señor perito criminalístico Hugo Iván Adriano Villa. Estos testigos son falsos; primero porque los testigos aportados en esta audiencia han demostrado que el señor Edison Fernando Ramírez Cando no estuvo presente el día 19 de octubre del 2014 a las 22h00 de la noche en el lugar donde se produjo la muerte del señor Miranda; segundo, porque la señora Celina Sánchez padece de una enfermedad visual que es presbicia, y en la audiencia se presentó como perito la señora Tatiana Zambrano Bravo, quien indicó que efectivamente la señora padece de una enfermedad oftálmica y que su visión no es la adecuada, entonces aquí viene la incógnita, ¿Cómo pudo verle al señor Edison Ramírez Cando, el día 18 de octubre del 2014 en el taxi a las afueras de su domicilio, a una distancia de aproximadamente más de 10 metros si padece de una enfermedad visual. El tercer punto es ¿por qué, el testimonio del perito Adriano Villa carece de sustento técnico?; las pruebas de barrido balístico, establecen las muestras químicas o los residuos químicos en los guanteletes de muestras que se han tomado a las personas que son sometidos a esta pericia, pero esta pericia para que sea concordante y certera de disparo debe contener dos elementos químicos que son el Bario y el Selenio; en este caso, revisado el informe y el testimonio del señor perito, no establece la presencia de estos dos componentes químicos; a más de ello el porcentaje encontrado de otros elementos como son el plomo y el hierro son sumamente bajos, para determinar una conclusión de que el señor Edison Fernando Ramírez Cando realizó un disparo en contra del señor José Miranda; esto es eminentemente técnico y es por esto que el señor Edison Fernando Ramírez Cando, prestó su colaboración para que se le tomen las muestras de barrido balístico electrónico, así como también la señora esposa prestó su colaboración para entregar las prendas usadas el día 19 de octubre del 2014.

- Es importante analizar los testimonios realizados en esta audiencia como prueba nueva; efectivamente compareció la señora Averos, quien indicó que el señor Ramírez Cando concurrió el día 18 de octubre del 2014 con el señor Urbina a su domicilio; concurrió la señora esposa del señor Ramírez Cando, la señora Mayra Castillo, quien indicó toda su actividad de los días 18,19,20 de octubre de forma cronológica; Fiscalía en esta audiencia no pudo desvirtuar su testimonio o contradecir ese testimonio o demostrar alguna falencia o contradicción en el mismo y, lo importante es que el día 19 en horas de noche, después de la llegada del señor Velarde, nunca salió de su domicilio, el señor Ramírez Cando, y la llegada del señor Velarde es entre las 21h30 y 22h00 de ese día, es decir justo cuando a decir de la señora Sánchez se produjo la muerte de su esposo; compareció a esta audiencia el señor Ángel Velarde, que ratificó el testimonio de la señora Mayra Castillo, que indicó que el día 19 de octubre del año 2014,concurrió al domicilio del señor Ramírez Cando, entre las 21h30 a 22h00 de la noche, para solicitarle que le realice una carrera a una señora enfermera hacia el sector de Guanujo para trasladarse al sector de Echeandía, ratificando nuevamente la no presencia del señor Ramírez Cando en el hecho de la muerte del señor José Miranda.
- ¿Por qué se presume la existencia de partículas de plomo y hierro en cantidades bajas en las manos y la ropa del señor Ramírez Cando?, porque compareció a esta audiencia la señora Vicenta Carlina Llanos y de igual forma la señora Mayra Castillo, quienes indicaron que efectivamente el señor procesado concurrió al trabajo de su madre, que queda en el mercado "10 de Noviembre" y la ayudó a esmerilar metales, como son cuchillos y hachas y un tubo que tenía que ubicar en el sector de la casa de su madre; por eso es la presencia baja de estos elementos, pero lo importante es que no existe ni el bario ni el selenio, como elementos indispensables para determinar que una muestra sea concordante con un disparo.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- Otro hecho importante es por qué estuvo presente el señor Ramírez Cando, el 18 de octubre del 2014 en el sector de Churubamba, y ya lo indicó la señora Averos que fue por una carrera con el señor Urbina para irla a visitar; pero lo importante es que no se tomó en cuenta, y si bien no es prueba nueva pero va a demostrar que los testigos son falsos, es el testimonio del señor Naún Antonio Aguirre, que es el Policía que realizó el parte de la novedad de ese día 18 de octubre del año 2014 y, el indicó que cuando llegó al lugar de los hechos lo encontró al señor Ramírez Cando dormido y le pidió sus documentos y él indicó los motivos de su presencia en ese lugar, tomaron inclusive fotografías del vehículo y del señor Ramírez Cando e inclusive le prestó un teléfono celular para llamar a un compañero de trabajo que había abandonado su lugar de trabajo, y lo más importante, nunca vio a una persona observando o viendo la presencia del señor Ramírez Cando como lo indicó la señora Celina Sánchez.
- Evidentemente la duda en este caso, no es para el reo, debido a que ya existe una sentencia condenatoria dictada por un Tribunal Penal y una Corte Provincial que ratificó la sentencia de 24 años de privación de libertad; pero los testimonios rendidos en esta audiencia han sido tan claros, tan concordantes entre sí, que han demostrado que el señor Ramírez Cando, nunca pudo estar presente el día 19 de octubre del 2014 a las 22h00 en el lugar de los hechos; bajo estas consideraciones solicita se restituya el estado de inocencia del señor Edison Fernando Ramírez Cando, se ordene su inmediata libertad y se levanten todas las medidas que existan en su contra por haber justificado la causal tercera del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal.

1.3.4 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.- La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, dando contestación a la fundamentación del recurso de revisión y haciendo uso del derecho de contradicción, manifiesta:

- Al inicio se dejó claro que se iba a demostrar que habían testigos falsos y los informes eran maliciosos, para lo cual el Código Orgánico Integral Penal nos exige la presencia de elementos probatorios; lo que debió el señor abogado haber demostrado era qué informes son maliciosos o errados, debido a que existen consecuencias jurídicas que se derivan de este tipo de recurso y luego, si los testigos son falsos o también los documentos tienen esa calidad de falsos.
- No ha podido demostrar nada de ello y acaba de hacer un alegato en relación a las pruebas y a lo que hay en el proceso, casi nada dijo sobre sus testigos, porque no tienen aportación alguna pero, vuelve a repetir casi literalmente lo que señaló el acusado Edison Fernando Ramírez Cando al momento de emitir su testimonio a foja 173 y vuelta de la sentencia, en el considerando 3.4 donde señala exactamente con lujo de detalles lo mismo que todos los testigos vinieron a repetir en forma prácticamente literal, solo que algunos equivocaron las horas y las fechas; no nos interesa saber lo que pasó el 18 de octubre que el señor abogado pone especial relevancia sobre que la señora Celina Sánchez que es la víctima, no pudo ver desde una ventana al hoy acusado y, al revisar la sentencia se encuentra que el día 18 de octubre cuando ella como todas las noches volvía con su marido desde Ambato vendiendo la fruta, porque a eso se dedicaban, encontraron un vehículo taxi, manejado por el señor Ramírez Cando, que los venía siguiendo, entonces ellos se pusieron a un lado y le daban el paso y él nunca quiso pasar, y esto es lo que a ella y a su esposo les pone alerta y por eso llaman ellos al 911 el día 18 de octubre para indicar este suceso con un taxi y que tienen este problema; por esto acudió la policía, pudieron encontrar a Edison Fernando Ramírez Cando, quien dice que estuvo durmiendo en el vehículo y hago relación al testimonio de la señorita Mirian Mercedes Averos Vega, quien dijo que nunca pudo salir de su casa porque su madre no se durmió y por lo tanto jamás vio al señor José Luis Urbina, lo cual indicaba entonces que él realmente salió del taxi caminó unos pasos y se tuvo que regresar, si no lograron el cometido que era visitar a Mirian Mercedes Averos Vega, sin embargo se ven contradicciones, que dice que él estuvo dormido, lo que significaría que estuvo esperando largo tiempo y por eso

yo preguntaba ¿qué tiempo permaneció el señor José Luis Urbina en las afueras del domicilio de la señorita Averos?, si se vieron o saludador, porque era imprescindible determinar que no hubo ningún tiempo, el taxi no estuvo parado allí en forma indefinida porque se retiró cuando los policías del 911 llegaron y pidieron sus documentos, entonces no existen concordancias.

- La segunda testigo, la esposa del procesado, considero que siendo la esposa siempre va a sostener cosas positivas de su esposo y además cómo es posible que al haber pasado cuatro años recuerden los hechos con tanta nitidez con horas y fechas exactas, que además pudieron haber sido llevados a juicio a que ellos den su testimonio y no lo dieron y todos son familia de él, por ese hecho no es que no sean testigos idóneos, porque todos son idóneos pero ciertamente la valoración que hace el tribunal sobre la familia es que todos estaban claros en los términos que debían venir a deponer la mañana de hoy.
- En relación a Ángel Alfredo Velarde, el señor que es taxista, jefe de la cooperativa, él lo que dijo es que lo fue a ver entre las 21h00 de la noche y si ustedes logran reconocer todos los 6 testimonios, todos dan cuenta de lo sucedido del día domingo hasta las 20h00 o 21h00 de la noche, los hechos como señala el abogado suceden a las 22h00 en un camino muy cercano a donde están ellos, pero además, me llama mucho la atención que refiera a que la víctima la señora Celina Sánchez, no reconozca a esta persona cuando ella viaja con su marido junto a él, los paran en la carretera, sube el señor Ramírez por el lado del chofer y le dispara al marido y luego tiene tiempo suficiente para ver porque ella es testigo presencial de los hechos y ella reconoce a la persona. De tal manera que ninguno de los testimonios aquí señalados han podido establecer que existan documentos falsos, testigos falsos, o informes policiales maliciosos o errados, por eso yo preguntaba si alguno de ellos intervinieron en las diligencias investigativas o escucharon algo en la audiencia de juicio, pero lo que aquí dicen es exactamente lo que ha mencionado el acusado y los testigos que sí se presentaron en la audiencia de juicio, y por ejemplo existen inconsistencias cuando el señor Víctor Manuel Huilca, el cual es un testigo clave para el caso, cuando dice que a las ocho de la mañana ocurrió el incidente, recuerden que la señora Castillo, mencionó que fue aproximadamente al medio día, y además menciona que llegó su concuñado en su taxi acompañado del señor Urbina y según testimonio del acusado él dijo que pasó bebiendo toda la noche del 18 al 19 y pregunto yo, ¿Él también debió haber estado borracho? y además ¿Dónde está el certificado de la mecánica?, ¿Dónde está la matrícula de la existencia del vehículo?, ¿Dónde está el parte del incidente?, este fue un testigo clave que debió ser llevado a audiencia de juicio y emitir su testimonio, a mí me parece extraño; tanto más que, por ejemplo Vicenta Carlina Llanos Hidalgo, es muy clara en que ella todo lo que puede referir es del 20 de octubre, es decir al día siguiente de los hechos; ella no sabe nada de lo que pasó ese día de los hechos, igual el señor Simaliza que dice que hace deporte, que es el pariente, que vive al lado de él, realmente no hay ninguna afirmación, no hay nada que nos demuestre los documentos y testigos falsos y los informes periciales maliciosos y errados.
- Ante estos hechos la Fiscalía considera que por la gravedad del caso, considerando que fue un delito de robo con consecuencia de muerte, pero como no se pudo probar el robo del dinero, se lo manejó solo como asesinato, considero yo que tanto el tribunal de primer nivel como el de segundo nivel que condenaron con doble conforme y pusieron una sanción al señor Edison Fernando Ramírez Cando, lo hicieron correctamente, se acogió a una valoración probatoria adecuada, eso es lo que los hechos contrastados con las pruebas dan como resultado, la existencia de un hecho criminal y la participación sin duda del señor Edison Fernando Ramírez Cando, que fue reconocido en el momento en que disparó al esposo de la víctima, y la presbicia es una enfermedad de los ojos pero no los deja ciegos, por lo tanto ninguna de las pruebas aquí presentadas puede golpear y levantar el principio de cosa juzgada; no cabe hablar de la duda razonable, aquello terminó; aquí solo se puede hablar de que existe una prueba determinante

para establecer la inocencia de una persona, y aquí no existe. De manera que solicito se declare improcedente el recurso.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA:

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 26 de enero de 2018, 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, en virtud del sorteo realizado el día martes 10 de enero de 2017 a las 11h29, del sorteo de Presidencia de la Corte de 02 de enero de 2018 a las 09h40, y del sorteo efectuado el día miércoles 14 de marzo de 2018 a las 10h45 en cumplimiento de la resolución N° 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, designó el Tribunal de revisión 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; y, la doctora Daniella Camacho Herold y el doctor Richard Villagómez Cabezas, Jueza y Conjuez Nacionales, respectivamente, quienes avocan conocimiento de la presente causa.

2.2. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició luego de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Nº 180 del lunes 10 de febrero de 2014, para su trámite le son aplicables las normas de la referida ley, esto conforme el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: *"(…) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".*

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 generales de impugnación dispuestas en los artículos 652, 658 y 660 del Código Orgánico Integral 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 ante el mismo.

2.4. CONSIDERACIONES JUÍDICAS RESPECTO AL RECURSO DE REVISIÓN:

2.4.1 El recurso de revisión es un recurso extraordinario, de control del error judicial de la sentencia de condena que se encuentra ejecutoriada[1]. El objetivo del recurso es dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, con el ánimo de que no se sacrifique la justicia por un error judicial o una causa superviniente que modificó la situación jurídica del ciudadano que fue sancionado por incurrir en una conducta penalmente reprochable; para lo cual, el Código Orgánico Integral Penal, exige que el recurrente aporte pruebas nuevas que demuestren el error de hecho del fallo impugnado[2]

2.4.2 En el campo jurisprudencial la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus distintos tribunales, ha señalado que:

> *"(…) por el recurso de revisión se busca la invalidación de una sentencia que se encuentra ejecutoriada, con el fin de reivindicar la verdadera realidad histórica de los hechos y cuando la verdad procesal resulta ser discordante; de allí que, la divergencia que plantea el recurso de revisión, entre la verdad formal y la real, genera una alteración en el orden y en la seguridad jurídica ya establecida, por eso es que se trata de un recurso extraordinario, excepcional"*[3]

2.4.3 La revisión es un recurso especial y extraordinario que permite reexaminar la sentencia condenatoria que el condenado alega ha sido producto de un error judicial. Para que el mismo prospere, es necesario que el error fáctico que se alega, se

[1] Código Orgánico de la Función Judicial. **Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad.-** De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

[2] Art. 658.- (…) La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

[3] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia dictada dentro del caso 1063-2014, que por delito de tránsito se siguió en contra de Alfredo Gerardo Villafuerte Siguencia.

subsuma en alguna de las causales del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, siendo requisito sine qua non, que se presente nueva prueba, precisando que de conformidad con el artículo 659 inciso tercero ibídem, el único momento en que se debe anunciar la prueba que será presentada en la audiencia de revisión, es en la interposición del recurso, pues prevé la norma: *"El escrito de interposición del recurso será fundamentado y contendrá la petición o inclusión de nuevas pruebas, caso contrario se declarará inadmisible y se lo desechará sin lugar a uno nuevo por la misma causa"*; esto con la finalidad de evitar la sorpresa judicial, fomentar la buena fe y lealtad procesal, y que el Tribunal pueda calificar si la causal propuesta se encuentra bien fundamentada y la prueba anunciada guarda la debida pertinencia con la misma. En el caso sub iudice, el recurso de revisión se ha interpuesto con fundamento en la causal 3 del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, al considerar que se ha dictado sentencia con base en testimonios falsos e informes erróneos, lo cual pretende enervar por medio del presente recurso y la prueba a presentar. Para entrar en el análisis de la fundamentación del recurso de revisión, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en cuanto a que la revisión es:

> *"(…) una figura excepcional que debe cumplir con los principios de taxatividad, limitación, trascendencia y autonomía, a lo que ha de sumarse que la característica principal radica en el error facti. Por el principio de* ***taxatividad****, los motivos para acceder a la revisión están determinados por la ley, no se puede cuestionar aspectos del proceso, como la competencia, errónea tipificación o grado de participación, forma de culpabilidad, falta de motivación, ya que esto implicaría forzar su aplicación. Mediante el principio de* ***limitación****, el actuar del juzgador está circunscrito a resolver con base en lo propuesto por el accionante, sin que el Tribunal pueda corregir oficiosamente, cuando la causal planteada es incorrecta por la limitación que supone el principio dispositivo previsto en el artículo 168.6 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. A través del principio de* ***trascendencia****, los fundamentos planteados deben ser sólidos, coherentes y fundamentados, a fin de poder desestabilizar la resolución de cosa juzgada y emitir un fallo en que se rectifique la realidad de los hechos. Finalmente por el principio de* ***autonomía****, las causales alegadas deben ser justificadas individualmente con cada hecho y con las pruebas que lo sustentan, para el desarrollo lógico de cada afirmación y establecerlas con su debido respaldo jurídico ya que al revisar una sentencia en firme, se ejerce una actividad jurisdiccional excepcional, ya que a través de este medio de impugnación se ataca el principio de cosa juzgada, (res iudicata pro veritate habetur) que es el elemento base en el que se sustenta la seguridad jurídica"*[4].

2.5. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA:

Interpuesto el recurso de revisión por la causal prevista en el artículo 658.3 del Código Orgánico Integral Penal (Documentos o testigos falsos, o informes periciales maliciosos o errados), y demostrada la afirmación efectuada por el condenado con la respectiva prueba nueva y la debida fundamentación del recurso, corresponde aceptar el medio impugnatorio empleado.

2.6. ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN:

2.6.1 El recurso de revisión tiene el carácter de extraordinario, pues trata respecto de los errores de hecho que se pudieren haber presentado en la sentencia condenatoria ejecutoriada, suprimiendo de su estudio, errores de derecho, sean estos sustantivos, constitucionales o procedimentales, los cuales son objeto de control de los diferentes jueces que intervienen en la parte ordinaria del proceso, y que por tanto no son de competencia de este Tribunal de Revisión.

El recurso de revisión consiste en poner en conocimiento del Tribunal, hechos que fueron desconocidos por los anteriores juzgadores, a-quo/ad-quem, que producen un cambio sobre la verdad procesal, por lo que para ello se requiere la presentación de nueva prueba, acorde a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 659 del Código Orgánico Integral Penal.

2.6.2 Conforme ha quedado establecido ut supra, el revisionista señor Edison Fernando Ramírez Cando, por medio de su defensor técnico,

[4] Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sentencia dictada dentro del caso 583-2014, que por el delito de homicidio calificado se siguió en contra de Hernry Alberto Rodríguez Gómez y Carlo Augusto Beltrán Chingua.

manifiesta que recurre de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, de fecha 25 de agosto de 2015, ratificada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, con fecha 24 de septiembre de 2015, que lo condenó, en calidad de autor del delito de asesinato, tipificado y sancionado en el artículo 140.1.5 del Código Orgánico Integral Penal, a la pena de 24 años de privación de la libertad, por cuanto el fallo se ha dictado en virtud de testimonios falsos e informes periciales errados, refiriéndose en especial al testimonio de la señora Mercedes Celina Sánchez, que es la esposa del fallecido señor José Miranda Averos, y a la prueba de barrido balístico efectuado por el perito en microscopía Hugo Iván Adriano Villa, respecto a lo cual corresponde al Tribunal de Revisión efectuar el análisis respectivo para la procedencia de este medio impugnatorio extraordinario.

2.6.3 De la sentencia recurrida se desprende la fundamental importancia que adquiere dentro del proceso, en especial para determinar la responsabilidad del procesado Ramírez Cando, el testimonio de la cónyuge del occiso José Miranda Averos, debiendo analizarse el mismo conforme los siguientes puntos:

i) El tribunal de garantías penales, señala en su sentencia, que:

> *"Dadas las circunstancias en que se ha descrito el hecho que se juzga, un episodio repentino, inesperado, violento y casi sin testigos presenciales, a excepción de MERCEDES FLOR CELINA SANCHEZ, se torna de relevancia precisamente la declaración de esta persona, quien refiere los detalles del hecho y denuncia el acontecimiento inmediatamente, describiendo el acontecimiento materia de este juzgamiento, suscitado el 19 de octubre del 2014, y el episodio anterior del 18 de mismo mes y año, que guarda relación con los hechos pues este último acontecimiento mencionado, de cierta forma permitió se apunte a investigar al ahora procesado, quien justamente el día anterior a la muerte del occiso, había llegado hasta el sector donde vivía éste, lo cual fue advertido por la víctima Mercedes Flor Celina Sánchez, quien llama a la Policía, la que en efecto verifica la presencia del ciudadano ahora procesado en el lugar, quien explica haber estado realizando una carrera de taxi, por ser su ocupación de la de chofer de taxi, cuya explicación la sostuvo el procesado durante el desarrollo del juicio incluso, sobre lo cual declaran los policías Naun Antonio Aguirre Ramos y Ángel Guillermo Rojas Camacho, que le habían solicitado justamente su documentación la noche del 18 de octubre del 2014, que habían tomado procedimiento atentos al llamado al Ecu 911, de la esposa del occiso; (…)".*

Sobre esta situación relatada, en especial las razones por las cuales el procesado Edison Ramírez Cando, se encontraba en el sector de Churubamba el día 18 de octubre de 2014, es necesario acudir al testimonio del mismo, quien señaló en la audiencia de juicio, que:

> *"(…) yo soy una persona inocente, ante todo esto que me acusan soy totalmente inocente, solo por el hecho de un día antes estar en ese sector, con el fin de mi trabajo, taxista, de profesión chofer, fui a ese sector, es verdad que fui, una noche antes, pero con una carrera , no he ido con el fin de quizás cometer algún delito, si no a ganarme el pan de cada día para mis hijos, y al regreso de todo eso yo tranquilamente regresé con la carrera con el señor José Luis Urbina, acá al centro de Guaranda a continuar con mis labores, (…), yo el día sábado en horas de la noche me encontraba trabajando por aquí por la ciudad, soy taxista de la operadora Siete Colinas, el taxi era de mi propiedad y más o menos a eso de las siete y media a ocho de la noche, recibí una llamada de un ex compañero de un trabajo que yo tenía, me solicitó el servicio de taxi para dirigirnos a dicho lugar a verle a la novia de él, entonces yo al momento le contesté y le dije que si le podía servir, pero que me espere un momento en la Plaza Roja, entonces más o menos a eso de las siete y media y ocho de la noche, le recogí de la Plaza Roja y nos dirigimos a ese lugar, llegando a ese punto Churubamba, entre las 21h00 aproximadamente, sería un cuarto de hora más o media hora más que llegamos, esperando un poco porque se habían puesto de acuerdo el señor José Luis Urbina a encontrarse con la novia pasado de las nueve de la noche, él esperó un poco y procedió a bajarse del vehículo para irse al domicilio de la chica, yo me quedé esperando en el taxi, y luego después de un rato de que él se bajó llegaron dos policías en un patrullero, me pidieron mis documentos, yo accedí a darles todos mis documentos, yo no tenía que ocultar nada, porque yo simplemente estaba cumpliendo con mi trabajo, de servir al público, de servir a los clientes, luego de eso el señor José Luis regreso al taxi, pero antes de eso ya los policías se fueron, nos regresamos para acá a Guaranda, (…)".*

En este orden de ideas, en la audiencia de juicio se presentó a rendir testimonio el señor José Luis Urbina Arcos, constante en el numeral 6.10 de la sentencia, quien manifestó:

> *"El día sábado 18 de octubre del 2014, hasta las 3 de la tarde, pasé en mi ciudad natal que es Ambato, a las cinco de la tarde me encontré en el terminal de Ambato, de ahí le llamé al señor Fernando Ramírez para que me hiciera una carrera, estaba aproximadamente en la ciudad de Guaranda a las 19h30, le llamé al señor Fernando Ramírez y le dije que ya estaba en Guaranda y me dijo que le espere que está haciendo una carrera y que más o menos a las 20h00-20h30, de la noche me va a recoger, llegó a esa hora y me hizo la*

carrera a Churubamba tipo 9 de la noche llegamos a Churubamba, donde era de encontrarme con la señorita Mirian Mercedes Vega, quien era mi pretendida nos íbamos a topar calladitos porque sus papás no sabían que nos estábamos viendo, ella me dijo que teníamos que toparnos de 21h00-21h30, estábamos esperando en el carro yo me bajé del carro y fui a verle donde nos sabíamos encontrar pero ella no asomó, subí al ver el taxi donde se quedó esperándome que era más debajo de una cancha de ahí nos regresamos a Guaranda, (…)"

Sin embargo de lo transcrito, el tribunal a-quo cuestiona las situaciones relatadas, en los siguientes términos:

"(…) debiendo señalarse que en realidad sobre la veracidad del motivo por el cual el ahora procesado fue hasta ese lugar, empieza por generarse dudas, si cotejamos el testimonio del propio procesado, la declaración de Blas Mesías Yépez Pilco y Jose Luis Urbina Arcos, quienes relatan algunos eventos en los que estuvieron supuestamente juntos la noche del 18 de octubre del 2014 y la madrugada y resto del día 19 del mismo mes y año, en cuyas declaraciones se puede advertir varias imprecisiones e inconsistencias, pues mencionaban que aquella noche el procesado y José Luis Urbina Arcos, habían ido hasta el sector de la vivienda del occiso, por cuanto José Urbina, le habría fletado al hoy procesado una carrera, para ir a visitarle a su enamorada Mirian Mercedes Vega, ***sin embargo sobre esta última persona, no existe mayores referencias, que puedan dar fe de lo que sostenían, (…)"*** (las negrillas no son del texto).

El sentenciado Edison Fernando Ramírez Cando, ha presentado ante este Tribunal de Revisión, el testimonio de la señorita Mirian Mercedes Averos Vega, respecto a quien, según el tribunal de primera instancia, no existían en el momento del juzgamiento mayores referencias, con lo cual se suprimió valor a los testimonios del procesado y del señor José Urbina Arcos. Al respecto, la indicada testigo ha ratificado lo manifestado por los señores Ramírez Cando y Urbina Arcos, con lo cual queda suplida la falencia que hace relación el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, en cuanto a la veracidad de lo relatado por ellos, debiendo precisar que dicho juzgador también efectúa otros cuestionamientos a los testimonios, pero que no tienen mayor relevancia porque tratan de hechos suscitados en horas distintas a las relatadas por la señora Mercedes Celina Sánchez, los días 18 y 19 de octubre de 2014.

ii) En cuanto a los hechos materia del proceso, suscitados el día domingo 19 de octubre de 2014, aproximadamente a las 22h30, tomando como base, conforme se indicó, el tribunal a-quo en su sentencia, tomando como base lo manifestado por la señora Mercedes Flor Celina Sánchez, expresa:

"Empero aun suponiendo que los hechos descritos pudieran ser ciertos, recordemos que la muerte de Jose Arnulfo Miranda Averos, se produce en horas de la noche del 19 de octubre del 2014, tiempo en el que no se ha presentado prueba que confirme que el procesado se ha encontrado en otro lugar, ajeno al de los hechos, pues ninguno de los testigos da fe de haber estado con el procesado en dichos momentos.

Volviendo al testimonio de MERCEDES FLOR CELINA SANCHEZ, decíamos que el mismo tiene singular importancia, pues esta persona, es quien refiere los detalles del hecho y denuncia el acontecimiento inemdiatamente, dando datos a los policías Germán Lenin Gaibor Gaibor y ALEX FABRICIO PUGLLA MOTOCHE, quienes tomaron procedimiento, sobre la persona en ese momento sospechosa, a la que la conviviente del occiso señaló como la persona que le había disparado (…)".

A fin de subsanar el vacío antes indicado que el Tribunal de Garantías Penales ha manifestado que existe y que le ha permitido concluir que en el momento de los hechos delictivos que se juzgan, actuó el procesado Edison Ramírez Cando, en contra de la humanidad del señor José Miranda Averos, el condenado ha presentado en la audiencia de revisión, entre otros, el testimonio de Mayra Karina Castillo Mora, quien ha relatado pormenorizadamente las actividades efectuadas por ella y el procesado, los días sábado 18, domingo 19 y lunes 20 de octubre de 2014, confirmando todo lo expresado por el señor Ramírez Cando en su testimonio rendido en la audiencia de juicio, y en especial las actividades efectuadas el día domingo 19 de octubre de 2014, en horas de la noche, concretamente de 21h00 a 05h00 del día siguiente, tiempo dentro del cual se produjo el hecho delictivo; con lo cual, el vacío que expresa el juzgador de instancia, en cuanto a falta de prueba que confirme que el procesado no estuvo en el lugar de los hechos delictivos, se encuentra subsanado con esta nueva prueba, que tiene total validez con lo que coincide la representante de Fiscalía General del Estado.

Además, dentro de la nueva prueba, el ciudadano Edison Ramírez Cando ha presentado el testimonio del señor Ángel Alfredo Velarde Cabezas, quien en lo principal y coincidiendo con lo manifestado por la señora Mayra Castillo Mora, señala que se entrevistó con el sentenciado, en su vivienda de 21h30 a 22h00, ubicada en la ciudad de Guaranda en donde descansaba, y le pide que realice una carrera a las 05h00 del día 20 de octubre de 2014,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

lo que ratifica la veracidad de lo expresado por el señor Ramírez Cando y la señora Castillo Mora. De lo cual, existe univocidad en lo expresado por estos testigos, en orden a la causal de revisión que ha sido invocada por Edison Ramírez Cando.

iii) Continuando con el testimonio de la señora Mercedes Celina Sánchez, que el tribunal de primera instancia ha tomado como base respecto a la responsabilidad del señor Ramírez Cando en los hechos materia del proceso, se observa que el juzgador al respecto manifiesta en el considerando Octavo del fallo, que la referida ofendida ha denunciado lo acontecimientos en forma inmediata de sucedidos, *"dando datos a los policías Germán Lenin Gaibor Gaibor y ALEX FABRICIO PUGLLA MOTOCHE, quienes tomaron procedimiento, sobre la persona en ese momento sospechosa, a la que la conviviente del occiso señaló como la persona que le había disparado y* ***aunque ésta, en la audiencia de juicio no pudo reconocer al agresor*** *pretendiéndose poner en entredicho, que el reconocimiento que ha efectuado en determinado momento pueda dejar dudas, (…)"* (Las negrillas no son del texto), de donde se desprende que, en cuanto al reconocimiento e identificación del autor del disparo, ha dado validez a lo manifestado a los miembros policiales que acudieron al lugar de los hechos, por sobre lo dicho en la audiencia de juicio, convirtiéndose tales afirmaciones, en virtud de la nueva prueba presentada en la audiencia de revisión, en un testimonio falso, con lo cual este Tribunal de Revisión encuentra que no se encuentra jurídicamente sustentado el nexo causal entre el delito y la responsabilidad atribuida al señor Edison Fernando Ramírez Cando, pues con la nueva prueba presentada, en especial con los testimonios de Mayra Karina Castillo Mora, Víctor Manuel Huilca Yambi, Ángel Alfredo Velarde Cabezas y Miriam Mercedes Averos Vega, han dado cuenta y razón de que el procesado Ramírez Cando, el día y hora de los hechos se ha encontrado en su domicilio, conforme lo ha sostenido a lo largo del proceso penal.

2.6.4 Al haberse determinado que el condenado Edison Ramírez Cando, no estuvo presente en el lugar de los hechos delictivos, no es necesario determinar si existe el error de hecho de informe pericial errado, más aún cuando la pericia de barrido electrónico, no resulta ser contundente y definitiva para la decisión de la causa; pues si bien señala el tribunal a-quo que *"ha explicado el perito Hugo Adriano Villa, que los elementos plomo, bario y antimonio encontrados a través de la microscopía son propios del accionamiento de una arma de fuego, así lo explica la literatura al respecto: 'La microscopia electrónica de barrido que es una prueba cualitativa, cuantitativa y demostrativa es la prueba idónea por la facilidad de su uso, y certeza, al poder imprimir fotográficamente las partículas metálicas de plomo, bario y antimonio y evidenciar su forma, tamaño y composición'. (LA MICROSCOPÍA ELECTRÓNICA DE BARRIDOAPLICADA A LA PERICIA FORENSE.ELIA CRISTINA QUITERIO MONTIEL, cuzco Perú 2007. http://www.ciasem.com/PSD/Cusco2007/images-1/QUITEIRO.pdf). Debiendo añadirse que como lo ha señalado perito en Balística y docente de Criminalística en la Universidad del Salvador, Cristina Vázquez, en Argentina la técnica del barrido electrónico es una de las más sensibles y exactas disponibles al momento. (http://www.infobae.com/2015/01/20/1621971-como-es-la-tecnica-saber-si-quedaron-residuos-un-disparo-las-manos)"*, encontramos otras literaturas sobre esta pericia[5], que en lo principal expresan que la presencia o ausencia de residuos en las manos, no es determinante ni categórica, en cuanto a la realización o no de un disparo de arma de fuego.

Sobre este tema, consta en el informe pericial, la existencia mayoritaria, en las manos derecha e izquierda, así como en las mangas derecha e izquierda de la vestimenta, en forma muy similar, de hierro, plomo y cobre.

Pero además, también existe literatura atinente al tiempo que se requiere para la toma de muestras; que al respecto señalan:

> *"(…) Para el análisis eficaz de un caso, la persistencia de los RDD es una variable importante a tener en cuenta. Las partículas características y específicas relacionadas al disparo del arma de fuego, se depositan*

[5] http: www.lanacion.com.ar/1761620-alberto-nisman-pericia-polvora-arma, 14 de junio de 2018, 10h05, explicaciones efectuadas por el profesor Marcelo Delorenzi; y, http: www.ifir-conicent.gov.ar/indez.php/es/noticias-institucionales/301-usosforenses-de-la-microscopia-electronica-de-barrido. 14 de junio de 2018, 11h22, entrevista efectuada al investigador doctor Raúl Bolmaro.

en las manos, cara, cabello y ropas de la persona que dispara (3). Sin embargo, estas partículas se pierden por la actividad de una persona, o debido a roces con otras superficies. Su permanencia sobre las manos ha sido estudiada por numerosos autores (4-5), pero el inconveniente surge cuando la recolección demora demasiado tiempo o la persona se lava las manos después de disparar. En este caso, posiblemente no se encuentren partículas que indiquen que esa persona hubiera estado en contacto con un arma de fuego o en presencia del disparo de una. Por este motivo, estudiamos la presencia y permanencia de los RDD sobre los puños de prendas de vestir. (…)

CONCLUSIONES

La persistencia de las partículas de residuos de disparo sobre los puños está directamente relacionada con la intensidad de la actividad realizada. Con actividad moderada se encuentran partículas específicas hasta las 6 hs, y características hasta las 9 hs. Con actividad intensa se encuentran dichas partículas hasta las 3 y 4 hs respectivamente. También pudo comprobarse en todos los períodos de tiempo estudiados que: (i) las partículas con tamaño inferior a los10 mm fueron las más abundantes, (ii) la persistencia de los RDD no depende de la composición y (iii) las partículas específicas se encuentran en una relación 1/10 o menor respecto de las partículas características.

Tomando en cuenta los resultados de este trabajo puede concluirse que es fundamental que la recolección sobre los puños de la prenda del sospechoso se realice antes de las 3 hs. de haber disparado el arma de fuego"[6] **(sic).**

Sobre este particular, según consta de la sentencia reprochada, los hechos se produjeron el día domingo 19 de octubre de 2014, a las 22h30, mientras que la recolección de muestras del procesado se efectuó el día lunes 20 de los mismos mes y año, a las 20h00; esto es, luego de más de veinte horas posteriores a los hechos, y tomando en consideración que dentro de las actividades efectuadas por el procesado, está la de uso del esmeril para afilar cuchillos y hachas, a más del corte de tubos, lo cual, ha quedado establecido por los testimonios rendidos en la audiencia de revisión, por Mayra Castillo Mora y Vicenta Carlina Llanos Hidalgo, situación que se dio aproximadamente seis horas antes de la toma de muestras, a lo que se debe sumar la ausencia de selenio y bario, componentes específicos de la detonación del proyectil, que en el caso concreto inexisten.

3. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, este Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad a lo previsto en los artículos 658.3 y 660 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad revisa la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Bolívar, por haberse demostrado el error de hecho que ha sido planteado por el justiciable EDISON FERNANDO RAMÍREZ CANDO; consecuentemente, restitúyase el estado de inocencia del mismo y se dispone su inmediata libertad, para lo cual gírese inmediatamente la boleta constitucional de excarcelación a su favor, disponiéndose además el cese de todas las medidas cautelares personales y reales que se hubieren dictado en contra del revisionista.- Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; D. Richard Villagómez Cabezas; CONJUEZ NACIONAL.

[6] http: www.uv.es/Gief/4Ar3_Stuke_GICE_06.pdf,14 de junio de 2018, 12H43.

XIV

Causa Nro.*0084-2014*
Resolución Nro.*1533-2018*
Fecha*: 31 de agosto de 2018*

TEMA: Delito: Detención ilegal. Entre los elementos del dolo, se encuentra el cognitivo o intelectual. Este elemento comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sujeto, conducta, resultado, relación causal, bien jurídico; es decir, es el saber y entender que se está atentando contra la libertad ambulatoria del sujeto. Sin este elemento es procedente confirmar la inocencia del procesado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Mediante denuncia presentada por la señora xxx, llega a conocimiento de las autoridades, que el día jueves 17 de mayo del 2012, aproximadamente a las 22h00 llamó a su hermana para preguntarle dónde se encontraba y si podía ayudarle a cuidar a su hijo, contestándole que estaba cansada. El viernes 18 de mayo del 2012 la ha llamado nuevamente y no ha contestado. El 19 de mayo del 2012 su padre recibe la llamada de su hermana, para decirle que se encontraba secuestrada por su marido y sus dos hijos, habiéndola encerrado en un hospital psiquiátrico. El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, emite sentencia de martes 03 de enero de 2017, las 16h27, habiendo llegado a la certeza de la existencia material de la infracción, así como de la responsabilidad y culpabilidad de los acusados, siendo el delito acusado el de detención ilegal, contemplado en el Art. 183 del Código Penal. En este contexto, el Tribunal parte expresando que la libertad constituye un bien consustancial al ser humano, sin cuyo reconocimiento social y titularidad personal no se puede concebir la convivencia humana en condiciones de respeto de la dignidad del hombre. En la convivencia social la libertad individual encuentra límites básicos en las exigencias derivadas del reconocimiento y respeto de las libertades ajenas. El derecho a la libertad física de una persona no es un derecho absoluto ya que su ejercicio puede ser limitado o restringido, lo que se prevé es que cualquier privación de la libertad personal debe ser preestablecida por la ley y que el individuo sujeto a esta limitación física debe contar con un conjunto de derechos y garantías con el propósito de evitar que se produzcan detenciones arbitrarias o arrestos arbitrarios o ilegales. El Tribunal dicta sentencia condenatoria y declara a xxx y xxx autores del delito de detención ilegal, tipificado y sancionado en el artículo 183 del Código Penal, con relación al artículo 42 ibídem, imponiéndole a los procesados la pena atenuada de dieciocho meses de prisión y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica tomando en consideración las atenuantes previstas en el artículo 29.5.6 ejusdem, a más de condenarlos al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

De la sentencia dictada por el tribunal a-quo interponen recurso de apelación los procesados, correspondiendo conocer a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi. La Sala observa que el Tribunal de Garantías Penales, impone la pena de dieciocho meses de privación de libertad, sin que se haya determinado el fundamento de la imposición de la pena, pudiendo apreciar, que el Tribunal dicta una pena que corresponde a otro tipo penal, sin que se justifique o razone el porqué de la

misma, cuando la pena que se establece para este tipo penal va de dos meses a dos años de privación de libertad. Bajo este orden de ideas, se puede concluir que la responsabilidad de los jueces es la determinación de la pena en base a los criterios tanto de proporcionalidad, circunstancias del hecho, la gravedad del delito y los antecedentes personales del infractor. Desde este punto de vista, es indudable que los Jueces deben aplicar las penas observando los lineamientos establecidos, considerando que esta primera apreciación de la pena corresponde a un análisis de la prueba presentada para determinar dentro del rango que establece la Ley la imposición de la pena. Tomando en cuenta que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, (Art. 1 C.R.E.), esto es, que ante todo se debe proteger y tutelar los derechos tanto de la parte ofendida como de los acusados, es obligación de los Jueces (Art. 11.3 C.R.E.), tomar en cuenta que frente a los derechos en juego por un lado se halla el derecho de las víctimas de que se haga justicia, en tanto que por el otro está la imposición de la pena que debe ser justa, proporcional, es aquí donde ingresa la racionalidad de la pena en base a una ponderación adecuada. La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, con fecha 02 de febrero de 2018, las 09h39, dicta sentencia señalando que con la prueba respectiva se ha establecido la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados, resolviendo aceptar parcialmente el recurso propuesto por los procesados, en cuanto a la pena, la misma que se determina en dos meses de privación de la libertad, en lo demás se estará a la sentencia venida en grado.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los procesados dentro del término de ley interponen recurso de casación de la sentencia dictada por el tribunal de apelación. El cual al no cumplir con los parámetros establecidos para la interposición de dicho recurso, da como resultado una falta de fundamentación que a su vez conduce a la improcedencia del recurso. En ejercicio de la casación oficiosa el Tribunal de Casación procede a revisar la sentencia dictada por el tribunal ad-quem, en todos sus considerandos, y en especial en la ratio decidendi en que se expresa el razonamiento del juzgador para su decisión, encontrando en la misma un error in iure, que se explica a continuación. En el caso que se analiza la defensa alegó que sus defendidos actuaron por desconocimiento que con su accionar estarían afectando derechos fundamentales, motivados por el deseo de hallar una mejoría de la salud mental de su madre. El delito de detención ilegal es doloso, y el dolo contiene dos elementos fundamentales que son el conocimiento, también denominado elemento intelectual o cognitivo, y la voluntad o elemento volitivo, debiendo centrarnos en el presente caso, en el primero, es decir en el cognitivo o intelectual. Este elemento comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir sujeto, conducta, resultado, relación causal, bien jurídico; es decir, es el saber y entender que se está atentando contra la libertad ambulatoria del sujeto pasivo; el sujeto activo sabe lo que está haciendo. Sin embargo, analizada la sentencia en su conjunto, se encuentra que los procesados, siempre actuaron convencidos de que la señora xxx se encontraba afectada en su salud, y que la trasladaban a un Centro Hospitalario legalmente autorizado y por los canales ordinarios para su atención correspondiente, pues la llevaron a que sea atendida de forma emergente, pero el médico que la auscultó requirió que se le realice el trámite normal, por lo que debieron empezar por el ingreso en consulta externa como cualquier paciente. Así también, los procesados realizaron el ingreso de la señora xxx al Centro Médico, con la conciencia de que ahí se daría la atención médica especializada que

mejor convenga a la paciente, resultando éste el punto final de su actuación, pues del proceso no aparece que los acusados pudieren haber ejercido alguna acción tendiente a que sin justa razón se mantenga a la paciente privada de su libertad en el Hospital Psiquiátrico, o que haya existido algún acuerdo con el personal de dicha institución médica con ese fin, tomando en consideración que, conforme lo manifiesta la Sala de Apelación, la privación de la libertad se habría producido en el Hospital, al mantenerla ahí en contra de su voluntad, pues expresa: "la deducción lógica es que nunca estuvo en el Hospital de manera voluntaria, estaba obligada,(...)"; en este caso, si la señora xxx permaneció en el hospital obligada, se hubiese enjuiciado al personal de dicha casa de salud, quienes, sin embargo, luego de la revisión de la paciente, concluyeron que no ameritaba efectuarle tratamiento alguno y procedieron a darle de alta. De lo manifestado se desprende, que no se cumple con el elemento intelectual o cognitivo para que se configure el dolo en el actuar de los procesados y consecuentemente no existe uno de los elementos del tipo, con lo cual no se puede concluir que se ha probado la existencia de la materialidad del delito, ni de la responsabilidad de los acusados, precisando que en este caso, el juzgador de instancia debió considerar lo manifestado en el artículo 32 del Código Penal que claramente establece: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, Si no lo hubiere cometido con voluntad y Conciencia". El Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados, por no haber fundamentado debidamente el referido recurso en la audiencia respectiva; y, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, casa de oficio la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, por el error in jure de indebida aplicación del artículo 183 del Código Penal, debiéndose aplicar el artículo 32 ibídem, en concordancia con el artículo 304 A del Código de Procedimiento Penal, y consecuentemente, se ratifica el estado de inocencia de los procesados.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 05241-2014-0084-SSI

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, viernes 31 de agosto del 2018, las 08h30.-

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 sentencia por escrito.

1. ANTECEDENTES

1.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS:

De la sentencia materia de impugnación vía casación, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, se desprende que los hechos propuestos por Fiscalía, son los siguientes:

"Por la denuncia presentada por la señora Lilia Margoth Vizuete Molina, que el día jueves 17 de mayo 2012, a eso de las 22H00 le ha llamado su hermana Janeth Eugenia Vizuete Molina a preguntarle que donde estaba para que salga y le dé viendo a su hijo, y ella le ha contestado que estaba cansada y que enviaba a sus hijos para que le den viendo; es así que el viernes 18 de mayo del 2012 le ha llamado nuevamente y no ha contestado, ha esperado que salga al desfile y tampoco ha estado ni tampoco ha contestado al teléfono, más resulta que el 19 de mayo 2012 ha llamado la referida hermana Janeth Eugenia Vizuete Molina a su papá el señor Enrique Gonzalo Vizuete para decirle que le tienen secuestrada su marido y sus dos hijos y que le han encerrado en un hospital psiquiátrico, habiendo sido llamados a juicio Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Manuel Eduardo Apolo Vizuete, por haber adecuado su conducta al delito

tipificado y sancionado en el artículo 183 del Código Penal" (sic).

1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.2.1 El Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, emite sentencia de martes 03 de enero de 2017, a las 16h27, en la que señala que ha llegado a la certeza de que se ha comprobado la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad y culpabilidad de los acusados, por lo que dicta sentencia condenatoria y declara a Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, autores del delito de detención ilegal, tipificado y sancionado en el artículo 183 de Código Penal, en relación con el artículo 42 ibídem, imponiéndoles a los procesados la pena atenuada de dieciocho meses de prisión y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, tomando en consideración las atenuantes previstas en el artículo 29.5.6 ejusdem, a más de condenarles al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción.

1.2.2 De la sentencia dictada por el tribunal a-quo, interponen recurso de apelación, los procesados, correspondiendo conocer a la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, la que con fecha 02 de febrero de 2018, a las 09h39, dicta sentencia señalando que se ha establecido con la prueba respectiva, la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados, y resolviendo aceptar parcialmente el recurso propuesto por Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, respecto de la pena, la misma que se determina en dos meses de privación de la libertad.

1.2.3 Los procesados Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, dentro del término de ley, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por el tribunal de apelación, recayendo el conocimiento del mismo en el presente Tribunal de Casación, habiéndose llevado a efecto la realización de la audiencia oral, pública y de contradictorio respectiva

1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1.3.1 HÉCTOR ANÍBAL PAREDES LÓPEZ, MANUEL EDUARDO APOLO VIZUETE y HÉCTOR WLADIMIR PAREDES VIZUETE.- El doctor Leonel Chasi, defensor técnico de los procesados impugnantes, fundamenta el recurso de casación planteado, en los siguientes términos:

- El yerro al que nos referimos en la presente sentencia, es porque se han violentado y considerando que el proceso se ventiló con el Código de Procedimiento Penal, lo dispuesto en sus artículos 85, 88, 95 y 115.
- Esto ha afectado a los procesados, al no haber sido tomados en cuenta dentro de la audiencia de apelación en la Sala de lo Penal de la provincia de Cotopaxi.
- Dentro de las pruebas aportadas en la investigación y en la audiencia de juicio en el tribunal penal, la defensa proporcionó como pruebas de su parte, documentos, prueba científica en donde se demostraba que la supuesta víctima de detención ilegal del supuesto delito tipificado en el artículo 183 del Código Penal, aducía en su denuncia presentada, que fue retenida de manera ilegal por parte de su ex conviviente y por parte de sus hijos, indicando que mediante la fuerza y mediante una inyección con una sustancia en su muslo izquierdo y al haberle dado de beber alguna sustancia, decía que ha sido retenida de manera ilegal.

- Estos artículos se violentaron porque la prueba no fue valorada en las audiencias correspondientes, al no haber tenido en cuenta y haber desechado la prueba en conjunto, porque se justificó de manera legal que en los exámenes de la señora nunca hubo ninguna sustancia, ni tampoco en el sistema de epicrisis tuvo una señal de violación; esos son los artículos violados al no haber estructurado la prueba en sí en favor de sus defendidos, para de esta manera violentar sus derechos.
- El artículo 183 del Código Penal que manifiesta detención ilegal, el verbo rector es la retención ilegal de una persona; se indica que la señora nunca fue retenida con algún miembro de la Fuerza Pública, más bien los procesados le ingresaron a un centro especializado como es el hospital psiquiátrico de Guayaquil Lorenzo Ponce.
- Al no haber sido tomados en cuenta estos artículos, 85, 88, 95 y 115 del Código de Procedimiento Penal, sin valorar estrictamente la prueba, se violentaron los derechos de sus defendidos.

1.3.2 FISCAL GENERAL DEL ESTADO.- La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada del señor Fiscal General del Estado, dando contestación a la fundamentación del recurso de casación y haciendo uso del derecho de contradicción, manifiesta:

- En atención a lo que se ha formulado, Fiscalía puntualiza: 1. La Sala en sus fallos ha sido clara en determinar que tres son los requisitos básicos para desarrollar en la audiencia; el primero que es la identificación propia de la sentencia sobre la cual recae el recurso casacional; aquí no ha existido ningún señalamiento de la misma, tanto así que el señor abogado ha dicho "que la prueba no fue valorada en las dos audiencias"; por lo tanto está refiriéndose a la sentencia de primer nivel y también a la de segundo nivel, cuando corresponde únicamente la alegación sobre la sentencia de segundo nivel, esto es la emitida por la Sala Penal del Cotopaxi. Segundo requisito, es establecer cuál es la causal por la cual se violenta la ley; de acuerdo al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se violenta la ley únicamente a través de tres circunstancias, la contravención expresa de la ley, la aplicación indebida y, la errónea interpretación; solamente en virtud de estas tres causales se puede fundamentar un recurso de casación. El tercer requisito, es el establecer y señalar en qué parte de la sentencia se produce el yerro de derecho, considerando lo que dice Rodríguez Chocontá, que el yerro de derecho existe cuando lo determinado en la sentencia difiere de lo establecido por la ley, es allí cuando hay yerro de derecho. Aquí se ha dicho que se violentan los artículos 85, 88, 95 y 115 del Código Procesal Penal; pero no se ha dicho cómo es que se violentan, a través de qué causal se violentan, y qué efecto ha tenido en la sentencia, esto no se ha escuchado; solamente se ha dicho que dentro de las pruebas no se demostró que la señora fuera retenida ilegalmente, que no participó un policía en la detención, lo cual ni siquiera en los elementos objetivos del tipo penal se requiere, que la prueba no fue valorada en las dos audiencias y, finaliza señalando que el artículo 183 del Código Penal, determina que el tipo penal o el verbo rector es la retención ilegal de una persona y que no hubo una valoración probatoria; es decir, lo que se está pidiendo directamente es que se realice una nueva valoración de la prueba, con el fin de modificar los hechos y más aun la prueba que ha sido analizada en forma oportuna y práctica.
- La sentencia emitida por la Corte de lo Penal del Cotopaxi el viernes 2 de febrero del 2018, las 09h39, guarda sindéresis entre los hechos, la prueba y el derecho; hay que considerar que los participantes de este hecho son el ex cónyuge o ex conviviente y los dos hijos de la víctima, y existe un error de derecho en cuanto a que no se ha tomado en cuenta que este parentesco generaba una causal de agravación de la conducta.
- Por esta razón, Fiscalía considera que no ha habido fundamentación alguna, no se cumple lo estipulado en el artículo 82 de la norma constitucional, que habla del principio de seguridad jurídica, es decir no hay fundamentación, no se ha explicado cuál es el yerro, no se dice cómo se formula, y solo se pretende hacer revisión probatoria que no puede hacerse a este nivel, pues no es una tercera instancia, ni es una prosecución del juicio; éste ha concluido con una sentencia donde se condena a estas tres personas, se les ha impuesto una pena de dos meses de prisión, sin tomar en cuenta que existía una circunstancia agravante que sí mereció haber sido aplicada y merecía que se les imponga una pena acorde al hecho cometido y a la peligrosidad de los sujetos que en el delito intervinieron.
- El Tribunal de la Corte no ha determinado el derecho que tiene la víctima a una reparación integral, por lo que el mismo es un derecho constitucionalmente obligatorio para las víctimas de los delitos penales que debe ser reparada conforme lo establece la norma constitucional.
- Por falta de fundamentación, pide se deseche ese recurso y se case de oficio en cuanto tiene que ver con la agravación de la conducta y de la pena, aunque sea declarativa, reconociendo a favor de los recurrentes el non reformation in pejus, pero se establezca la reparación integral a favor de la víctima.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 26 de enero de 2018, 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, en virtud del sorteo realizado el día jueves 29 de marzo de 2018 a las 12h34, 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; y, los doctores Marco Rodríguez Ruiz y Edgar Flores Mier, Jueces Nacionales.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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 Penal[1]; y, en la parte sustantiva, el Código Penal.

2.3. VALIDEZ PROCESAL:

El presente recurso se ha tramitado conforme a lo establecido en el artículo 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. DEL DERECHO A RECURRIR Y EL 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".*

2.4.2 De la naturaleza jurídica del Recurso de Casación.- La casación es una institución procesal, un recurso extraordinario y técnico, 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 en la misma, ya por haber contravenido expresamente a su texto, o por existir una indebida aplicación de la ley, o por haberla interpretado erróneamente, conforme dispone el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal[2], aplicable al presente caso por así preverlo el Código Orgánico Integral Penal, en su Primera Disposición Transitoria referida ut supra.

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, los tratados internacionales de derechos humanos y 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

---

[1] *"Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia ente 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".*

[2] "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 (…)".

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 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 determinado que obligatoriamente se debe precisar la sentencia de la cual se recurre; igualmente, establecer una norma jurídica puntual que los casacionistas crean que ha sido vulnerada en la sentencia impugnada; así también, en atención al principio de taxatividad, los recurrentes están en la obligación de señalar una causal específica de las previstas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sobre la 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 que se estima vulnerada.

Finalmente, se requiere de los recurrentes, que en la fundamentación de su recurso, realicen 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"*[3].

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 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 impugnantes al momento de fundamentar sus recursos, da como resultado que exista falta de fundamentación de los mismos y produzcan su improcedencia, teniendo en consideración el tecnicismo y excepcionalidad que caracteriza al recurso de casación.

2.5.2 Por prohibición expresa, el Tribunal de Casación no puede volver a valorar la prueba constante en el proceso, actividad exclusiva de los jueces de instancia, por lo que cualquier pedido tendiente a que se vuelva a analizar la prueba es improcedente.

2.5.3 El Tribunal de Casación goza de la facultad oficiosa, por medio de la cual, si observare que existe una violación a la ley en la sentencia, aunque el recurrente realice una fundamentación equivocada, puede admitir la casación, dictando la sentencia que corresponda.

2.5.4 Cuando el tribunal ad-quem utiliza para resolver, una norma que no se identifica con los hechos juzgados y probados, se produce el error in iudicando de indebida aplicación de la ley, siendo necesario, en este caso, contar en forma complementaria, con la norma que legalmente corresponde.

2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:

[3] Ecuador. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del caso No. 001-2016.

2.6.1 Conforme quedó explicado claramente en el considerando 2.4.2 de la presente sentencia, la Sala a través de sus innumerables fallos, ha inteligenciado a la comunidad jurídica y al público en general, respecto a los parámetros a los que, quienes recurren deben referirse al momento de fundamentar su impugnación, en la audiencia respectiva, siendo básicamente los siguientes:

i) Los casacionistas deben realizar la designación e identificación precisa de la sentencia de la cual se ha recurrido, la que en casación no puede ser otra que la dictada por la Corte Provincial de Justicia, en el caso, de Cotopaxi, de viernes 02 de febrero de 2018, a las 09h39, en virtud del recurso de apelación, con la cual se cumple el principio de la doble instancia; al respecto, la defensa técnica de los impugnantes, en su exposición ha omitido efectuar esta precisión, pues ha hecho referencia indistintamente, a las audiencias efectuadas, tanto de juicio, cuanto de apelación, incumpliendo de esta manera con el parámetro referido.

ii) Como segundo requerimiento tenemos que, al fundamentar el recurso de casación es preciso que los impugnantes determinen en forma puntual la modalidad de casación que consideran se ha producido en la sentencia recurrida, de las referidas por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; al respecto, debe señalar cuál es el error in iure específico, en atención al principio de taxatividad, de los previstos en la norma mencionada, es decir si hubo contravención expresa de la ley, indebida aplicación de la misma, o errónea interpretación de su texto, lo cual constituye un ejercicio analítico de obligatorio cumplimiento para el casacionista.

Contrario a lo que esperaba el Tribunal, en el análisis y argumentación efectuada por la defensa técnica de los procesados Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, no se cumplió con este requisito, siendo necesario conforme lo ha señalado la Sala en sus múltiples sentencias, pues de esta fundamentación, el Tribunal sabe, entiende y analiza la modalidad del yerro de derecho que se le propone, a fin de determinar si los impugnantes están o no acertados en su apreciación; al no cumplir con este parámetro, el resultado es una falta de fundamentación que a su vez nos conduce a la improcedencia del recurso.

Además, la designación del error de derecho, va enlazada con la de la norma que se estima vulnerada, a fin de que el Tribunal de Casación establezca si respecto a dicha norma existe o no el error in iure en la resolución del tribunal adquem, operación de raciocinio que este Órgano Juzgador no puede efectuar en el presente caso, al no haberse alegado respecto a un cargo casacional específico.

iii) Como tercer requisito de la debida fundamentación del recurso de casación, tenemos que los impugnantes tienen la obligación de efectuar una correcta argumentación jurídica que sirva de sustento a su pretensión, explicando al Tribunal de Casación, cuál es la parte de la sentencia en la que se encuentra el yerro de derecho, de qué forma se debía haber resuelto el caso sin la presencia del error in iure que estiman se ha producido en la sentencia, así como la influencia del error en la parte resolutiva del fallo, situación que no ha sido expuesta en la alegación de la defensa técnica de los procesados.

En contra de lo requerido, y en especial contrariando la prohibición constante en la parte final del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, lo que se ha expuesto ante este Órgano Juzgador de cierre, por parte de los recurrentes Héctor Paredes López, Héctor Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, son cuestionamientos atinentes a los artículos 85, 88, 95 y 115 del Código de Procedimiento Penal, que regulan exclusivamente temas de valoración del aporte probatorio, de donde se desprende que la pretensión es exclusivamente para que el Tribunal de Casación vuelva a valorar la prueba, situación proscrita conforme la norma indicada inicialmente; alegación que en definitiva, no ayuda a inteligenciar a este juzgador, sobre cuál es el yerro de derecho que se debe analizar; consecuentemente, el recurso propuesto por los señores Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, es improcedente al no haberlo fundamentado en legal y debida forma y, no haber justificado error de derecho alguno que deba ser estudiado.

2.6.2 El Tribunal de Casación tiene dentro de sus facultades, la de resolver oficiosamente cuando al analizar la sentencia impugnada advierte la presencia de errores de derecho en la misma, conforme lo señala el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 358, que reza: *"(…) Si la sala observare que*

la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada".

En ejercicio de la casación oficiosa antes referida, este Tribunal de Casación ha procedido a revisar la sentencia dictada por el tribunal ad-quem, en todos sus considerandos, y en especial en la ratio decidendi en que se expresa el razonamiento del juzgador para su decisión, encontrando en la misma un error in iure, que se explica a continuación.

La Sala de Apelación, manifiesta en su sentencia, considerando 7.1., que *"se ha obtenido la certeza para llegar a la sanción"*, de los testimonios de la víctima Janeth Eugenia Vizuete Molina, de Denisse Gabriela Calvo Macías, de la psicóloga Mirley de Lourdes Gualpa Santana, de Dimas Lautaro Paula Caicedo, de la psiquiatra Elena Beatriz Rodríguez Velásquez, y del psiquiatra Juan Francisco Varas Ampuero.

Consta en el considerando 7.2. de la sentencia impugnada, que de la prueba actuada y analizada por el tribunal provincial, se ha determinado que:

> *"(…) no existe la voluntad de la víctima para trasladarse hasta (…) [el Hospital Lorenzo Ponce], 'ha sido llevada en contra de su voluntad', 'la deducción lógica es que nunca estuvo en el Hospital de manera voluntaria, estaba obligada, ello se desprende de los testimonios de Elena Beatriz Rodríguez Velásquez y Juan Francisco Varas Ampuero, y la copia certificada agregada como prueba documental en la audiencia de juicio que en forma clara determina que está en contra de su voluntad, han dicho que todos los síntomas para su ingreso eran referidos por sus hijos, se determina desde un principio que no existía necesidad de retenerla en dicho Hospital, según Varas al revisarla no encontró causa para internarla por ello se dio de alta, este aspecto de que se hallaba en sus cabales la víctima se desprende también de la declaración de la psicóloga Cl. Mirley Gualpa Santana, refiere haberle realizado un examen y concluye que el examen cognitivo a la mencionada señora, su estado mental está dentro de los parámetros de la normalidad; (…). Considerando que los testimonios antes referidos han sido anunciados, que han tenido la oportunidad de cumplir con los principios de inmediación y contradicción conforme los Arts. 168, 169 de la Constitución, sin que hayan sido desvanecidos de ninguna manera, considerando que es verídico los hechos, por ello se considera que se ha demostrado la existencia de la materialidad en los términos que refiere el Art. 183 del Código Penal (…). En el presente caso no se ha presentado orden de autoridad competente, peor aún se ha presentado un criterio médico que indique que Jeneth Vizuete debía ser ingresada a un Hospital, considerando que la falta de estos presupuestos hacen que los hechos encajen en la descripción típica de la detención ilegal, habiendo llevado en los términos y forma antes descritas e ingresada a un Hospital Psiquiátrico sin que exista una evaluación previa, u orden de un médico, peor aún de autoridad competente para restringir la libertad de la víctima como en efecto ha sucedido, pues se halló privada de su movilidad desde su domicilio en la ciudad de La Maná y en el Hospital Lorenzo Ponce por varios días y por actuación de la familia de Janeth Vizuete que se ha contactado con el programa del 'Cholito' y que fuera hacer un reportaje, desafortunadamente el perito designado para realizar la experticia de este video y reportaje no ha podido cumplir con la diligencia dispuesta, para verificar y ratificar aún más los hechos que son materia de este proceso, y sólo ahí se dice que los médicos han actuado le han realizado las valoraciones para darle de alta, lo cierto es que por estas intervenciones de la familia de la víctima se logra salir del Hospital Lorenzo Ponce donde la habían recluido en contra de su voluntad, demostrando la existencia de la materialidad'"* (sic).

En este punto, es necesario determinar si en efecto, de lo que ha analizado el tribunal ad-quem se desprende la existencia de la materialidad de la infracción; para ello es necesario recordar que la tipicidad, conforme la estudia la doctrina así como la aplica la jurisprudencia por parte de los tribunales de instancia, contiene básicamente dos elementos principales que son el tipo objetivo y el tipo subjetivo, que a su vez se encuentra compuestos de otros elementos, como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto del tipo, la conducta, como elementos del tipo objetivo y que podríamos decir, han sido expuesto por el juzgador de instancia en el texto transcrito; pero principalmente, para el caso resulta fundamental referirnos a los elementos del tipo subjetivo; al respecto, se señala que:

> *"El tipo de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La gran aportación de la teoría final de la acción (…) consistió en demostrar que la acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, deba tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (determinación del fin, selección de medios, previsión de los efectos concomitantes, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como una subjetiva (el llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.). En la segunda, el contenido de la*

voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes).

Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. Admite, además, gradaciones. Y es que entre los supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin o la imprevisión de los efectos concomitantes, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente. Esta distinción tiene gran importancia porque cada uno de ellos ofrece particularidades dogmáticas propias y tiene distinta trascendencia social y jurídica. (…)

El delito doloso supone, pues, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es sólo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito"[4].

En este orden de ideas, señala Zaffaroni que *"Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de este en el caso concreto", este autor a su vez, en su obra hace referencia a otros conceptos, así "Para Welzel es el 'saber y querer la realización del tipo; para, Schönke-Schröder 'do1o es saber y querer los elementos pertenecientes al tipo legal (objetivo)', al igual que para Jescheck, Stratenwerth, Blei y Otto, aunque este último aclara que el concepto requiere precisión; para Maurach es 'el querer la realización del tipo objetivo, regido por el conocimiento'; para Niese era 'finalidad penalmente relevante'; para Rudolphi es la 'decisión del autor a una acción realizadora del injusto típico de un delito determinado"*[5].

En lo que respecta a los elementos del tipo en el delito que se juzga, detención ilegal, señala Francisco Muñoz Conde:

"Tipo objetivo

Con respecto a los sujetos es aplicable lo dicho anteriormente. Sujeto pasivo será, pues, todo el que tenga la voluntad abstracta o potencial de movimiento.

La acción consiste en la privación al sujeto pasivo de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico, con indiferencia de las proporciones de este último. Las dos únicas modalidades típicas de la acción recogidas en el art. 163,1 son el encierro y la detención. Es indiferente el tipo de medios utilizados para ello o si se realizó por acción u omisión.

a) << Encerrar>> equivale a situar a una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble (automóvil, habitación, roulote, etc.).

b) <<Detener>> equivale a la aprehensión de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse en un espacio abierto (atándola, golpeándola, etc.).

En ambos casos el resultado es el mismo: privación de libertad ambulatoria, con cuya realización se consuma el delito, aunque esta consumación pueda prolongarse luego indefinidamente.

Tipo subjetivo

El dolo requiere la voluntad de impedir a alguien el empleo de su libertad ambulatoria. Las detenciones ilegales no requieren ningún elemento subjetivo específico además del dolo (…)"[6].

En definitiva, el delito de detención ilegal es doloso, y el dolo contiene dos elementos fundamentales que son el conocimiento, también denominado elemento intelectual o cognitivo, y la voluntad o elemento volitivo, debiendo centrarnos en el presente caso, en el primero, es decir en el cognitivo o intelectual. Este elemento comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir sujeto, conducta, resultado, relación causal, bien jurídico; es decir, es el saber y entender que se está atentando contra la libertad ambulatoria del sujeto pasivo; el sujeto activo sabe lo que está haciendo.

Sin embargo, analizada la sentencia en su conjunto, se encuentra que los procesados, siempre actuaron convencidos de que la señora Janeth Eugenia Vizuete Molina, se encontraba afectada en su salud, y que la trasladaban a un Centro Hospitalario

[4] Francisco Muñoz y Mercedes García, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, pp. 265 a 266.
[5] Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal Parte General, Editar, 1981, Tomo III, Buenos Aires, 297 a 298.
[6] Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, pp. 168 a 169.

legalmente autorizado y por los canales ordinarios para su atención correspondiente, pues la llevaron a que sea atendida de forma emergente, pero el médico que la auscultó requirió que se le realice el trámite normal, por lo que debieron empezar por el ingreso en consulta externa como cualquier paciente.

Así también, los procesados realizaron el ingreso de la señora Vizuete Molina, al Centro Médico, con la conciencia de que ahí se daría la atención médica especializada que mejor convenga a la paciente, resultando éste el punto final de su actuación, pues del proceso no aparece que los acusados pudieren haber ejercido alguna acción tendiente a que sin justa razón se mantenga a la paciente privada de su libertad en el Hospital Psiquiátrico, o que haya existido algún acuerdo con el personal de dicha institución médica con ese fin, tomando en consideración que, conforme lo manifiesta la Sala de Apelación, la privación de la libertad se habría producido en el Hospital, al mantenerla ahí en contra de su voluntad, pues expresa: *"la deducción lógica es que nunca estuvo en el Hospital de manera voluntaria, estaba obligada, (…)"*; en este caso, si la señora Vizuete permaneció en el hospital obligada, se hubiese enjuiciado al personal de dicha casa de salud, quienes, sin embargo, luego de la revisión de la paciente, concluyeron que no ameritaba efectuarle tratamiento alguno y procedieron a darle de alta.

De lo manifestado se desprende, que no se cumple con el elemento intelectual o cognitivo para que se configure el dolo en el actuar de los procesados Héctor Aníbal Paredes López, Héctor Wladimir Paredes Vizuete y Miguel Eduardo Apolo Vizuete, y consecuentemente no existe uno de los elementos del tipo, con lo cual no se puede concluir que se ha probado la existencia de la materialidad del delito, ni de la responsabilidad de los acusados, precisando que en este caso, el juzgador de instancia debió considerar lo manifestado en el artículo 32 del Código Penal que claramente establece: *"Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"*.

En consecuencia de lo manifestado, este Tribunal de Casación establece que el tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, en su sentencia ha incurrido en un yerro de derecho que consiste en la indebida aplicación del artículo 183 del Código Penal que tipifica la detención ilegal, siendo lo correcto, en complemento de la proposición jurídica de este error de derecho conforme la Sala lo ha precisado en su fallos, la aplicación del artículo 32 ibídem antes transcrito, así como la parte correspondiente del artículo 304 A del Código de Procedimiento Penal.

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**, 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, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por los procesados HÉCTOR ANÍBAL PAREDES LÓPEZ, HÉCTOR WLADIMIR PAREDES VIZUETE y MIGUEL EDUARDO APOLO VIZUETE, por no haber fundamentado debidamente el referido recurso, en la audiencia respectiva; y, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, casar de oficio la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, de viernes 02 de febrero de 2018, a las 09h39, por el error in iure de indebida aplicación del artículo 183 del Código Penal, en los términos analizados ut supra, debiéndose aplicar el artículo 32 ibídem, en concordancia con el artículo 304 A del Código de Procedimiento Penal, y consecuentemente, se ratifica el estado de inocencia de los ciudadanos HÉCTOR ANÍBAL PAREDES LÓPEZ, HÉCTOR WLADIMIR PAREDES VIZUETE y MIGUEL EDUARDO APOLO VIZUETE. Se dispone el cese de las medidas cautelares personales y reales que pesan sobre los procesados. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal que lo remitió a esta Corte, para los fines legales pertinentes.-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

f) Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZA NACIONAL; Dr. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL.

XV

Juicio Nro. *11282-2016-00674*
Resolución Nro. *785-2018*
Fecha: *8 de junio del 2018*

TEMA*:* Delito: Femicidio. Cuando el cargo casacional se concentra en violación del artículo 457 del COIP, que contiene los preceptos para la valoración de la prueba, el recurrente está en la obligación de determinar en primer lugar el medio de prueba que está siendo violentado, y a continuación debe correlacionarlo con alguno de los criterios de valoración probatoria determinados en la mentada disposición, para que así el Tribunal de Casación pueda colegir el vicio en derecho contenido en la sentencia recurrida.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos son los siguientes: El 11 de enero del 2016 a las 15h00, aproximadamente, la víctima C.L.S. sale de la consulta médica del Sub Centro de Salud Nro. 2 de Loja y se encuentra con su primo y padre del bebé que esperaba, el señor xxx, con quien se transporta dentro de un taxi, al que luego de una discusión con su pareja, le pide dirigirse hacia el barrio Pucará, sector donde se bajan y luego la mata por estrangulación, botándola en el Km 5 sector de Jimbilla, vía antigua a Cuenca; ante la desaparición de la víctima, su madre la señora Elvia Samaniego, el 13 de enero del 2016 pone la denuncia por desaparición y el 21 de enero de 2016 encuentran su cadáver. El Tribunal de Garantías Penales de Loja, argumenta en su sentencia que según lo estipulado en el Art. 141 del COIP sobre el Femicidio, los elementos del tipo penal objetivo son: El sujeto activo o autor del hecho constitutivo de la infracción, que en caso de delito de femicidio, solo puede ser un hombre. El sujeto pasivo, o titular del bien jurídico lesionado, al tratarse de un" delito de resultado", por ser una infracción comprendida dentro de los delitos contra la" inviolabilidad de la vida", como lo es el femicidio, necesariamente es una mujer. El objeto de la acción, persona u objeto sobre la que recayó el resultado de daño o los efectos del acto, que evidencia el riesgo o daño para el bien jurídico protegido, persona u objeto sobre la que recayó el resultado de daño o los efectos del acto, que evidencia el riesgo o daño para el bien jurídico protegido que es la occisa C.L.S; en el presente caso, la presunción de inocencia del imputado ha quedado enervada, con la prueba aportada por la Fiscalía General del Estado. Así mismo, en relación a los elementos objetivos del delito de femicidio, para el Tribunal no existe duda de que la conducta del procesado se adecua al mencionado tipo penal, quien con su accionar ejerció relaciones de poder y violencia de tipo psicológica hacia la víctima C.L.S. De toda la prueba analizada en conjunto, el Tribunal tiene el convencimiento de que el procesado, a más de ejercitar poder sobre la víctima, le dio muerte a la misma para posteriormente dejar abandonado su cuerpo en la vía antigua a Cuenca. Establecidas las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se llega al convencimiento de los hechos y las circunstancias materia de la infracción, concluyendo el Tribunal que el procesado al realizar actos voluntarios y conscientes y atentatorios a un derecho constitucional y una norma penal, ha quedado demostrada su responsabilidad penal en el delito de femicidio. El Tribunal de Garantías Penales de Loja, mediante sentencia dictada el 10 de octubre del 2016, las 09h44, dictó condena en contra del ciudadano xxx, en calidad de autor y culpable del delito de femicidio, tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con las agravantes previstas en el numeral 4 del artículo 142 ibídem, imponiéndole la pena

privativa de libertad de veintiséis años, la multa de mil salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo establece el artículo 70.14 del COIP. En relación al derecho de la víctima en cuanto se refiere a la reparación integral establecido en los artículos 78 de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 77 y 78 del COIP se le condenó al pago de $241.560 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Al no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal a-quo, el procesado solicita la nulidad procesal e interpone recurso de apelación. Sobre la nulidad, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Loja, considera que no existe error de juzgamiento ni de procedimiento, por lo que ratifica la sentencia del inferior al estar debidamente motivada. Por otro lado, el Tribunal argumenta que se encuentra, en forma clara y evidente, demostrados los elementos objetivos y subjetivos del delito de femicidio, señalando manifiestamente qué hechos y circunstancias son los que demuestran que la muerte de C.L.S fue el resultado de una relación desigual de poder, de abuso de poder, quedando descartado que la muerte se haya producido por una causa aislada. Mediante sentencia dictada el 03 de mayo del 2017, las 16h22, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Loja, desecha el recurso interpuesto confirmando en su totalidad la sentencia subida en grado.

SÍNTESIS CASACIÓN

El sentenciado, conforme a las reglas del COIP, interpone recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia; el cual fue admitido por los cargos de: 1. indebida aplicación de los preceptos de valoración de la prueba previstos en el artículo 457 del COIP; y, 2. contravención expresa del artículo 141 del COIP. En lo que respecta al primer yerro formulado por el casacionista, en su fundamentación señala que lo hace concretamente en virtud de que en la consideración décimo tercera del fallo recurrido se habla de una relación de poder, reiterando que no se ha llegado a valorar de forma adecuada este aspecto, y refiere que en esa virtud no se llegaría a la conclusión de que se cometió un femicidio, sino un homicidio, porque no se ha probado ese elemento objetivo. Con relación a la segunda causal, el recurrente refirió que el tipo penal no se adecúa al acto penal cometido con base a los hechos, porque no existió el elemento objetivo de relación de poder, por lo que se le está afectando al imponérsele una pena mayor a la que debería tener en relación al delito de homicidio simple. El Tribunal señala que, se ha presentado la misma argumentación reiterativa tanto para la causal de aplicación indebida, como para la de contravención expresa, no obstante, estas alegaciones relacionadas con que no se ha probado la relación de poder, devienen en meras enunciaciones, que nada tienen. que ver con la naturaleza del vicio aducido, reiterando que al exponer una única fundamentación para todos los cargos, el recurrente rompe con el principio de autonomía e individualidad de las causales, pues no es de olvidar que cuando son invocados dos o más yerros, cada uno debe ser desarrollado de manera separada, y en el caso de que se encuentren vinculados, se debe explicar su pertinencia en la relación sin descuidar los demás aspectos de la técnica, ejercicio que no se ha llevado en el presente recurso, por lo que resulta improcedente la segunda causal aducida. En virtud de lo expuesto, y conforme con lo establecido en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia,, declara improcedente el recurso de casación formulado por la defensa técnica del procesado por no encontrarse debidamente fundamentado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11282-2016-00674G

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICÍA Y TRÁNSITO.-
Quito, viernes 8 de junio del 2018, las 10h11.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

- El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón de Loja, mediante sentencia dictada el 08 de diciembre del 2016, las 09h44, dictó condena en contra del ciudadano Jonathan Alcívar León León, en calidad de autor y culpable del delito de femicidio, tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con las agravantes previstas en el numeral 4 del artículo 142 ibídem, imponiéndole la pena privativa de libertad de veintiséis años, la multa de mil salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo establece el artículo 70.14 del COIP. En relación al derecho de la víctima en cuanto se refiere a la reparación integral establecido en los artículos 78 de la Constitución de la República en concordancia con los artículos 77 y 78 del COIP se le condenó al pago de $241.560 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
- El ciudadano Jonathan Alcívar León León solicitó la nulidad procesal e interpuso recurso de apelación de la sentencia dictada por el A quo.
- Mediante sentencia dictada el 03 de mayo del 2017, las 16h22, la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Loja, desechó el recurso interpuesto confirmando en su totalidad la sentencia subida en grado.
- El ciudadano Jonathan Alcívar León León interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido a trámite por este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia mediante auto de fecha 03 de mayo del 2018 para ser resuelto el fondo del asunto en audiencia.

PRIMERO

COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional. Respecto de la competencia, el artículo 184 ibídem determina que las mencionadas salas conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

La Sala Especializada de lo Penal, conforme con el artículo 186.1 de la norma precitada, es competente para conocer:

> *"[…] 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera […]"*

Mediante las resoluciones: No. 341 2014, de 17 de diciembre de 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 441 de 08 de enero de 2015; y, No. 209-2017, de 20 de noviembre de 2017, publicada en el Registro Oficial No. 149 de 28 de diciembre de 2017, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a siete jueces para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante las resoluciones: No. 01-2015 publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero de 2015; y, No. 01-2018 del 26 de enero de 2018, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, por las juezas y jueces: Dr. Luis Enríquez Villacrés Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, y Dr. Edgar Flores Mier.

El presente tribunal de casación se encuentra integrado por los señores Jueces Nacionales: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente, en virtud de lo señalado en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Dra. Daniella Camacho Herold, y Dr. Miguel Jurado Fabara.

SEGUNDO
TRAMITE

De conformidad con lo preceptuado en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde sustanciar el presente recurso de casación aplicando las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso in examine son las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

TERCERO
VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 84 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al no haberse advertido causa de nulidad que pueda afectar al mismo; en consecuencia se declara su validez.

CUARTO
FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo establecido en el artículo 657 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, con fecha 07 de mayo del 2018, a las 16h00, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales de la presente causa intervinieron realizando en lo principal las siguientes alegaciones:

4.1. Fundamentación del recurso de casación por parte del defensor público, doctor Wilson Camino, defensa técnica del recurrente Jonathan Alcívar León León.-

La defensa técnica del recurrente en lo atinente a la fundamentación de su recurso, lo hizo bajo estas consideraciones: **(i)** Que la sentencia impugnada es la emitida por los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia, de fecha 03 de mayo del 2017, las 16h22, que confirma la sentencia que le condena al ciudadano Jonathan Alcívar León León y la pena de veintiséis años de reclusión por el delito de femicidio; **(ii)** Dice el recurrente que ha planteado el recurso de casación por considerar que: "[…] existe indebida aplicación del artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, el cual habla sobre los criterios de valoración de la prueba del juzgador en relación al hecho concreto, y aquí es donde existe un error donde el juzgador hace un análisis diferente de los hecho sucedidos, en relación a como se debe valorar la prueba, porque de conformidad con el considerando décimo tercero de la sentencia, se da por hecho que ha habido un femicidio por una relación de poder existente y la defensa considera que ha habido una indebida aplicación de artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, el juez hace su análisis y considera que si existe una relación de poder y la defensa insiste en que durante el proceso esa relación de poder no pudo ser demostrada; de manera que no pudo ser sancionada bajo el tipo penal de femicidio, ya que no existe ese elemento objetivo del tipo penal, que es encontrarse bajo una relación de poder y por lo tanto si no hubiera interpretado de manera equivocada este criterio de valoración, no se estaría hablando de un delito de femicidio sino de un delito de homicidio […]" (sic). **(iii)** En relación a la segunda causal admitida, contravención expresa del artículo 141 del COIP, que refiere al tipo penal de femicidio, el recurrente considera que el tipo penal no se adecua al acto penal cometido, pues uno de los elementos objetivos del tipo penal, es el hecho de dar muerte como resultado de poder hacia una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, por lo que el recurrente reitera que no existió el elemento objetivo de relación de poder, lo que le afecta por cuanto se le da una pena mayor a la que debería tener, encontrándose bajo el delito de homicidio simple.

4.2. Contradicción por parte del delegado del señor Fiscal General del Estado a la fundamentación del recurso interpuesto.-

Fiscalía General del Estado respondió a lo expresado por la defensa técnica bajo los términos siguientes: **(i)** Cuando se manifestó por parte del abogado defensor del procesado recurrente que hay una indebida aplicación del artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, se ha pretendido valorar prueba dentro de este recurso de casación, lo cual está prohibido conforme lo expresa el inciso segundo del artículo 456 del COIP. **(ii)** Refiere que el recurrente ha indicado que existe vulneración de dos normas, esto es, aplicación indebida del artículo 457 del COIP y contravención expresa del artículo 141 del COIP, lo cual conllevaría que se declare la fundamentación como un recurso de casación promiscuo, toda vez que ha empleado dos normas, que no debía hacerlo, sino mediante una sola disposición. **(iii)** Fiscalía indica que no se ha fundamentado en debida forma el recurso de casación por parte del abogado del recurrente y en relación a las normas empleadas para la sentencia; no cabe duda que el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, es el que debe aplicarse, porque el señor procesado sí tenía poder sobre la víctima

debido a que eran primos hermanos y sabía que estaba en estado de gestación de dieciocho semanas y por ese motivo le lleva en un camino desolado de Loja, donde la estrangula y abandona el cadáver en unos matorrales, el mismo que es encontrado después de diez días en estado de putrefacción, en tal virtud hay las agravantes correspondientes y lo que hizo el tribunal a-quo es sentenciarlo con el máximo de la pena porque este femicidio causó conmoción social en la ciudad de Loja a cuenta de que la víctima tenía apenas veinte años de edad y reiterando con dieciocho semanas de gestación. Fiscalía solicita que se confirme la sentencia venida en grado y que se declare improcedente el recurso de casación debido a que no ha sido fundamentado en debida forma.

QUINTO

IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN.-

En cuanto a la fundamentación del recurso, espacio jurídico en el cual se debe demostrar la hipótesis de los yerros alegados, el casacionista expresa que existe indebida aplicación del artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal que tiene que ver con los preceptos de valoración de la prueba. Igualmente lo referente a la contravención expresa del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, que es la norma que tipifica el delito de femicidio. En estos términos se ha fijado el objeto del recurso, y en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de este Tribunal de Casación en virtud del principio consagrado en el artículo 186.6 de la Constitución de la República del Ecuador y regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEXTO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR, Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.-

6.1. La impugnación y el derecho a recurrir.-

La impugnación puede ser definida, como aquel derecho abstracto con el que cuentan las partes procesales para impugnar (contradecir o refutar) una decisión judicial, con la cual no se encuentra de acuerdo, debido a que la misma le causaría un agravio al encontrarse afectada de error o vicio, y que tendrá por objeto revocar o anular la decisión jurisdiccional. *(JORDÁN, Hernán, Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional, Lima, 2014, p. 15).*

Alberto Hinostroza Minguez, al respecto señala: «La impugnación tiene por finalidad la revisión del acto procesal impugnado, ya sea por el órgano jurisdiccional superior o por el magistrado que conoce en primera instancia del proceso, a fin de que sea corregida la irregular situación producida por el vicio o error denunciados, […]» (HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Medios *lmpugnatorios en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia. Segunda edición. Urna: Gaceta Jurídica, 2002, p. 83).* En este contexto, la finalidad de la impugnación está enfocada hacia la posibilidad de corregir el error de un juez en su decisión; yerro que puede llevar a un estado de indefensión a la parte procesal afectada, si no tuviera posibilidad de recurrir.

Empero, la impugnación no puede ser concebida como una prerrogativa absoluta; y, en este sentido, adquiere relevancia comprender la finalidad de este derecho, a fin de no tornarla en una institución ilimitada y muchas veces abusada, situación que puede presentarse, si se permite a las partes procesales impugnar toda decisión judicial. Un correcto ejercicio de los medios impugnatorios tiene un límite cierto y relevante, no prolongar la pendencia del litigio hasta el punto que las expectativas de finalización de la parte que resulte vencedora sean inejecutables o líricas; equivale decir que el sistema jurídico debe mantener un equilibrio entre el derecho de impugnar, la búsqueda de la verdad procesal, la respuesta judicial oportuna, y, la certeza jurídica.

6.1.2. Fundamentos del derecho de impugnación

El fundamento del derecho de impugnación se encuentra regido por las siguientes consideraciones: a) se concibe a la impugnación como un derecho de las partes a objetar una resolución objetivamente errónea, es decir, el derecho a cuestionar la posible falibilidad del juez; b) así mismo constituye una garantía de orden público para afianzar el cumplimiento y aplicación correcta de las leyes en las resoluciones judiciales, reduciendo al mínimo la posibilidad de error, a través de un nuevo examen de aquellas por un tribunal distinto del que las ha emitido.

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10 determina lo siguiente:

> *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial,*

para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 establece el derecho a impugnar a los condenados en materia penal:

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

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sigue el mismo criterio:

"Art. 8°.- Garantías Judiciales […] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior […]"

En congruencia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 7 literal m), consagra como una garantía básica del debido proceso, el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Adicionalmente, sobre este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha pronunciado en reiterada jurisprudencia estableciendo que:

"[…] La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. […] La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo […] no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso […] Es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia […]. (Caso: Carlos Ayala Corao, Pedro Nikken y Fernando Guier vs. República de Costa Rica, página 182).

6.2. El recurso extraordinario de casación

La doctrina es generalmente coincidente en concebir a la casación como un medio de impugnación extraordinario, que tiene por fin, revisar exclusivamente los yerros de derecho en que pueda incurrirse en una sentencia, esto es; los errores *in iudicando*, partiendo de que los elementos fácticos que constituyen el objeto del proceso han sido dados por ciertos, mediante la valoración probatoria realizada por los jueces de instancia. Por lo tanto se debe tener claridad del objeto limitado que tiene el recurso de casación y sus finalidades referidas al imperio del derecho y a la uniformidad de la jurisprudencia.

Para el maestro Roxin: *"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 sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal." (ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editora del Puerto. Buenos Aires: 2000, p. 466.)*

Respecto de la función uniformizadora de la jurisprudencia que cumple el recurso de casación, el jurista Nieva Fenoll manifiesta que debe señalarse que el fin-consecuencia o fin mediato de la casación penal, es la preservación del principio de igualdad, ya que si existe una función protectora de la norma que trata de garantizarse a través de la creación de una jurisprudencia uniforme, el principio de igualdad saldrá indudablemente beneficiado, pues si la interpretación de la norma es única, es porque no se hace distingos entre los diferentes recurrentes. *(NIEVA FENOLL, Jorge. El Hecho y el Derecho en la Casación Penal. José María Bosch Editor. Barcelona: 2000, p. 84).*

La Corte Nacional de Justicia, en múltiples fallos se ha pronunciado respecto a la naturaleza y fines de la casación, lo cual es coincidente con el criterio doctrinario, en relación a que la casación es un recurso extraordinario, limitado, excepcional y técnico, que supone un examen en estricto derecho, y que procede sobre sentencias dictadas por el tribunal de apelación, que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas. El propósito de la casación es hacer efectivo a las partes procesales, el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios inferidos por las determinaciones

del fallo impugnado. Así, la casación tiene como finalidad primigenia el imperio del derecho¸ esto es la finalidad nomofiláctica, en segundo término, garantizar la unificación de la jurisprudencia; y, la función dikelógica o justicia del caso concreto al corregir el error de derecho que causa agravio.

6.3. Análisis de la fundamentación presentada por el impugnante para la casación.-

En ese orden de ideas, a través de esta vía de impugnación de carácter técnico, de conformidad con su naturaleza jurídica extraordinaria, lo que le corresponde realizar a este tribunal es el control de legalidad del fallo objetado, con el fin de determinar posibles violaciones a la ley existentes en la sentencia de apelación, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación.

Mediante auto de admisión dictado el miércoles 03 de mayo del 2018, a las 17h11, este Tribunal resolvió admitir el recurso de casación interpuesto por JONATHAN ALCÍVAR LEÓN LEÓN exclusivamente por la causal de aplicación indebida del artículo 457 del COIP, y de contravención expresa del artículo 141 ibídem, de modo tal que el recurrente debía justificar la manera en la cual se configuró el yerro en estas disposiciones.

En relación a la debida fundamentación del recurso de casación penal, 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[…]" (Resolución No. 1616-2014 dictada del Juicio No. 863-2014 y Resolución No. 1972-216 dictada en el Juicio No. 444-2014, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).*

En el caso que nos ocupa, el recurso de casación fue admitido por los cargos concretos: (i) indebida aplicación de los preceptos de valoración de la prueba previstos en el artículo 457 del Código Orgánico Integral; y, (ii) contravención expresa del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales serán analizados en las líneas siguientes en función de la argumentación esbozada por el impugnante.

6.3.1. Sobre el cargo casacional de indebida aplicación.-

En lo que respecta al primer yerro formulado por el casacionista, aplicación indebida, cabe indicar que esta causal se produce "[…] cuando entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla […] El quebranto de una norma sustancial, por aplicación indebida, ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juzgador en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente […]" (Lugones, Narciso y Dugo, Sergio. "Casación Penal y Recurso Extraordinario". Editorial Depalma. 1993. Buenos Aires. p. 227). En ese mismo orden de ideas, en reiteradas resoluciones de esta Sala se ha expresado que este vicio se configura:

> *"cuando en un caso concreto el juzgador aplica una norma jurídica que no corresponde, lo que constituye un error de la selección de la misma" (Resolución No. 1221-2014, dentro del juicio No. 2013-1829, de 25 de julio del 2014, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).*
>
> *"[…] la indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; 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 que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene […]" (Resolución No. 1328- 2016, dentro del juicio 0863-2013, de 11 de julio de 2016, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).*

En suma este vicio se produce cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto; por aplicar una norma que no resulta congruente para la resolución. El error no se encuentra en la premisa

mayor del silogismo, o sea al seleccionar la norma aplicable y determinar su validez, sino en la premisa menor, porque el error puede cometerse al subsumir los hechos en la norma elegida. Este concepto o especie de violación se presenta cuando, entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia de la validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipoterizado por la norma que aplica.

En el caso in examine, el impugnante en lo concerniente a la exposición de la fundamentación por esta causal, señaló que lo hace concretamente en virtud de que en la consideración Décimo Tercera del fallo recurrido se habla de una relación de poder, reiterando que no se ha llegado a valorar de forma adecuada este aspecto, y refiere que en esa virtud no se llegaría a la conclusión que se cometió un femicidio, sino un homicidio, porque no se ha probado ese elemento objetivo, en esos términos textualmente refiere:

> ***"[…] aquí es donde existe un error donde el juzgador hace un análisis diferente de los hechos sucedidos****, en relación a como se debe valorar la prueba porque de conformidad con el considerando décimo tercero de la sentencia, se da por hecho ha habido un femicidio por una relación de poder existente y la defensa considera que ha habido una indebida aplicación de artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, el juez hace su análisis y considera que sí existe una relación de poder y la defensa insiste en que durante el proceso esa relación de poder no pudo ser demostrada […]" (sic) (El énfasis fuera de texto).*

En el caso ejusdem, el recurrente ha expresado que los hechos no se adecúan al tipo penal de femicidio porque no se ha comprobado la relación de poder existente entre la víctima y el procesado, sin embargo, esta aseveración ha sido presentada de una manera superficial, pues no ha llegado a comprobar conforme a derecho sus asertos. En lo que dice relación a la indebida aplicación del artículo 457 del COIP, se desprende que esta disposición contiene los preceptos para la valoración de la prueba, los cuales han sido expresamente establecidos en la referida norma, como lo son: la legalidad, la autenticidad, su sometimiento a la cadena de custodia, y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en los que se fundamenten los informes periciales; por tanto, al haber sido invocada esta norma como supuestamente infringida el recurrente estaba en la obligación de determinar en primer lugar el medio de prueba que está siendo violentado, y en esa línea argumentativa debía correlacionarlo con alguno de los preceptos de valoración probatoria de los anteriormente señalados, esto con el fin de demostrarle a este Tribunal la configuración de la causal argüida a través de una exposición en derecho que permitiera colegir que la referida norma no debió ser aplicada al caso in examine. Empero, la argumentación presentada para esta causal giró únicamente a aspectos fácticos, que indirectamente pretenden que sean revalorizados por estos juzgadores. Sobre estas exclusivas alegaciones presentadas, este Tribunal debe enfatizar que el sustento de la casación relievando su naturaleza extraordinaria, se circunscribe al estudio sobre los presuntos errores de derecho contenidos en el fallo de apelación impugnado, existiendo impedimento expreso que limita las facultades del Tribunal, respecto a no la imposibilidad legal de volver a examinar el acervo probatorio, por ser esta una competencia exclusiva de los jueces de instancia. Tal prohibición a más de estar legalmente establecida en la ley, también ha sido señalada por la Corte Constitucional refiriendo en lo medular que:

> *"[…] al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas […]" (Sentencia 001-13-SEP-CC, dentro del caso No. 1647-11-EP, dictada el 06 de febrero del 2013);*

Y por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia;

> *"[…] Para despejar este primer cargo, el cual estriba en un tema de "valoración de pruebas" (testimonios); el cual, bajo el principio de contradicción e inmediación, corresponde a la esfera exclusiva del juzgador de instancia (tribunal penal) ante quien se actúa y obra la prueba tanto de cargo como descargo; y, reparando en el hecho de que en este escenario (recurso de casación) no es admisible pedidos tendientes a realizar una revalorización de la prueba; tal cargo deviene en improcedente […]" (Resolución No. 575-2015, Sentencia dictada dentro del juicio No. 362-2013, de 18 de*

julio de 2013, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).

Por lo tanto, respecto de esta causal concreta, al no haberse presentado fundamentación en derecho, apegada a la técnica jurídica casacional, se la rechaza por contener pedidos tendientes a la nueva valoración de los hechos por parte de este Tribunal.

6.3.2 Sobre el cargo casacional de contravención expresa.-

Sobre la naturaleza de este yerro se ha dicho, *"[…] este cargo se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato […]"* (RODRÍGUEZ, Orlando. *"Casación y Revisión Penal", Temis, Bogotá, 2008, pág. 67),* por lo que para su procedencia es menester que quien impugna determine la forma cómo se ha producido la infracción, esto es, que refiera que norma o normas del derecho sustantivo, adjetivo o constitucional han sido desconocidas o aplicadas de forma incompleta produciéndose así la contravención expresa.

En lo relativo a la fundamentación de la segunda causal esgrimida, la contravención expresa del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, ésta ha sido desarrollada por quien la impugna siguiendo la misma línea argumentativa que la del anterior yerro, para lo cual el recurrente refirió que el tipo penal no se adecúa al acto penal cometido con base a los hechos, porque no existió el elemento objetivo de relación de poder, por lo que se le está afectando al imponérsele una pena mayor a la que debería tener en relación al delito de homicidio simple.

Sobre esta forma de presentar esta causal, este Tribunal evidencia que no se ha cumplido con la tecnicidad de lo que constituye fundamentar el recurso de casación, pues para la correcta argumentación jurídica requerida para este medio de impugnación extraordinario se requiere que en sus alegaciones se precisen tres aspectos a saber:

> "[…] a) Señalar que la norma que se ha alegado como vulnerada, se justifica con uno de los presupuestos de casación; b) La parte específica, donde se vislumbra el yerro cometido, que corresponde a la parte dispositiva que contiene la motivación de la decisión de apelación; c) La carga argumentativa que sustente la hipótesis planteada por quien recurre, donde se confronte el error in cogitando del juzgador con la correcta aplicación de la ley […]" (Sentencia dictada el 26 de octubre del 2016 dentro del Juicio signado con el No. 881-2015, Resolución No. 6715-15).

En el caso ejusdem, se ha presentado la misma argumentación reiterativa tanto para la causal de aplicación indebida, como para la de contravención expresa, no obstante, estas alegaciones relacionadas con que no se ha probado la relación de poder, devienen en meras enunciaciones, que nada tiene que ver con la naturaleza del vicio aducido, reiterando que al exponer una única fundamentación para todos los cargos, el recurrente rompe con el principio de autonomía e individualidad de las causales, pues no es de olvidar que cuando son invocados dos o más yerros, cada uno debe ser desarrollado de manera separada, y en el caso de que se encuentren vinculados, se debe explicar su pertinencia en la relación sin descuidar los demás aspectos de la técnica, ejercicio que no se ha llevado en el presente recurso, por lo que resulta improcedente la segunda causal aducida.

SEXTO

RESOLUCIÓN

En virtud de lo expuesto, y conforme con lo establecido en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara por unanimidad improcedente el recurso de casación formulado por la defensa técnica de Jonathan Alcívar León León por no encontrarse debidamente fundamentado.- **notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZ NACIONAL; Dr. Miguel Jurado Fabara; JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

XVI

Juicio Nro. *03282-2017-00133*
Resolución Nro.*1972-2018*
Fecha**:** *13 de noviembre del 2018*

TEMA: Delito: Abuso sexual. La recepción de testimonios urgentes o anticipados es excepcional, en casos específicos, entre los que se encuentran a las víctimas del delito de abuso sexual. En estas infracciones que atentan contra la integridad sexual, si bien la prueba madre será el testimonio, pues permitirá esclarecer los acontecimiento suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que conoce los sucesos, por tanto, se deben brindar todos los mecanismos que permitan a todos los sujetos procesales intervinientes en la causa penal desplegar a cabalidad sus derechos, y en el caso contradecir en el momento procesal oportuno, esto es, durante la práctica del testimonio urgente o anticipado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos fácticos materia del enjuiciamiento se adecuan a la conducta señalada para configurar el delito de abuso sexual. En la causa concurren las agravantes contenidas en el Art. 48 del COIP numerales 1 y 8, en razón de que la víctima menor de edad, sufrió el ataque lesivo al interior del establecimiento educativo donde estudiaba y porque el sujeto activo de la infracción abusó de su calidad de funcionario responsable de la atención médica de la perjudicada, ejecutando actos de naturaleza sexual no deseados por la víctima, y como ocurrieron al interior del centro educativo ocasionaron que su entorno de aprendizaje se vuelva intimidatorio, hostil y ofensivo. El Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar, el 4 de diciembre del 2017 las 16h22, declara la culpabilidad de xxx, en calidad de autor del delito de abuso sexual tipificado en el Art. 170 inciso primero del COIP y sancionado en el inciso segundo de esta misma norma; siendo que por la condición etaria de la víctima se le impone la pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS CUATRO MESES, por la concurrencia de las agravantes contenidas en los numerales 1 y 8 del Art. 48 del COIP. En su argumentación el Tribunal señala los elementos que configuran el abuso sexual cometido. 1. ACCIÓN: La actividad del procesado, consistió en aprovecharse de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en su calidad de médico de la Unidad Educativa donde estudiaba la víctima, realizando acciones que no son resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estado de inconsciencia. 2. TIPICIDAD: Queda comprobado que el obrar del sujeto activo era el de ejecutar actos de naturaleza sexual, distintos al acceso carnal, previsto y reprimido en el Art. 170 del COIP, por ello se lo declara autor directo del hecho, no queda duda que el procesado sabía que agredía sexualmente a la menor, y era clara la voluntad de realizar el ataque. 3. ANTIJURIDICIDAD: En torno a ello el accionar del imputado lesionó el bien jurídico protegido por el COIP, sin que exista ninguna causa de justificación por lo que se determina que la antijuricidad se da tanto en sentido formal como material. 4. CULPABILIDAD: De acuerdo a las pruebas vertidas se observa que, tanto en la época en que se enmarcan los hechos como en la actualidad, el procesado es una persona capaz de comprender, no existe en el proceso circunstancia alguna que determine el padecimiento de algún trastorno mental. Sobre la base de lo expuesto, la conducta sancionada es típica, antijurídica y

culpable, por ende constitutiva de delito. Además, tratándose de delitos sexuales, el testimonio de la víctima juega un papel preponderante, sabiendo que ninguna prueba aislada alcanza certeza absoluta, sino que requiere entrelazarse con el resto del material de verificación; por lo tanto, en los supuestos de delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima no es uno más, sino que debe valorarse como aquel que proviene de la persona que ha resultado agraviada en uno de los aspectos más íntimos, esenciales de la vida, teniendo presente la edad de la víctima y siendo que la clandestinidad es un rasgo distintivo.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El acusado, por no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal de instancia interpone recurso de apelación. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar , argumenta en su sentencia, que el tipo penal de abuso sexual, debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico, pues la norma tiene función protectora; por tanto constituye el valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo, cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses, distinguiendo en este proceso que el bien jurídico de la integridad sexual de la víctima ha sido vulnerado y con ello su desarrollo integral, su personalidad, proyecto de vida pues es indudable la afección producida en su salud física y mental, ya que un niño, niña o adolescente es indemne sexualmente por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. El testimonio de la víctima ha sido analizado al amparo de lo previsto en el Art. 502 del COIP, teniendo pleno valor demostrativo por lo que el Tribunal lo acoge en su integridad, cuanto más si en él se evidencia veracidad en sus afirmaciones, pues está corroborado con las demás pruebas practicadas en el proceso; además en la práctica de la prueba (testimonio anticipado) se han observado las reglas del Art. 510 ibídem y el debido proceso en el que los litigantes han ejercido contradictorio, motivo por el cual se lo acepta como prueba válidamente actuada, teniendo en cuenta que de éste deviene en una grave imputación de hechos concretos e inmediatos en contra del procesado, los que configuran el tipo penal de abuso sexual que han provocado daño en la psiquis de la víctima; por tanto lo expresado por la menor de edad, cobra valor jurídico de cargo teniendo en cuenta su estado de vulnerabilidad en calidad de víctima; además la relación de subordinación y acatamiento que existía entre la menor respecto del agresor quien ejercía las funciones de médico de la institución, de conformidad con lo que establece el art. 48 numeral 1 del COIP, constituye agravante del delito, pues en la calidad que ostentaba estaba obligado a cuidar de la salud mental y física de la estudiante. Por tanto no cabe duda que, lo que se conoce como la teoría del delito y sus presupuestos fundamentales se encuentran demostrados en este proceso, esto es: se ha justificado la adecuación, subordinación o encuadramiento objetivo de la acción ejecutada a la descripción del delito contenida en el texto legal referido, tipicidad que determina la dañosidad de la conducta; la antijuricidad entendida como la contradicción a las normas objetivas del derecho y la culpabilidad; constituyéndose en el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable, lo cual deriva en la certeza del juzgador respecto a que el procesado, abusó sexualmente de la víctima menor de edad. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, mediante sentencia dictada el 23 de febrero del 2018, las 10h02, rechaza el recurso de apelación interpuesto confirmando íntegramente la sentencia condenatoria recurrida

SÍNTESIS CASACIÓN

El sentenciado interpone recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia, quien dentro de su fundamentación considera que el artículo 615 numerales 2 y 3 del COIP en lo atinente a las reglas generales para la práctica de la prueba, establece como excepción a la regla general, el testimonio anticipado, el cual por su carácter especial en el sistema penal acusatorio adversarial ecuatoriano, se consagra como una de las problemáticas prevalentes en el ejercicio del derecho penal, efectuar la protección igualitaria para el ejercicio y protección de los derechos tanto de las víctimas - más aún cuando se es menor de edad- como de los presuntos responsables de delitos. Es así que, para aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico protegido de la integridad sexual, como los casos de violación o de abuso sexual, e inclusive de manera general, para los distintos delitos establecidos actualmente en el COIP, está permitida la ejecución de una prueba anticipada del testimonio de la víctima, en la etapa de investigación, adicionando, la utilización de medios tecnológicos como la cámara de Gesell para su obtención, pues este es un mecanismo indispensable para la protección de los derechos de la víctima, siendo el procedimiento aplicado el expedido para que se permita garantizar, de conformidad con la realidad de la legislación ecuatoriana y la práctica ecuatoriana, que el testimonio de la víctima, sea fidedigno y vele por la observancia de garantías básicas como el derecho de la víctima a la no revictimización, y en contraposición los del procesado, como lo son, el derecho a la defensa y a la contradicción. En consecuencia al ser el testimonio de la víctima, prueba de fundamental importancia para la decisión de los juzgadores, es necesario que su actuación esté dotada de validez procesal, que se apegue a la normativa establecida para su actuación contenida en el COIP y que los procedimientos y actuaciones dentro de los procesos judiciales otorguen la certeza a los sujetos procesales de que la decisión tomada es justa porque la obtención de las pruebas, su práctica y valoración es la adecuada. Por lo dicho, nuestra legislación ha establecido aquello, es decir un carácter excepcional para la recepción de testimonios urgentes o anticipados, en casos específicos, entre los que se encuentran a las víctimas del delito de abuso sexual. En estas infracciones, la prueba madre será el testimonio, pues permitirá esclarecer los acontecimiento suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que conoce los sucesos, por tanto, se deben brindar todos los mecanismos que permitan a los sujetos procesales intervinientes en la causa penal ejercer sus derechos, y en el caso contradecir en el momento procesal oportuno, esto es, durante la práctica del testimonio anticipado. En virtud de lo expuesto, y conforme con lo establecido en el artículo 657.5 del COIP, el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara por unanimidad improcedente el recurso de casación formulado por el procesado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 03282-2017-00133

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, martes 13 de noviembre del 2018, las 15h07.-

VISTOS.

ANTECEDENTES

- El Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar, con fecha 04 de diciembre del 2017, las 16h22, emitió sentencia condenatoria en contra del ciudadano César Patricio Guerra Alvarado, resolviendo en lo relevante que:

  "[...] Los hechos fácticos materia del enjuiciamiento se adecuan a la conducta señalada para configurar el delito de abuso sexual, resultando el procesado autor directo del injusto en los términos del Art. 42, numeral 1, literal a) del COIP, por haber cometido la infracción de una manera directa e inmediata, sobre la autoría el profesor Enrique Cury Urzúa escribe "(...) autor en general es aquel cuya intervención el hecho típico no puede siquiera principiar o ejecutarse o, aunque se ejecutara no sería ya típico o sólo satisfaría las exigencias de un tipo diferente del que se trata en el caso concreto (...) CURY, Urzua Enrique. Derecho Penal Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, septiembre 2005, pág. 595

  En la causa concurren las agravantes contenidas en el Art. 48 del COIP numerales: primera en razón de CXFV, sufrió el ataque lesivo al interior del establecimiento educativo Andrés F. Córdova; y octavo en razón de que el sujeto activo de la infracción Dr. César Patricio Guerra Alvarado, abusó de su calidad de funcionario responsable de la atención médica de la perjudicada; la concurrencia de estas circunstancias se halla demostrada a lo largo de este fallo, por lo tanto su aplicación se explica por el lugar y modo en el que hecho criminoso ocurrió.

  En el caso los elementos de prueba tienen un nexo causal directo como lo Art. 455 del COIP, entre la infracción perpetrada y el procesado que ejecutó actos de naturaleza sexual no deseados por la perjudicada, y como ocurrieron al interior del centro educativo ocasionaron que su entorno de aprendizaje se vuelva intimidatorio, hostil y ofensivo, contrario a los mandamientos Constitucionales previstos en el Ar. 27 de la Constitución de la República que proclama una educación centrada en el ser humano garante de los derechos.

  DÉCIMO SEGUNDO.- IMPOSICIÓN DE LA PENA Y REPARACIÓN INTEGRAL

  Teniendo presente el artículo 68 del Código de la Niñez y Adolescencia, señala: "constituye abuso sexual todo contacto físico sugerencia sexual a los que se somete a un niño, niña o adolescente aun con su aparente consentimiento seducción engaño chantaje amenazas o cualquier otro medio"; la Convención de los Derechos de los Niños, establece en el artículo 34 que:

  "Los Estados Redes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales»; luego de cumplir con el deber de motivación dentro del marco legal y constitucional en que sustenta este fallo, el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara la culpabilidad del doctor en medicina señor: CESAR PATRICIO GUERRA ALVARADO, ecuatoriano, portador de la cédula de identidad No. XXX, de 64 años de edad, de profesión médico, casado, domiciliado en la ciudad de Cuenca, en calidad de autor del delito de abuso sexual tipificado en el Art. 170 inciso primero del COIP, y sancionado en el inciso segundo de esta misma norma, por la condición etaria de la víctima y se le impone la pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS CUATRO MESES, por la concurrencia de las agravantes contenidas en los numerales 1 y 8 del Art. 48 del COIP. Además se le impone la multa de 20 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, prevista en el Art. 70 numeral 9 del COIP. A la pena impuesta se imputará el tiempo que el sentenciado haya permanecido detenido por esta causa. Por lo determinado en el Art. 56 del COIP, esta sentencia lleva implícita la interdicción del sentenciado durante el tiempo de duración de la condena privativa de libertad, además conforme a los artículos 64.2 de la Constitución de la República y 81 del Código de la Democracia, ejecutoriada la presente sentencia se oficiará a la Dirección Provincial del Consejo Nacional Electoral, haciendo conocer la pérdida de los derechos políticos del sentenciado por el tiempo que dure la condena […]"

- El ciudadano César Patricio Guerra Alvarado interpuso recurso de apelación de la sentencia dictada por el A quo.
- Mediante sentencia dictada el 23 de febrero del 2018, las 10h02, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, rechazó el recurso de apelación interpuesto, confirmando íntegramente la sentencia condenatoria recurrida que declara la culpabilidad del doctor CESAR PATRICIO GUERRA ALVARADO, como autor del delito de abuso sexual tipificado en el art. 170 inc. 1 del Código Orgánico Integral Penal y sancionado en el inciso 2° ibídem, y en virtud de las circunstancias que rodean a los

hechos, impone al procesado la pena privativa de libertad de nueve años cuatro meses en razón de concurrir las agravantes contenidas en los numerales 1 y 8 del a. 48 del cuerpo legal invocado; así también se le condena al pago de 20 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, confirmando también la sanción indemnizatoria que como reparación integral se ha dispuesto en favor de la víctima, determinando la medida de no repetición constante en la decisión que se confirma.

- El ciudadano César Patricio Guerra Alvarado interpuso recurso de casación, el mismo que fue admitido a trámite por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia mediante auto de mayoría de fecha 21 de junio del 2018 para ser resuelto el fondo del asunto en audiencia.

PRIMERO
COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 determina que la Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 172 establece que la Corte Nacional de Justicia tendrá su sede en la ciudad de Quito y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional. Respecto de la competencia, el artículo 184 ibídem determina que las mencionadas salas conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.

La Sala Especializada de lo Penal, conforme con el artículo 186.1 de la norma precitada, es competente para conocer:

> *"[...]* ***1.*** *Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera [...]"*

Mediante las resoluciones: No. 341 - 2014, de 17 de diciembre de 2014, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 441 de 08 de enero de 2015; y, No. 209-2017, de 20 de noviembre de 2017, publicada en el Registro Oficial No. 149 de 28 de diciembre de 2017, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a siete jueces para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante las resoluciones: No. 01-2015 publicada en el Registro Oficial No. 445, de 25 de febrero de 2015; y, No. 01-2018 del 26 de enero de 2018, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, por las juezas y jueces: Dr. Luis Enríquez Villacrés Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz, y Dr. Edgar Flores Mier.

El presente tribunal de casación que conoce el fondo de la causa se encuentra integrado por los señores Jueces y Conjueza Nacionales: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente, en virtud de lo señalado en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Dr. Marco Maldonado Castro[1], y Dra. Janeth Santamaría Acurio[2].

SEGUNDO
TRÁMITE

De conformidad con lo preceptuado en la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, corresponde sustanciar el presente recurso de casación aplicando las normas vigentes al tiempo del inicio del proceso, que para el caso in examine son las contenidas en el Código Orgánico Integral Penal.

TERCERO
VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 84 del Código Orgánico de la

[1] Actúa el Dr. Marco Maldonado Castro, en virtud del encargo realizado del despacho del Dr. Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional, mediante Oficio No. 1251-SG-CNJ-ROG, de 17 de julio del 2018, suscrito por la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

[2] Actúa la Dra. Janeth Santamaría Acurio, en virtud del encargo realizado mediante Oficio No. 1369-SG-CNJ-ROG, de 30 de julio de 2018, del despacho del Dr. David Jacho Chicaiza, Conjuez Nacional, quien fue designado mediante sorteo realizado el 25 de julio del 2018, a las 10h40, ante la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con los artículos 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, 6 de la Resolución No. 02-2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en atención al Oficio No.2504-S-SPPMPPT-CNJ-MN de 25 de julio de 2018, en reemplazo del Dr. Luis Enríquez Villacrés, en virtud de la excusa presentada por él referido juzgador.

Función Judicial, y al no haberse advertido causa de nulidad que pueda afectar al mismo; en consecuencia se declara su validez.

CUARTO
FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Acorde con lo establecido en el artículo 657 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, con fecha 31 de julio del 2018, a las 14h45, se llevó a cabo la audiencia oral, reservada y contradictoria, en la que los sujetos procesales de la presente causa intervinieron realizando en lo principal las siguientes alegaciones:

4.1. Fundamentación del recurso de casación por parte del doctor Esteban Guerra Alvarado, defensa técnica del procesado recurrente César Patricio Guerra Alvarado.-

La defensa técnica del recurrente en lo atinente a la fundamentación de su recurso, lo hizo bajo estas consideraciones: **(i)** La sentencia impugnada, es la dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar de fecha 23 de febrero de 2018 a las 10h02, dentro del proceso signado con el N° 03282-2017-00133, el Tribunal estuvo integrado por: la Jueza Ponente, Dra. Bertha María Augusta Rodríguez Romero, Dr. José Francisco Urgiles Campos, y Dr. Mauro Alfredo Flores Gonzales. **(ii)** Como primer cargo, fundamentó la causal de indebida aplicación de la ley. Refirió que existe violación a la ley en la sentencia impugnada, por cuanto al determinar la pena privativa de libertad en contra del procesado, se aplicó indebidamente el artículo 170 inciso segundo del COIP, dejando de aplicar la sanción establecida en el inciso primero del mismo artículo, conforme puede verse en la parte resolutiva de la sentencia, en el considerando octavo donde se dice: "DECISIÓN.- Rechaza el recurso de apelación interpuesto, y confirma íntegramente la sentencia condenatoria recurrida que declara la culpabilidad del Dr. César Patricio Guerra Alvarado como autor del delito de abuso sexual, tipificado en el artículo 170 inciso primero del COIP, y sancionado en el inciso segundo ibídem. Que en virtud de las circunstancias que rodean a los hechos, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar incurrió en un error de derecho por cuanto consideró que la menor C.X.F.B tenía la edad de 12 años, sin tomar en cuenta lo que al respecto de la edad establece el artículo 333 del Código Civil, norma supletoria, error que influyó en la decisión de la causa, pues al no existir dentro del proceso partida de nacimiento de C.X.F.B, conforme se desprende de la misma sentencia, no podía aplicarse la sentencia de pena privativa de libertad prevista en el inciso segundo del artículo 170 comentado; en tal virtud, al no existir partida de nacimiento no se ha probado la edad de la referida menor, por lo que no debió aplicarse el referido artículo 170 con la pena contenida ibídem en el inciso segundo. El impugnante también señaló que no se garantizó la proporcionalidad entre la infracción y la sanción penal, de ésta forma se infringieron el artículo 5, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues no pueden aplicarse penas inhumanas o degradantes, tanto más que no se ha determinado la edad de la supuesta víctima, por lo tanto debe enmendarse este agravio, respecto de la pena privativa de libertad en correlación con la multa impuesta como pena restitutiva de derecho de propiedad. **(iii)** Como segundo cargo, el recurrente arguyó que se aplica indebidamente el artículo 48, numerales 1 y 8 del COIP, sobre las circunstancias agravantes de las infracciones en lo referente a la integridad sexual y reproductiva, cuando debió aplicarse los artículos 45 y 46, numerales 5 y 6 del mismo cuerpo normativo, es decir la atenuante trascendental y las otras atenuantes, porque suministró datos verídicos, informaciones precisas, mientras se realizaba la investigación en el proceso; además compareció periódicamente a la Fiscalía con el ánimo de garantizar su presencia en el juicio. Éste error se encuentra en la parte resolutiva, en el considerando octavo-decisión, donde se manifiesta que se le impone al hoy recurrente la pena privativa de libertad de nueve años cuatro meses, en razón de concurrir las agravantes contenidas en los numerales 1 y 8 del artículo 48 del cuerpo legal invocado. Es necesario indicar que este error nace precisamente por cuanto ni la Fiscalía, ni la acusación particular, solicitaron éstas agravantes, por lo que en la sentencia no se cumplió con lo que determina el artículo 3 del COIP; es decir, los jueces de manera oficiosa aplicaron estas agravantes, imponiendo una pena cruel, severa e inhumana que no puede aplicarse conforme las normas que se citaron anteriormente, pues nadie debe ser sometido a penas crueles. Este error al ser corregido en casación debe restablecer el derecho conculcado del procesado y enmendar el agravio, y ponerse la pena atenuada, esto es el mínimo de la pena, reducida en un tercio, es decir, se debe estar a lo dispuesto en el artículo 170 inciso primero, que establece la pena mínima de tres años reducida en un tercio. **(iv)** Con la argumentación

del recurso de casación esbozada el recurrente solicitó que se acepten los cargos alegados que sirven de fundamento, sin perjuicio de que en el caso que encuentre equivocado conforme lo determina el artículo 657. 6 del COIP, se sirvan de oficio, casar la sentencia. **(v)** Que por el principio de control de legalidad al momento de resolver, solicita que se analice lo siguiente: **(v.a)** Que existe una violación al trámite y debe declararse la nulidad procesal, ya que al sostener la sentencia en el considerando séptimo, análisis del Tribunal, que el acta resumen del testimonio de la víctima es el testimonio anticipado, se rompe con todo el sistema oral adversarial y contradictorio, sin observar el considerando catorce de la Asamblea Nacional en la expedición del COIP, que dice que el sistema penal es un componente adjetivo, es ineficiente y no ha logrado afianzar procesos justos, rápidos, sencillos, ni tampoco ha coordinado adecuadamente las acciones entre su propios actores, pues el COIP exige que los testimonios de los adolescentes, de los menores, sean grabados en cámara de Gessell, cumpliendo el protocolo dictado por el Consejo de la Judicatura, que es de aplicación obligatoria, conforme lo establece el artículo 504 del COIP, por tanto debió incorporarse como prueba la grabación del testimonio con cadena de custodia, y al no haberse hecho así, porque ni la Fiscalía, ni la acusación particular practicó el anuncio del testimonio anticipado, se vulneró el debido proceso afectando el derecho a la defensa del procesado. Darse lectura del acta de resumen de oficio, no es un asunto permitido por la ley, por tanto señores jueces del Tribunal de garantías penales de Cañar incumplieron el mandato de la disposición del artículo 504 del COIP, infringiéndose de esta forma los artículos, 454 y 457 del COIP, al igual que el protocolo para el uso de la cámara Gessell. **(v.2)** Que no se cumplió con el principio de oralidad consagrado en el artículo 168 de la Constitución de la República, en el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial y en la Resolución 176-2013, de 07 de noviembre de 2013 del Consejo de la Judicatura. La nulidad procesal, obviamente influyó en la decisión de la causa, porque los jueces indican que el acta resumen es del testimonio anticipado, cuando no lo es, de esta forma se vulnera el debido proceso afectando el derecho a la defensa del hoy recurrente procesado, haciendo notar que tanto la Fiscalía como la acusación particular presentaron esta acta resumen como prueba documental, que en ningún caso puede sustituir por mandato legal lo que intervenciones necesarias para ejercer su defensa en igualdad de condiciones, pues se concedió apenas quince minutos para fundamentar el recurso, mientras que la Fiscalía y la acusación particular contaron con treinta minutos respectivamente, lo cual no observó el debido proceso, ni las garantías básicas contempladas en el artículo 76 numeral 7 literales a, b, c y h, y artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República, el artículo 8 numerales 1 y 2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 5 numeral 5, y artículo 13 del COIP, así la nulidad procesal debe declararse entonces desde la audiencia de fundamentación del recurso de apelación conforme lo determina el artículo 652 numeral 10 literal c) del COIP. **(vi)** Finalmente, solicitó casar la sentencia, en su lugar dicte otra en la que se acepten los cargos alegados, que sirvieron de fundamento del presente recurso, aplicando las normas y principios jurídicos y de derechos humanos, de derecho material, constitucional y de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, o en su defecto casen la sentencia y declaren nulidad procesal. **(vii)** Que en el caso de advertir que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurso extraordinario de casación se encuentre equivocada, se aplique la casación de oficio conforme lo establece el artículo 657 regla 6 del COIP.

4.2. Contradicción por parte de la delegada de Fiscalía General del Estado, Dra. Zulema Pachacama Nieto, en cuanto a la fundamentación del recurso interpuesto.-

Fiscalía General del Estado respondió a lo expresado por la defensa técnica bajo los términos siguientes: **(i)** En primer lugar indicó que en la audiencia de fundamentación del recurso de casación se violó el principio de oralidad contemplado en el artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto el defensor técnico del casacionista durante toda su intervención se limitó a leer toda la exposición, en tal virtud, las alegaciones que Fiscalía presenta se apoyan en el auto de admisibilidad. **(ii)** Que el recurrente indicó que existe indebida aplicación del artículo 170 inciso primero del COIP, cuando se debió aplicar el inciso segundo de éste artículo, porque dice a su criterio que se ha violado esta norma jurídica por indebida aplicación, por cuanto dentro del juicio tampoco no se ha presentado la partida de nacimiento de la víctima. Que bajo esta alegación se debe tomar en consideración que a fojas 23 de la sentencia del Tribunal de apelación –que es a la que se debería referir y no como se ha referido en varios momentos a la sentencia de juicio-, fiscalía presentó la cedula de la menor, que claramente consta dentro de sus pruebas, por lo que este cargo

no lo ha justificado jurídicamente por cuanto está detallado en la sentencia acusada. Fiscalía refirió que la defensa técnica del impugnante por otra parte se refirió al artículo 333 del Código Civil, que en materia penal no debió ser expresado, por lo cual no existe indebida aplicación de la norma, y menos aún de los artículos e instrumentos internacionales mencionados – como el artículo 5.2 de la Convención Interamericana, el artículo 5.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por lo tanto no existe la causal aducida porque no se ha demostrado jurídicamente que exista indebida aplicación de la referida norma. **(iii)** Que el recurrente ha dicho que existe una indebida aplicación de artículo 48.1.8 del Código Orgánico Integral Penal que se refiere a las agravantes. De la lectura de la sentencia recurrida se puede verificar que existen agravantes, ya el procesado era médico de la institución educativa donde tenía un acercamiento con la victima que allí estudiaba, que como se demostró era menor de doce años. **(iv)** Que el casacionista indica que existe error en la parte resolutiva de la sentencia, aduciendo que la Fiscalía, ni la acusación particular no acusó agravantes, sin embargo es de anotar que es deber de los jueces desde que llega a su conocimiento la existencia de un delito, aplicar el derecho, como así lo han hecho, y no es obligación de fiscalía, ni tampoco de la acusación particular señalar a los jueces que apliquen o no erradamente los agravantes, como erradamente expresa la defensa técnica, en ese sentido, tampoco se violaron las normas internacionales, por lo que reiteró que se aplique el Art. 170 inciso primero, lo cual no es procedente. **(v)** Que el impugnante expresa que se debe aplicar el considerando catorce de la Resolución de la Asamblea Nacional, lo que tampoco es pertinente. **(vi)** También ha indicado que se violó el principio de oralidad por cuanto no se le permitió ejercer el derecho de contradicción de la sentencia, pero claramente se observa que se ha respetado el debido proceso y existió la debida contradicción y réplica. Que de parte de fiscalía no se encuentra que los jueces hayan obstaculizado el derecho a la defensa, es más, se le permitió que presente recurso de casación. **(vii)** Ha indicado violación al trámite por lo que solicita que se declare nulidad procesal. Al respecto las alegaciones de la defensa técnica del casacionista, fiscalía indica que éstas debieron ser expuestas en la respectiva audiencia preparatoria de juicio y no en la audiencia de casación. **(vii)** Finalmente el recurrente atacó la falta de motivación de sentencia, señalando que la misma no cumple con requisitos constantes en los estándares contemplados en el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República. En esta circunstancia Fiscalía determinó que la sentencia está debidamente motivada; es razonable porque en la misma se utilizaron normas jurídicas legales constituyentes y de instrumentos internacionales, adecuados para el delito de abuso sexual, también es lógica por cuanto los hechos probatorios han sido razonados de una forma eficiente, llegando a la convicción sobre la certeza de la infracción como responsabilidad del procesado, por lo que hoy es sentenciado, por otro lado la sentencia es comprensible a todo elemento lector pues aquella guarda lenguaje coherente basada en los hechos, aplicando derecho sobre el delito acusado. En este sentido, el procesado no ha justificado las causales por las que ha sido admitido el recurso de casación, no ha demostrado de una forma jurídica los errores acusados como la indebida aplicación de las normas antes indicadas, y las violaciones en las que se fundamentó como declaración para solicitar la nulidad procesal y nulidad constitucional por cuanto aquellas cumplen con las debidas motivaciones. Fiscalía solicitó declarar improcedente el recurso de casación por cuanto no se ha demostrado jurídicamente que existen errores en la sentencia.

QUINTO
IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER POR EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

En cuanto a la fundamentación del recurso, espacio jurídico en el cual se debe demostrar la hipótesis de los yerros alegados, el casacionista expresa que existen violaciones al trámite lo que acarrea la nulidad del proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 652, numeral 10, literal c) del Código Orgánico Integral Penal.

Sobre los cargos casacionales argüidos el primer problema jurídico se concentra en determinar sí en efecto existió la indebida aplicación del artículo 170 inciso primero del COIP, cuando en realidad se debió aplicar el artículo 170 inciso segundo del COIP, por estimar el recurrente que la edad de la víctima no se encontraba demostrada al no haberse incorporado al expediente su partida de nacimiento. En cuanto al segundo problema jurídico éste consiste en analizar la existencia de la causal de indebida aplicación del artículo 48, numerales 1 y 8 del COIP, sobre la consideración de las agravantes y no de las atenuantes.

En estos términos se ha fijado el objeto del recurso, y en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de este Tribunal de Casación en virtud del principio consagrado en el artículo 186.6 de la Constitución de la República del Ecuador y

regulado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEXTO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR, Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

6.1. La impugnación y el derecho a recurrir.-

La Constitución de la República del Ecuador en los artículos 11, 35, 44, 75, 76, 82 y 169 consagra los principios efectivos para el desarrollo del Estado Constitucional de Derechos y Justicia ecuatoriano, en el cual, se consagra como el máximo deber del Estado, respetar y hacer respetar los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna, así como los que han sido integrados al ordenamiento jurídico por el bloque de constitucionalidad, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de todas las personas, así como el debido proceso, la motivación de las resoluciones judiciales, y la seguridad jurídica.

El fundamento de la impugnación se encuentra regido por las siguientes consideraciones: a) se la concibe como una prerrogativa de las partes a objetar una resolución objetivamente errónea, es decir, el derecho a cuestionar la posible falibilidad del juez; b) así mismo constituye una garantía de orden público para afianzar el cumplimiento y aplicación correcta de las leyes en las resoluciones judiciales, reduciendo al mínimo la posibilidad de error, a través de un nuevo examen de aquellas por un tribunal distinto del que las ha emitido.

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10 determina lo siguiente:

> *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"*

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 establece el derecho a impugnar a los condenados en materia penal:

> *"[…]5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley [...]"*

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sigue el mismo criterio:

> *"Art. 8°.- Garantías Judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [...]"*

En congruencia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 7 literal m), consagra como una garantía básica del debido proceso, el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso, correctamente, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el artículo 8.2. literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se inserta dentro de las garantías mínimas a favor de "toda persona inculpada de delito" (párr. 91). Es "una garantía del individuo frente al Estado" (párr. 92); "se trata de es el testimonio, en concordancia, la última parte del artículo 504 del COIP indica que se debe incorporar como prueba, la grabación de la audiencia de juicio con la pertinente cadena de custodia. Que en tal virtud, debe tenerse en consideración el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la resolución N° 237-18-CC, en el caso 0191-12-EP, de fecha 04 de julio 2018, en que se estableció que es deber de los jueces casacionistas realizar el control de legalidad de la validez de la prueba, por tanto la nulidad procesal debe declararse conforme lo determina el Art. 652 numeral 10 literal c) del COIP. **(v.3)** Asimismo hay violación al trámite por cuanto se recibieron los testimonios de Ketty Priscila Solis Ujilés y de María Angelita Verdugo Olivelo en la audiencia de juicio, rompiéndose de esta manera el principio de comunicación de los testigos; éstas personas estuvieron presentes cuando rindió testimonio la víctima C.X.F.B, conforme se desprende del acta resumen, y sin embargo, pese a la objeción que se hizo en la audiencia de juicio, de que no se reciba esos testimonios, se receptaron los mismos, dejando de esta manera en indefensión al procesado, ya que estas pruebas no eran pertinentes, no cumplían con los principios de legalidad, legitimidad y licitud, conforme así se ha pronunciado la Corte Constitucional. En el caso no se está pidiendo que se valoren estas pruebas, sino que debe observarse el control de legalidad sobre la validez de estas pruebas, de tal manera que esta violación de derecho, afectó el derecho a la defensa, y por lo mismo el artículo 615 regla 8 del COIP; la nulidad debe ser declarada conforme el artículo 652, numeral 10 letra c). **(v.4)** Así también existe violación del trámite por la falta

de competencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, y se produce esta nulidad precisamente en la audiencia de fundamentación de recurso de apelación, la misma que se instaló a las 08h30 del día 30 de enero de 2018, sin embargo, nueve minutos después, a las 08h39, se dicta una providencia por la cual se nombra al Dr. Mauro Alfredo Flores González, para que subrogue al Dr. Víctor Enrique Zamora Astudillo, sin que se haya suspendido la audiencia para dictarse esta providencia, y es más se pidió que se oficie al Coordinador, para que lo designe por sorteo. Estas circunstancias nos llevan a determinar que se ha infringido el artículo 76, numeral 7, literal k de la Constitución de la República, porque nadie puede ser juzgado sino por jueces independientes, imparciales y competentes. Se vulneró el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo el artículo 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 403 del COIP, porque la competencia es improrrogable en materia penal, el artículo 200 inciso tercero, el artículo 214 y el artículo 163 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que el juez Dr. Mauro Alfredo Flores González, no estuvo sorteado al momento de la instalación de la audiencia y cuando comenzó la misma, por lo dicho debe declararse la nulidad conforme lo establece el artículo 652 numeral 10 letra a) del COIP, desde la audiencia de fundamentación del recurso de casación. **(v.5)** Existe falta de motivación de la sentencia, no es razonable, considera un acta resumen como si fuera testimonio anticipado, dejando de cumplir lo que señala el artículo 504 del COIP, entonces el testimonio no podía evaluarse, analizarse, apreciarse en la correcta hermenéutica, mediante un ejercicio de confrontación con los demás medios aportados al proceso, en consecuencia el razonamiento utilizado por los señores jueces que dictan la sentencia que se impugna es ambiguo y anfibológico, ya que por un lado considera a ésta acta como un documento y por otro lado lo considera como un testimonio anticipado; la sentencia tampoco es lógica ya que parte de una premisa falsa que es precisamente la certeza del testimonio de la supuesta víctima, y de la valoración psicológica, haciendo mención a que el testimonio del Dr. Diego Zalamea Carpio, perito grafólogo y psicólogo, determina que no hubo afectación al estado de ánimo, peor alteración psicológica de la adolescente en la firma que estampó en el registro médico, después de haber sido atendida, la actuación del Dr. Zalamea fue corroborada con el testimonio del testigo experto científico, el Dr. Miguel Méndez Rojas, quien afirmó que la menor sí fue atendida por el médico, realiza su firma, y sale de la consulta sin alteración psicológica alguna, haciéndolo con rasgos seguros y firmes; debió deberse a dos supuestas posibilidades: (1) que sufrió abruptamente alguna manifestación de una alteración de la personalidad en formación, (2) o en su defecto se debía a un aspecto teatral, porque no es lógico que la menor salga firmando con total seguridad y se diga después que ha sufrido un trauma postraumático. Asimismo, la sentencia que se impugna carece de comprensión; la incomprensión de las instituciones jurídicas conlleva a que en las mismas se plasmen consideraciones erradas de la resolución. La sentencia se refiere a otras personas que no actuaron dentro del proceso, tales como el psicólogo Ortiz, el Dr. Diego Zalamea Vásquez, la señora Katty Solís, en el considerando quinto dice: "Se ha demostrado conforme a derecho la existencia de infracción y la culpabilidad de Manuel Leónidas Patiño, en el delito de abuso sexual" (sic). En el mismo considerando dice: "Por tanto no es admisible la invocación de ilicitud del informe pericial y de la testimonial de Eva Molina Pacheco" (sic), quienes son personas que no intervienen en el proceso para nada. En el considerando séptimo dice que el procesado se llama César Patricio Guerra Verdugo, en la misma parte del fallo dice que la sentencia se refiere a la supuesta víctima con las siglas de M.A.C.A, en lugar de C.X.F.B, por lo cual se hace ver que el texto de otra resolución se reprodujo en la redacción de la sentencia que se impugna, lo cual es contrario a la ley, y no se explica la referencia de otras personas. En el considerando séptimo se menciona una norma inexistente, el inciso segundo del Art. 454 del COIP, por lo que la sentencia es incomprensible. **(v.6)** Por último, existe violación al trámite, pues en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación, no se concedió al procesado el derecho a la contrarréplica, así como tampoco se le escuchó en igualdad de condiciones a pesar de que su abogado solicitó hacer uso de este derecho y se le negó, lo cual siendo violación al derecho a la defensa influyó en la decisión de la causa, no permitir que el procesado cuente con el tiempo y las un derecho que asiste al condenado" (párr. 93) y, de acuerdo "...al lenguaje concreto del artículo. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) es una garantía que tiene 'toda persona declarada culpable de un delito". ("Caso Mohamed vs. Argentina", Excpción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, Serie C. No. 255, párr. 93).

6.2. El recurso extraordinario de casación

Según el Código Orgánico Integral Penal, en lo aplicable a la casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial en que se hubiere violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una indebida aplicación de ella; ya por haberla interpretado erróneamente.

En su naturaleza jurídica se caracteriza por su carácter altamente técnico. Su función principal es lograr la certeza jurídica a través de la correcta aplicación del derecho, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de los sujetos procesales, enmendando los agravios que le fueran inferidos. La doctrina enseña que "la casación contemporánea es un recurso extraordinario para la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como para la unificación de la jurisprudencia" (Martínez, citada por César San Martín en "Derecho Procesal Penal". Ref. Sentencia 003-09-SEP-CC, caso 0064-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de junio de 2009).

6.3. Análisis de la fundamentación presentada por el impugnante para la casación.-

En ese orden de ideas, a través de esta vía de impugnación de carácter técnica, de conformidad con su naturaleza jurídica extraordinaria, lo que le corresponde realizar a este tribunal es el control de legalidad del fallo objetado, con el fin de determinar posibles violaciones a la ley existentes en la sentencia de apelación, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación.

En relación a la debida fundamentación del recurso de casación penal, 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[...]"* (Resolución No. 1616-2014 dictada del Juicio No. 863-2014 y Resolución No. 1972-216 dictada en el Juicio No. 444-2014, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).

En el caso que nos ocupa, el recurso de casación fue admitido por los siguientes cargos concretos: **(i)** Aplicación indebida del artículo 170 inciso segundo del COIP, la cual conllevó la contravención expresa del artículo 170 inciso primero del COIP; **(ii)** Aplicación indebida del artículo 48 numerales 1 y 8 del Código Orgánico Integral Penal, referentes a las circunstancias agravantes en las infracciones sobre la integridad sexual y reproductiva, cuando en su lugar debió aplicarse los artículos 46 y 45 numerales 5 y 6 ibídem, esto es, la atenuante trascendental y las otras atenuantes; **(iii)** Falta de la debida motivación en la sentencia; **(iv)** Existencia de nulidades procesales: **(iv.a)** Falta de competencia de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de El Cañar; **(iv.b)** Violación del trámite pues se violentó el debido proceso, y el derecho a la defensa en igualdad de condiciones; **(iv.c)** Violación del principio de incomunicación de los testigos; **(iv.d)** Infracción de las reglas atinentes a la práctica del testimonio anticipado de la víctima; **(iv.e)** Violación del procedimiento establecido en la ley, para el sorteo, designación y notificación de peritos; **(iv.f)** Nulidad procesal porque no se declaró caducado el nombramiento de la psicóloga Kety Priscila Urgilés.

6.3.1. Sobre la existencia de nulidades procesales alegadas por el impugnante.-

Sobre la primera alegación esbozada en la audiencia, acerca de la violación al trámite de conformidad con lo establecido en el artículo 652 numeral 10, literal c) del Código Orgánico Integral Penal, en lo que respecta a que no se practicó conforme derecho la diligencia del testimonio anticipado de la niña C.X.F.B, de la revisión que este Tribunal ha realizado al expediente se constata que el mismo fue debidamente logrado, esto es que, se lo practicó en una audiencia reservada ante un juez de primer nivel, se presentó de manera oral, se ejerció la contradicción y el contra examen por parte de la defensa técnica del procesado, de modo que la prueba como tal es legal y está debidamente incorporada. En la especie lo que ha sucedido, es que en la audiencia de juicio no se escuchó la grabación, es decir, que no se reprodujo de nuevo esta prueba, empero, lo que dice la norma del Código Orgánico Integral Penal –artículo 504– es que:

"Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, ***por una sola vez. Se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio****" (El énfasis fuera de texto).*

En el mismo contexto del artículo citado en el párrafo anterior, el artículo 615 numerales 2 y 3 del COIP en lo atinente a las reglas generales para la práctica de la prueba establece que:

"La o el presidente del tribunal procederá de conformidad con las siguientes reglas:

1. Después del alegato de apertura, ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por la o el fiscal, la víctima y la defensa pública o privada.

2. Durante la audiencia, ***las personas que actúan como*** *peritos y* ***testigos deberán prestar juramento de decir la verdad g ser interrogadas personalmente o a través de sistemas telemáticos.***

3. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores versiones, declaraciones u otros documentos que las contengan, ***salvo el caso de prueba anticipada.***

La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio y contrainterrogatorio de los sujetos procesales [...]" (El énfasis fuera de texto).

Siendo precisamente la excepción a la regla general, el testimonio anticipado – tal como se evidencia en la disposición citada ut supra -, el cual por su carácter especial en el sistema penal acusatorio adversarial ecuatoriano, de esta manera se consagra como una de las problemáticas prevalentes en el ejercicio del derecho penal, efectuar la protección igualitaria para el ejercicio y protección de los derechos tanto de las víctimas –más aún cuando se es menor de edad- como de los presuntos responsables de delitos. Es así que, para aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico protegido de la integridad sexual, como los casos de violación o de abuso sexual, e inclusive de manera general, para los distintos delitos establecidos actualmente en el Código Orgánico Integral Penal, está permitida la ejecución de una prueba anticipada del testimonio de la víctima, en la etapa de investigación, adicionando, la utilización de medios tecnológicos como la cámara de Gesell para su obtención, pues este es un mecanismo indispensable para la protección de los derechos de la víctima, siendo el procedimiento aplicado el expedido para que se permita garantizar, de conformidad con la realidad de la legislación ecuatoriana y la práctica ecuatoriana, que el testimonio de la víctima, sea fidedigno y vele por la observancia de garantías básicas como el derecho de la víctima a la no revictimización, y en contraposición los del procesado, como lo son, el derecho a la defensa y a la contradicción. (Víctor Fairén Guillén, Teoría general del derecho procesal. México: Primera Ed., 1992, pág. 459).

En consecuencia al ser el testimonio de la víctima, prueba de fundamental importancia para la decisión de los juzgadores, es necesario que su actuación esté dotada de validez procesal, que se apegue a la normativa establecida para su actuación contenida en el Código Orgánico Integral Penal, y que los procedimientos y actuaciones dentro de los procesos judiciales otorguen la certeza a los sujetos procesales de que la decisión tomada es justa porque la obtención de las pruebas, su práctica y valoración es la adecuada, "[...] esto en razón que en un Estado en el cual no se normen procedimientos equitativos para las partes procesales, y en su defecto denoten insatisfacción y hasta injusticia social, que se verá plasmado de forma directa en decisiones de los jueces, no se cumpliría con el fin primordial del derecho, la justicia social [...]" (Ibídem, op. Cit. pág. 19).

Por lo dicho, nuestra legislación ha establecido aquello, es decir un carácter excepcional para la recepción de testimonios urgentes o anticipados, en casos específicos, entre los que se encuentran a las víctimas del delito de abuso sexual – en concreto para el caso -. En estas infracciones que atentan contra la integridad sexual, si bien la prueba madre será el testimonio, pues permitirá esclarecer los acontecimiento suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que conoce los sucesos, por tanto, se deben brindar todos los mecanismos que permitan a todos los sujetos procesales intervinientes en la causa penal ejercer sus derechos, y en el caso contradecir en el momento procesal oportuno, esto es, durante la práctica del testimonio anticipado – que se encuentra a foja 164 y 165-.

Con lo expuesto, se evidencia que en la especie no se encuentra una causa de nulidad de trámite, pues el hecho de que no haya sido reproducido en la audiencia, no significa que el testimonio anticipado de C.X.F.V. no fue debidamente practicado con sujeción a los principios para la práctica de la prueba consagrados en el artículo 454 del COIP. Tanto más que como se ha dicho reiteradamente, esta

diligencia consta dentro del expediente de primera instancia, y del extracto del acta- resumen se constata que se encontraron presentes todos los sujetos procesales indispensables para la realización de la audiencia para la práctica del testimonio anticipado, por lo que mal se puede alegar una nulidad procesal por decir el recurrente que no se volvió a reproducir el testimonio de la víctima en la audiencia de juicio, cuando a todas luces se desprende que su defensa particular estuvo en el momento de su práctica y pudo ejercer la contradicción del caso, más aun existiendo disposición legal expresa que establece que una vez realizado se debe incorporar al expediente la grabación.

Sobre las demás violaciones a trámite alegadas, es de anotar que la nulidad como institución procesal del derecho, ha sido definida por la doctrina como un defecto de forma en el ejercicio o desarrollo del acto procesal (Salas Vivaldi, Julio. Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral. 7a. edic. 2004. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 73); como una sanción al acto irregular (Casarino Viterbo, Mario. Manual de derecho procesal civil. 6a edic. 2005. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, t. IV, p. 234); como el incumplimiento de algún requisito que la ley prescribe para la validez del acto (Pottstock Padilla, Edmundo. Proceso civil y proceso penal. 1997. Santiago. Editorial ConoSur, t. II, p. 77); como una consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos, es decir, como una sanción de ineficacia con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad. (Corte Suprema de Justicia de Chile. 21 de septiembre de 1981. "Elena Silva Negrete, recurso de queja". *RDJ,* t. LXXVIII, sec. 1a p. 104; Corte Suprema. 4 de mayo de 1990. "Sociedad Legal Minera La Unión de Tarapacá con Sociedad Química y Minera de Chile S.A.". *RDJ.,* t. LXXXVII, sec. 1a, p. 21).

Sobre la base de los conceptos esgrimidos, se desprende que las nulidades procesales buscan la invalidación del proceso por errores en cuanto a su tramitación, por tanto se deben regir por los principios de tipicidad y trascendencia, lo cual significa que los motivos deben estar expresamente consagrados en la ley como tal motivo, y que deben incidir de tal forma en la decisión de la causa, pues si el vicio no tiene relieve en la resolución no es posible nulitarlo. En la especie no se evidencia que el impugnante se haya referido a algún motivo que comprende una causa de nulidad contemplada en la ley, ni ha explicado o justificado su trascendencia, por tal motivo no debe declararse nulidad alguna.

Sin perjuicio de lo antedicho, también se debe destacar que acerca de las nulidades procesales en casación esta Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en reiteradas resoluciones ha indicado que los errores in iudicando son los que son objeto de conocimiento de estos juzgadores, mientras que los errores in procedendo o como la doctrina comúnmente los ha denominado "defectos de actividad" y en concreto estos aspectos sobre nulidades de trámite debieron haber sido discutidos en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio o incluso en la apelación, pues esta alta Corte de casación se ocupa de los vicios de derecho. Esta es la finalidad del recurso de casación, mantener la exacta observación de la ley y "cumple esta función revisando el juicio de derecho contenido en las sentencias de los jueces, o sea, el juicio sobre la existencia o inexistencia de una norma abstracta de ley y sobre si es o no aplicable al caso concreto" (Zavala Egas, Jorge. "Apuntes sobre la Casación". Quito-Ecuador, pág.58). Por lo expuesto, no siendo las alegaciones referidas por el recurrente, fundamentación que tenga que ver con la naturaleza del recurso de casación, se las desecha por improcedentes.

6.3.2. Sobre la primera causal, la indebida aplicación del artículo 170 inciso segundo del COIP, y la consecuente falta de aplicación del artículo 170 inciso primero ibídem.-

En lo que respecta al primer yerro formulado por el casacionista, aplicación indebida, cabe indicar que esta causal se produce *"[...] cuando entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla [...] El quebranto de una norma sustancial, por aplicación indebida, ocurre cuando, sin embargo de interpretarla el juzgador en su verdadera inteligencia, la aplica a un caso que ella no regula; es decir, cuando se aplica al asunto que es materia de la decisión una ley impertinente [...]"* (Lugones, Narciso y Dugo, Sergio. "Casación Penal y Recurso Extraordinario". Editorial Depalma. 1993. Buenos Aires. p. 227). En ese mismo orden de ideas, en reiteradas resoluciones de esta Sala se ha expresado que este vicio se configura:

> *"cuando en un caso concreto el juzgador aplica una norma jurídica que no corresponde, lo que constituye un error de la selección de la misma" (Resolución No. 1221-2014, dentro del juicio No. 2013-1829, de 25 de julio del 2014, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).*

"[…] la indebida aplicación, tiene lugar cuando se utiliza una norma legal de manera errónea a determinado caso; 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 que, el hecho fáctico, no se encasilla a lo que la norma escogida contiene[...]" (Resolución No. 1328-2016, dentro del juicio 0863-2013, de 11 de julio de 2016, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia).

En suma este vicio se produce cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto; por aplicar una norma que no resulta congruente para la resolución. El error no se encuentra en la premisa mayor del silogismo, o sea al seleccionar la norma aplicable y determinar su validez, sino en la premisa menor, porque el error puede cometerse al subsumir los hechos en la norma elegida. Este concepto o especie de violación se presenta cuando, entendida rectamente la norma de derecho en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla. Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia de la validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipoterizado por la norma que aplica.

En lo medular respecto de esta causal, la fundamentación principal del recurrente giró en torno a señalar que existe una indebida aplicación del inciso segundo del artículo 170 del COIP, por cuanto no se comprobó en el proceso la edad de la víctima, al no adjuntarse su respectiva partida de nacimiento.

Al presentar esta alegación, el impugnante no está pretendiendo una revalorización de la prueba, sino que señala la existencia de un posible vicio que puede convertirse en un error de derecho relacionado con uno de los elementos constitutivos del tipo penal de abuso sexual, siendo precisamente que en la especie se encuentra en discusión la edad de la víctima al momento del cometimiento de la infracción en lo que guarda relación con la imposición de la sanción; así la norma contenida en el artículo 170 ibídem establece:

"La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso camal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

***Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad** o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sanciona da con pena privativa de libertad de cinco a siete años [...]" (El énfasis fuera de texto). (El énfasis fuera de texto).*

De la revisión del expediente consta que está demostrada la minoría de edad, a foja 162 del cuaderno de primer nivel, pues consta la cédula de identidad de la víctima no siendo indispensable su partida de nacimiento, pues la finalidad de ambos documentos en relación a este tipo penal, es establecer con exactitud, sin equivocación alguna la edad precisa de la víctima C.X.F.V. al momento del cometimiento de la infracción, esto es, para el 19 de febrero de 2004.

Por lo expuesto, este Tribunal colige que la norma empleada por los jueces de primera instancia y de apelación es la norma subsumible al caso concreto, pues quedó demostrado en el proceso la edad de la víctima, siendo para la época de la infracción que C.X.F.V era menor de edad, encajándose así la conducta del procesado César Patricio Guerra Alvarado en el inciso segundo del artículo 170 del COIP, se adecúa su conducta a este tipo penal. En consecuencia, con lo relievado por estos juzgadores se declaran improcedentes las causales argüidas por indebida aplicación del artículo 170 inciso segundo de la norma penal y la consecuente falta de aplicación del inciso primero ibídem.

6.3.3. Sobre la segunda causal, indebida aplicación del artículo 48 numerales 1 y 8 del Código Orgánico Integral Penal.-

En lo que respecta a la fundamentación de esta causal, el impugnante por su parte indicó que no se debió aplicar el artículo 48 numerales 1 y 8 del Código Orgánico Integral Penal. En contraposición fiscalía en su exposición manifestó que las agravantes en el caso se encuentran debidamente demostradas tanto más que se trata de un profesional de la medicina que labora dentro de una institución educativa, no existiendo error en ese sentido.

Respecto de lo alegado por los sujetos procesales sobre la aplicación de atenuantes y agravantes en la causa, este Tribunal debe destacar que la casación no es una instancia en la cual se puedan conocer los hechos constitutivos de la infracción, pues estas son cuestiones fácticas revisadas por los juzgadores de instancia, por lo que en relación a las alegaciones sobre las atenuantes y agravantes, no es posible valorar la prueba. En la sentencia constan como probadas las circunstancias constitutivas de

las agravantes, de modo tal que las mismas están debidamente aplicadas por haber sido probadas durante la etapa de juicio, por lo que sin perjuicio de que existan atenuantes y por la prohibición legal establecida en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal no es posible aplicar el artículo 45 ibídem por existir dos agravantes establecidas en el artículo 48 del referido cuerpo legal.

6.3.4. Sobre la nulidad constitucional, por falta de motivación de la sentencia.-

Finalmente dentro de la fundamentación del recurso de casación interpuesto el recurrente refirió que la sentencia no es razonable, por lo que solicitó que se declare la nulidad constitucional por atentar contra la garantía establecida en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador.

Respecto de lo alegado, este Tribunal precisa que la esencia de un proceso debido, de un proceso legal es la resolución de la causa planteada tomando en cuenta la pretensión punitiva por parte de fiscalía y la oposición del procesado para que se ratifique su estado de inocencia. La sentencia, formalmente tiene una parte motiva y una parte resolutiva. En la primera existe una confrontación entre los hechos probados y la norma jurídica que razonadamente conduce a la parte final del fallo o parte resolutiva. "Todo proceso impone al juez, al tiempo de decidirlo, el examen sucesivo de tres cuestiones, que se han distinguido tradicionalmente, a saber: la constatación (comprobación) de los hechos del litigio; la calificación de estos hechos a la luz de las normas jurídicas; y la deducción de las consecuencias legales de tales hechos así calificados". (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal. Tomo III. Editorial "Revista de Derecho Privado". Madrid, págs. 460-461). Así se estructura en su parte formal la sentencia, pero su esencia es de mucha mayor dificultad, pues la actividad del juez al redactarla es de una comprensión del medio social del delito por el cual se acusó, de una apreciación de sana crítica de los medios probatorios introducidos en el proceso, de una cultura jurídica superior que permita una justa aplicación del derecho al hecho.

De la revisión realizada a la sentencia dictada por el Tribunal de apelación de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, se evidencia que el fallo es razonable, cumple con los estándares básicos de una sentencia motivada. En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha implementado el estándar que señala que toda decisión de las agencias gubernamentales o resolución judicial que afecte derechos fundamentales, debe estar debidamente motivada para evitar el ejercicio arbitrario del poder estatal (Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 234), así señala la Corte Europea de Derechos Humanos que de acuerdo a su jurisprudencia que refleja un principio vinculado a la correcta administración de justicia, los fallos de las cortes y tribunales deben expresar adecuadamente las razones en las que se basan (Caso García Ruiz vs. España, parágrafo. 89); lo dicho implica el deber de realizar una adecuada revisión de las pretensiones, argumentos y evidencia que ofrecieron las partes, como presupuesto del examen y valoración de su relevancia.

Frente a las alegaciones presentadas, este Tribunal, encuentra que la sentencia recurrida cumple en efecto con las máximas recogidas por la Corte Constitucional y desarrolladas por esta alta Corte Nacional de Justicia, en ese sentido, doctrinariamente se ha establecido que la debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derechos. A este respecto la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones que "[...] la obligación de motivar, así planteada, aparece como un instrumento que evita la arbitrariedad, puesto que exige a los funcionarios públicos la mejor fundamentación posible para justificar sus decisiones, con el objeto de hacerlas aceptables a los sujetos a quienes se dirigen y a la sociedad en su conjunto. Para cumplir con tal objetivo, la motivación tiene condiciones mínimas, a saber: debe ser RAZONABLE, LÓGICA y COMPRENSIBLE; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar los conflictos presentados, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniente de los enunciados normativos utilizados. Cada uno de estos elementos han sido desarrollados por la Corte Constitucional a través de sus resoluciones; por ejemplo, en lo que respecta al primer elemento, la razonabilidad, la Corte Constitucional ha señalado que dicho requisito se expresa a través del enunciamiento por parte del juzgador, de normas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

o principios jurídicos en los que una decisión judicial se sustenta, se hace referencia a un sentido de razonabilidad. Dicho en otras palabras, la decisión que adoptan los administradores de justicia debe sustentarse en las fuentes que el derecho le ofrece para resolver el caso que ha sido sometido a su jurisdicción. Sobre el segundo requisito, la lógica, la Corte ha expresado que aquel implica la debida coherencia y concatenación de las premisas que componen el fallo entre sí y con la decisión que se adopta. El último requisito de la motivación es aquel que se encuentra establecido en el artículo 4 numeral 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y se refiere a la comprensibilidad, entendido desde el punto de vista de los principios procesales de la justicia constitucional, como comprensibilidad efectiva y que de acuerdo a tal disposición normativa, se verificará de la siguiente manera: "Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá dictar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte [...]" (Sentencia N.° 145-15-SEP-CC CASO N.° 2147-13-EP, de 29 de abril del 2015).

Cuando se acusa de la vulneración de motivación disciplinada como deber en toda resolución judicial, y precisamente dada la rigurosidad del recurso de casación para su procedencia se exige que el recurrente indique, si la fundamentación de la sentencia ha sido mínima, insuficiente o carece totalmente de motivación y cuáles han sido las razones o elementos, que llevaron al Tribunal ad-quem a no motivarla debidamente. Además, en atención a que la motivación es un principio de carácter general, no es susceptible acusarla en forma amplia, es indispensable indicar cuáles son las normas legales que desarrollan dicho principio, y cómo han sido infringidas por el juez de instancia, situación que el recurrente omite en su fundamentación. Para que una resolución adolezca del vicio de falta de motivación, tendría que carecer de sustento jurídico y fáctico y, que su contenido no sea concreto, sino que carece de razonabilidad, lógica, o comprensibilidad o que no exista armonía entre las partes que la componen, que no sea clara en lo que expone ni coherente con la ley y la jurisprudencia. (Resolución No. 0175-2012, de 19 de junio de 2012).

Al contrario de lo esgrimido por el recurrente se evidencia que existe inconformidad de su parte con la resolución adoptada, lo que no significa inexistencia de motivación, incluso el recurrente se ha referido a varios aspectos tomándolos en juicios de valor y descrédito cargados de argumentación discursiva, en los cuales señala que habría una "inmotivación por falta de razonabilidad" o, sin llegar a precisar en derecho la forma de configuración de la falta de motivación. En la especie, se evidencia que los juzgadores de primer y segundo nivel analizan la prueba presentada por los sujetos procesales, tanto los elementos de cargo como de descargo, explican cuáles son los hechos que se estiman por probados, así como explicitan las razones para la aplicación de normas jurídicas pertinentes en que se subsumen esos hechos, no se evidencia que falte a la razonabilidad, lógica, o comprensibilidad, por lo que se desecha la alegación expuesta al no encontrarse debidamente fundamentada.

SEXTO
RESOLUCIÓN

En virtud de lo expuesto, y conforme con lo establecido en el artículo 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** declara por unanimidad improcedente el recurso de casación formulado por César Patricio Guerra Alvarado.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Marco Maldonado Castro, JUEZ NACIONAL; Dra. Janeth Santamaría Acurio, CONJUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2018

SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. *01133-2017*
Resolución Nro. *0383-2018*
Fecha: *25 de junio del 2018*

TEMA: Juramento deferido.- El Art. 593 del Código del Trabajo establece los parámetros para la apreciación del juramento deferido y la finalidad de esta diligencia; cuando no obre del proceso prueba alguna que permita establecer la remuneración percibida ni el tiempo de servicios del actor, esta actividad será apreciada conforme las regla de la sana crítica.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La parte actora manifiesta que ingresó a laborar desde el 18 de junio del año 1997, prestando sus servicios lícitos y personales realizando las labores de mensajero para la compañía demandada, cumpliendo un horario de trabajo de 8h00 a 17 00, de lunes a viernes. Que el 02 de octubre de 2015, aproximadamente a las 16h45, le manifestaron que hasta ese día laboraría, por lo que se constituye un despido intempestivo; que con fecha 9 de noviembre de 2015, firmó una acta de finiquito, la misma que la impugna por cuanto no consta la fecha real del ingreso a su trabajo y por lo tanto no le corresponde el valor que consta por despido intempestivo y bonificación por desahucio, además no se incluyen las utilidades del año 2014, décima cuarta remuneración del período 2013-2014 y 2014-2015. Exige como pretensión, el pago de la diferencia por tiempo real de servicio de despido intempestivo, bonificación por desahucio, décima tercera y cuarta remuneración, fondos de reserva, utilidades del año 2014, vacaciones del último período, remuneración del mes de septiembre y octubre del 2015. La juzgadora observa la litis y se centra en determinar la existencia de la relación laboral, el derecho del actor al pago de horas suplementarias y extraordinarias, bajo la negativa de la parte demandada, por no comparecer a la audiencia única. Lo que es materia de controversia es el tiempo de trabajo, así como el inicio de la relación laboral, por lo que la parte actora en su demanda impugna el acta de finiquito, manifiesta haber iniciado la relación laboral el 18 de junio de 1997 misma que concluyó el 02 de octubre de 2015 en efecto el demandado al momento de dar contestación a la demanda manifiesta que la relación laboral inició el 18 de junio de 1997 a título personal con el demandado, más no con la empresa que él representa y que la relación laboral culminó en el año 2007 porque hasta la fecha en que se encuentra citada, han transcurrido más de tres años, habiendo prescrito la acción para demandarlo. El juez de primera instancia una vez analizado el proceso, concluye que ha existido una relación laboral entre las partes procesales ininterrumpida desde el 18 de junio de 1997, por lo que es procedente la impugnación del acta de finiquito suscrita entre las partes, siendo que existe renunciabilidad de derechos del actor. Desechándose de esta manera la excepción previa de prescripción que fue planteada por el demandado, siendo procedente el pago de: la diferencia sobre los valores pagados en el acta de finiquito referente al despido intempestivo y desahucio. El actor reclama además pago de beneficios sociales, décima tercera y cuarta remuneraciones, período 1997 a 2008, sin que obre del proceso que el demandado haya satisfecho dichos valores, es pertinente ordenar su pago. En relación a los otros períodos reclamados, se encuentran cancelados en el acta de finiquito. El actor reclama el pago de los fondos de reserva del período 1998 a 2008, no

obrando prueba de su pago es procedente ordenarlo; reclama el pago de utilidades del año 2014, del documento que obra en el expediente consta la declaración del impuesto a la renta donde la entidad demandada, sin que se haya justificado el pago de las mismas corresponde ordenar su pago, sin embargo no obra del proceso el listado de los trabajadores de la empresa, razón por la cual dicho valor será calculado en la fase de ejecución. Por todo lo expuesto, el juez de primera instancia declara con lugar la demanda ordenando a los demandados por sus propios derechos y por los que representan en sus calidades de Gerente y Presidente respectivamente paguen al actor los siguientes rubros: diferencia de despido intempestivo y bonificación por desahucio, décimo tercera y décimo cuarta remuneración de los años 1997 al 2008, fondos de reserva 1998-2008, todos estos rubros con los intereses de ley, cuando la sentencia se encuentre ejecutoriada-.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la decisión de primera instancia la entidad demandada interpone recurso de apelación. De las pruebas alegadas en el proceso, y de conformidad con las reglas de la sana crítica, se procede a analizar el único punto controvertido en la presente instancia que se reduce a determinar si procede o no la excepción de prescripción alegada por el demandado, por lo que al respecto analizando las pruebas se tiene que el primer contrato de trabajo data del año 2007 y si la compañía estuvo inactiva desde el 15 de septiembre de 1999 hasta marzo de 2010 como pudo haber laborado en ese período. El actor alega que trabajó desde 18 de junio del 1997, prestando sus servicios lícitos y personales en calidad de mensajero para la compañía demandada, quien ha reconocido el vínculo laboral con el actor primero como persona natural desde el 18 de junio de 1997 hasta julio del año 2007 y desde el año 2007, hasta octubre del año 2015 para la empresa Comisión Latinoamericana de Productividad y Medio Ambiente CLAPAN S.A., que el período laborado para el demandado como persona natural se encuentra prescrito. Pues de la prueba no consta que el actor haya justificado el vínculo laboral con la entidad demandada, es decir de acuerdo a los términos como establece el Art. 8 del Código del Trabajo. Es a partir del 01 de julio del año 2007, que el actor suscribe un contrato de trabajo con la empresa demandada, en que se establece una remuneración, más los beneficios de Ley y donde el trabajador se obliga a trabajar jornadas dentro de horarios establecidos por el empleador, siendo indiscutible, que a partir de esa fecha que el vínculo laboral en los términos del Art. 8 del Código del Trabajo se encuentra demostrado, en consecuencia al existir insuficiencia probatoria respecto al período laborado por el actor para en ese entonces empleador como persona natural se acepta la excepción de prescripción del vínculo laboral desde junio de 1997 hasta el 30 de junio de 2007. Sin embargo siendo evidente que en el acta de finiquito que el actor impugna se le ha reconocido el período laborado desde el segundo contrato de trabajo, es decir desde el 01 de octubre del 2008 y no desde el 01de julio del 2007 es procedente una reliquidación de valores por este período, reconociendo la responsabilidad solidaria de los demandados con la Compañía COPLAM S.A., para efectos de cumplimiento de la presente resolución. Por las consideraciones que anteceden el Tribunal de Apelación en criterio unánime acepta del recurso de apelación planteado y resuelve reformar la sentencia recurrida de primer nivel y ordena que la entidad demandada pague al actor diferencias por despido intempestivo y diferencia por desahucio, sin costas ni honorarios que regular.

SÍNTESIS CASACIÓN
El actor interpone recurso de casación, admitiendo a trámite el recurso únicamente por el caso cuarto del Art. 268 del Código General de Procesos, en su recurso la parte actora al fundamentar considera que se han infringido por falta de aplicación los siguientes Arts. 164, 169 inciso segundo, 187 y 193 del Código General de Procesos y Art. 593 del Código del Trabajo, alega que no era obligación del recurrente probar la relación laboral existente con la compañía CLAPAM S.A., en el período 1997 al 2007, ya que fue el propio demandado quien afirmó una relación laboral a título personal como persona natural, de este modo el único obligado a demostrar su afirmación a criterio del actor, era la compañía demandada. Como segundo argumento acusa la falta de aplicación del Art. 164 del Código General de Procesos, lo cual trajo como consecuencia la falta de aplicación de las siguientes normas sustantivas al momento de la valoración de la prueba: Arts. 193 del Código Orgánico General de Procesos, ya que a criterio del recurrente el Tribunal de Alzada no valora la carta que data del año 1997 en los que consta los nombres completos del demandado y del trabajador y el logo de la Compañía CLAPLAM S.A., que a fojas 12 obra del proceso un documento mediante el cual se daban órdenes y autorizaciones para que el trabajador realice cobros a nombre de la empresa entre otros documentos que obran del proceso a favor de la parte actora, lo cual demuestra que la relación laboral inició desde el año 1997. El Tribunal ad quem no apreció el juramento deferido como prueba eficaz para justificar el vínculo laboral del actor con la empresa accionada desde el año 1997, se acepta por ser procedente la acusación de falta de aplicación de las normas alegadas, pues la valoración realizada por el tribunal de instancia ha sido absurda, ilegal y arbitraria, concluyendo el Tribunal de Casación que la relación laboral del actor con la empresa demandada CLAPLAM S.A., tuvo su inicio en el año de 1997. Por lo que casa parcialmente la sentencia y la entidad demandada deberá cancelar al actor los siguientes rubros: diferencia del despido intempestivo, diferencia de bonificación por desahucio, décima tercera remuneración 1997-2008, décima cuarta remuneración 1997-2008, fondos de reserva 1998-2008.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09359-2017-01133
Jueza (E) Ponente: Dra. Rosa Jaqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 25 de junio del 2018, las 09h46.-
VISTOS: En el juicio laboral que sigue el señor VÍCTOR HUGO BARRERA PINCAY en contra de la COMISIÓN LATINOAMERICANA DE PRODUCTIVIDAD Y MEDIO AMBIENTE CLAPAM S.A, en la persona de la señora Lola Esmeralda Márquez Soriano y el señor José Enrique Márquez Soriano, en sus calidades de Gerente General y Presidente respectivamente; la parte actora interpone recurso 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 20 de febrero de 2018, las 17h11, que en criterio unánime acepta el recurso de apelación planteado y resuelve reformar la sentencia de primer nivel, y ordena que Lola Esmeralda Márquez Soriano y José Enrique Márquez Soriano, en sus calidades de Gerente General y Presidente de la COMISIÓN LATINOAMERICANA DE PRODUCTIVIDAD Y MEDIO AMBIENTE CLAPAM S.A paguen al actor los siguientes rubros: a) diferencia por despido intempestivo: $550,00; b) diferencia de desahucio: $138,00 dando el total de la SUMA de: $688,00 (TOTAL A PAGAR: SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO DÓLARES CON OO/100). Este Tribunal considera:

PRIMERO: ANTECEDENTES.-
1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.- La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en la sentencia resuelve: *"DECISIÓN.- Por las consideraciones que anteceden y analizadas las pruebas aportadas al proceso a la luz de la sana crítica, considerando el principio de lealtad procesal así como lo alegado por las partes procesales, y lo obrante en autos y por no ser necesario entrar en más consideraciones, en estricto cumplimiento a lo ordenado en los Arts. 1, 4, 5, 7 y 36 del Código del Trabajo; artículos 92, 95, 160, 161 y 164 del Código Orgánico General de Procesos; artículos 9, 15, 19, 23 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial; y Arts. 33, 75, 76, 82, 328 y 326 en sus principios segundo y tercero de la Constitución de la República, esta 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 LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, en criterio unánime acepta el recurso de apelación planteado y resuelve REFORMAR la sentencia recurrida de primer nivel, y ordena que LOLA ESMERALDA MARQUEZ SORIANO y JOSÉ ENRIQUE MARQUEZ SORIANO , en sus calidades de gerente general y presidente de la COMISION LATINOAMERICANA DE PRODUCTIVIDAD Y MEDIO AMBIENTE CLAPAM S.A paguen al actor los siguientes rubros: a) diferencia por despido intempestivo : $550,00; b) diferencia de desahucio: $138,00 dando el total de la SUMA de : $688,00 (TOTAL A PAGAR: SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO DÓLARES CON 00/100)."*
1.2.- La Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Janeth Cecilia Santamaría Acurio, mediante auto de fecha 11 de abril de 2018, las 12h00, admite a trámite el recurso de casación únicamente por el caso 4 del artículo 268 del Código General de Procesos, por cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 266, 267 y 277 del Código Orgánico General de Procesos, disponiendo la remisión del proceso, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 270 del mismo cuerpo legal.
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 juezas doctoras: María Consuelo Heredia Yerovi, Katerine Muñoz Subía y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en virtud del oficio No. 691-SG-CNJ de 26 de abril de 2018, 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, y 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.
2.2.- VALIDEZ PROCESAL: El recurso de casación ha sido tramitado conforme a las normas contenidas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, por lo que se declara su validez, al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia procesal, incluido lo realizado en audiencia.
TERCERO: ARGUMENTACIÓN DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA.- Este Tribunal de Casación en cumplimiento de lo que disponen los artículos 272 y 93 del Código Orgánico General de Procesos, en audiencia celebrada el día jueves 14 de junio de 2018, a las 11h00, escuchó la argumentación de la fundamentación del recurso de la parte actora por intermedio de su abogada defensora doctora Libia Germania Haro A.; y la contradicción de la parte demandada, encontrándose presente únicamente el demandado José Enrique Márquez Soriano, sin su defensa técnica.
3.1.- ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA: La parte actora en su recurso de casación y en la argumentación, por intermedio de su defensora doctora Libia Germania Haro A., al fundamentar el caso 4 del artículo 268 del COGEP, considera que se han infringido por ***falta de aplicación*** los siguientes artículos: 164, 169 inciso segundo, 187 y 193 del Código Orgánico General de Procesos y del artículo 593 del Código del Trabajo.
El recurrente acusa de falta de aplicación del artículo 169 segundo inciso del Código Orgánico General de Procesos, por cuanto en la contestación a la demanda el empleador aceptó que "la relación laboral inició el 18 de junio de 1997 a título personal con el señor José Enrique Marquez Soriano" más no con la empresa demandada CLAPAM S.A. y que la relación laboral entre los comparecientes culminó en el año 2007, razón por la cual se invirtió la carga de la prueba y era obligación del accionado demostrar su afirmación, para lo cual era indispensable que agregara como prueba a su favor el supuesto contrato de trabajo que suscribió con

el trabajador de manera directa por ese periodo y el acta de finiquito con su respectiva liquidación de haberes laborales, lo cual no consta de autos; es decir, a criterio del recurrente, la afirmación de la parte demandada no fue sustentada con pruebas testimoniales ni documentales; motivos por los cuales la parte casacionista considera que el tribunal *ad quem* debió haber aplicado este artículo para ordenar el pago de la indemnización que le correspondía por todo el periodo laborado, no solo por el periodo del año 2008 al 2015 ya que la pretensión de la demanda es **la impugnación del acta de finiquito por no haberse liquidado todo el tiempo de servicio laborado.**

Alega que el tribunal de alzada incurre en esta violación ya que en su resolución en el considerando décimo quinto de la sentencia recurrida, en su parte final señala: *"el actor no ha justificado el vínculo laboral con la empresa accionada en los términos que establece el art. 8 del Código de Trabajo, esto es, dependencia subordinación horario de trabajo y remuneración"*, menciona que ya no era obligación del recurrente probar la relación laboral existente con la compañía CLAPAM S.A en el periodo de 1997 al 2007, ya que fue el demandado quien afirmó una relación laboral a título personal como persona natural; de este modo el único obligado a demostrar su afirmación a criterio del señor Víctor Hugo Barrera Pincay era la compañía demandada.

Como segundo cargo, la parte casacionista acusa de falta de aplicación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, lo cual trajo como consecuencia la falta de aplicación de las siguientes normas sustantivas al momento de valorar la prueba: a) artículo 193 del Código Orgánico General de Procesos, ya que a criterio del recurrente el tribunal de alzada no valora la carta que data del año 1997 en la que constan los nombres completos del demandado y del trabajador y el logo de la compañía CLAPLAM S,A, que a fojas 12 obra del proceso un documento mediante el cual se daban órdenes y autorizaciones para que el trabajador realice cobros a nombre de la empresa, de fjs. 15 a fjs. 23 constan comprobantes de pago, documentos que hacen prueba plena a favor de la parte actora para demostrar que la relación laboral inició desde el año 1997.

El artículo 187 del Código Orgánico General de Procesos, ya que en ninguna parte de la sentencia en análisis se ha valorado la declaración de parte del demandado que fue legalmente solicitada y practicada en la audiencia única, es decir no valoran dicha prueba a pesar de que cumple con todos los requisitos legales; que la declaración de parte del demandado contiene la afirmación de la existencia de la relación laboral con el trabajador a título personal; sin embargo no obra de autos que aquella supuesta relación laboral existió, que relevó al trabajador de la prueba, consecuentemente queda demostrado que la relación laboral siempre fue con la compañía y desde el año reclamado en la demanda.

Finalmente, se refiere al artículo 593 del Código del Trabajo, señalando que los jueces en ningún momento han aplicado el citado artículo para valorar la prueba del juramento deferido que fue legalmente realizado al trabajador en la audiencia única, lo que evidencia la falta de aplicación de norma expresa, siendo a criterio de la parte casacionista una prueba fundamental en este juicio para demostrar el tiempo de servicio.

3.1.1.- CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDA: Presente en la audiencia el demandado José Enrique Márquez Soriano, sin la compañía de su defensa técnica, solicita al tribunal ser escuchado; petición con la que se corre traslado a la parte casacionista; sin que hay oposición.

Este tribunal de casación, en observancia de lo que dispone el artículo 76.7, el derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: *"a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;* (…) c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; concede la palabra al demandado quien manifiesta: que constan agregados al proceso dos contratos de trabajo de la empresa CLAPAM S.A. con el actor Víctor Hugo Barrera Pincay, que corresponden a los años 2007 y 2008; que fue desde el año 2007 que se dio inicio a la relación laboral, pues antes era directa con el demandado; que inclusive el señor Barrera presentó denuncia en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pero dicha institución consideró que la relación laboral con la empresa CLAPAM únicamente fue desde el año 2007, por lo que considera que la sentencia dictada por la Corte Provincial está ajustada a derecho.

CUARTO: 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: [...] 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." 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 hacérsela 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 juicios 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).*

QUINTO: 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 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 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 litigantes." (El recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32). En esta misma línea, es importante recalcar que este Tribunal procederá al 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 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 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 la 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.

SEXTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- 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 con el 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 la parte impugnante, de lo que se tiene lo siguiente:

6.1.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: CASO 4. DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: La parte recurrente invoca el caso 4. del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que señala: *"Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)4. 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."* Este caso tiene como principio fundamental, la tutela de la autonomía que gozan los jueces de instancia al examinar los hechos, actividad limitada para este tribunal de casación. Sin embargo, la ley nos atribuye 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 bajo pruebas actuadas contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido. Encontrándonos por el presente caso, con 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 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.

6.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- En orden a las pretensiones del actor y las acusaciones imputadas al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP; le corresponde a este Tribunal determinar *si en efecto la sentencia impugnada ha incurrido en falta de aplicación de los artículos 164, 169 inciso segundo, 187 y 193 del Código Orgánico General de Procesos y del artículo 593 del Código del Trabajo, al no haberse reconocido el tiempo real de trabajo del actor.*

6.3.- El caso 4 del Art. 268 del COGEP, sirve de fundamento para proponer el recurso de casación, cuando se produce la infracción de la norma jurídica substancial de manera indirecta, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, que ha provocado aplicación indebida o inaplicación de otra norma de derecho.

6.3.1.- Es oportuno señalar que no corresponde a este 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, dicha atribución se encuentra reservada para a los jueces y tribunales de instancia, ya que al tribunal de casación lo que le corresponde es controlar que en la valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, ocasionando la transgresión de normas sustantivas; y que la valoración realizada por el tribunal adquem no sea absurda, ilegal y arbitraria.

Así se ha pronunciado esta Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en diferentes fallos*: "Se evidencia que la pretensión del recurrente está encaminada a que este tribunal de casación revalore la prueba aportada por las partes procesales, no teniendo facultad para ello según lo dispone la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 002-15-SEP-CC, caso No. 1370-14-EP, en el que determinó: "Siendo así, los jueces nacionales, en el conocimiento de un recurso de casación, deben actuar conforme a sus competencias constitucionales y legales, esto es, analizando la decisión contra la cual se propone el recurso en contraposición con los fundamentos del mismo, encontrándose impedidos de analizar los hechos que originan el caso concreto y de efectuar una valoración de la prueba, ya que aquello es una atribución privativa de los órganos de instancia."* (Sentencias: Juicio 2673-2016, Juicio 2612-2016, Juicio 0314-2015).

6.3.2.- El recurrente acusa en su recurso la falta de aplicación del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, lo cual indica condujo a la falta de aplicación del artículo 193 del Código Orgánico General de Procesos, señalando que el tribunal de apelación no valoró documentos que hacen prueba plena a favor de la parte casacionista para demostrar que la relación laboral inició desde el año 1997, entre éstos: *"…a fs. 9 (…) una carta que data del año 1997 en la que constan los nombres completos del demandado y del trabajador y el logo de la compañía CAPLAM S.A; (…) a fs. 12 obra del proceso un documento mediante el cual se daban órdenes y autorizaciones para que el trabajador realice cobros a nombre de la empresa (…) de fjs. 15 a fjs. 23 constan comprobantes de pago. (…)*".

Añade el recurrente que en el Considerando Décimo Quinto de la sentencia recurrida, no se valoraron estos documentos, cuando el tribunal de apelación simplemente señala: "*Observando la prueba documental que obra de autos con la documentación incorporada al proceso, antes de julio de 2007 (…)*", considera que éste no es un examen de valoración de la prueba documental pues debe expresarse en la resolución de qué modo la prueba llevó al convencimiento a los juzgadores y no únicamente concluir sin apreciarla en conjunto.

Al respecto, este Tribunal observa de la sentencia en análisis que efectivamente la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en el Considerando Décimo Quinto de la Sentencia, no ha analizado los documentos presentados por la parte actora a fs. 9 y 12 de primera instancia, habiendo actuado conforme a derecho, por cuanto se trata de copias simples que no podían ser tomadas en cuenta.

Sin embargo, con respecto a los comprobantes de pago realizados por CLAPAM S.A al actor, que constan a fs. 15 a 23, se comprueba que no fueron apreciados ni valorados por el tribunal adquem, a pesar de ser piezas fundamentales para llegar a una decisión, por lo que se acepta el yerro de falta de aplicación del artículo 193 del COGEP que expresa*: "Prueba documental. Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho."*

6.3.3.- *Con relación a la falta de aplicación del artículo 187 ibídem, que dispone: "Declaración de parte. Declaración de parte es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o*

la existencia de un derecho rendido por una de las partes. La declaración de parte es indivisible en todo su contenido, excepto cuando exista otra prueba contra la parte favorable del declarante.", el casacionista acusa la falta de aplicación de este artículo señalando: "En ninguna parte de la sentencia se ha valorado la declaración de parte del demandado (…) que fue legalmente solicitada y practicada en la audiencia única (…) Esto lo resalto, toda vez que la declaración de parte del demandado contiene la afirmación de la existencia de la relación laboral con el trabajador a título personal, más sin embargo no obra de autos que aquella supuesta relación laboral existió (…)".

Cotejando estas alegaciones con la sentencia del tribunal de apelación, se observa que efectivamente no existe valoración de la declaración de parte del demandado y siendo ésta un testimonio acerca del hecho controvertido, que es el inicio de la relación laboral, no se ha valorado lo establecido por el demandado José Enrique Márquez Soriano, quien ha manifestado que sí existió relación laboral con el trabajador a título personal desde el año 1997, afirmación que es concordante con lo manifestado al contestar la demanda, en donde expresa: "2.1.1. INICIO DE LA RELACIÓN LABORAL PERSONAL. El accionante, en efecto, comenzó a trabajar conmigo desde el 18 de junio de 1997, *cuando aún era menor* de edad, pero de manera personal, y NO para la compañía que represento.", en consecuencia, se acepta el yerro denunciado.

6.3.4.- El casacionista acusa falta de aplicación del artículo 593 del Código del Trabajo, por cuanto no ha valorado el tribunal de alzada el juramento deferido, mencionando que: *"en ningún momento los jueces han aplicado el citado artículo para valorar la prueba del juramento deferido, que fue legalmente realizado al trabajador en la audiencia única, lo que evidencia la falta de aplicación de norma expresa. El juramento deferido del trabajador es fundamental en este juicio para demostrar el tiempo de servicio".* Al respecto, el artículo 593 del Código del Trabajo que expresa: "*Criterio judicial y juramento deferido.- En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares."* Es decir esta norma establece los parámetros para la apreciación del juramento deferido y la finalidad de esta diligencia; esto cuando no obre dentro del proceso prueba alguna que permita establecer la remuneración percibida **ni el tiempo de servicios del actor**, esta actividad será apreciada conforme las reglas de la sana crítica, precepto jurídico establecido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos. En este sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso el juramento deferido se aplica para determinar el tiempo de servicios del actor para CLAPAM S.A, y al no existir prueba capaz y suficiente para la verificación del tiempo de servicios de la parte actora se debió apreciar este medio probatorio; y al no haber sido valorado por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se acepta la acusación por parte del recurrente. En consecuencia, al no haber valorado el tribunal de apelación estas pruebas que han sido determinantes para justificar el vínculo laboral del actor con la empresa accionada desde el año 1997, se acepta por ser procedente la acusación de falta de aplicación de las normas alegadas, pues la valoración realizada por el tribunal de instancia ha sido absurda, ilegal y arbitraria, concluyendo este tribunal de casación que la relación laboral del actor con la empresa demandada CLAPAM S.A. tuvo inicio en el año 1997.

SÉPTIMO: FALLO.- En orden a todo lo expuesto, este Tribunal por unanimidad **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 20 de febrero de 2018, las 17h11, en el sentido de que la relación laboral tuvo inicio en el año 1997; por lo que la parte demandada deberá cancelar al actor los siguientes rubros: diferencia despido intempestivo: $. 6.050; diferencia de bonificación por desahucio: $. 1.512,50; décima tercera remuneración 1997-2008: $. 1.160.02; décima cuarta remuneración 1997-2008: $. 975.15, fondos de reserva 1998-2008: $. 881.55. Total: $. 10.579,22.- Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rosa Jaqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (PONENTE E.); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZ NACIONAL.

II

Juicio Nro. *02528-2017*
Resolución Nro. *402-2018*
Fecha: *02 de julio de 2018*

TEMA: Despido ineficaz. La relación mantenida entre el accionante y la empresa es de carácter laboral, relación laboral derivada del contrato escrito entre las partes. De su análisis se desprende que la labor que realizaba la accionante no era a destajo, pues cumplía un horario definido, estaba subordinada a las órdenes que le daba el empleador. Por tanto se trata de un contrato a tiempo indefinido y al haber sido despedida en estado de gestación se convierte en despido ineficaz.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La parte actora manifiesta que ingresó a laborar desde el 2 de marzo de 2017 para la entidad demandada, que con fecha 31 de julio de 2017 le informó a su jefe inmediato sobre su embarazo, lo cual le llevaron al Departamento Médico de la empresa le realizaron exámenes, se acercó a recursos humanos copia del examen lo cual el jefe de Recursos Humanos de la mencionada entidad le indicó que hasta ese día laboraba y le solicitó que firmará la renuncia voluntaria a la que no accedió. Por lo que solicita se declare el despido ineficaz y el pago de los rubros detallados en la demanda. La parte demandada argumenta, que la actora laboraba bajo la modalidad de destajo y no cumplió con justificar mediante un certificado médico otorgado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, su estado de embarazo. La entidad demandada argumenta que la relación laboral terminó por causas legalmente previstas en el contrato. Afirmación que de conformidad a la inversión de la carga de la prueba, correspondía probar dichas causas legales de terminación de contrato para lo cual ha producido un contrato de trabajo a destajo que resulta concordante con al aviso de entrada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, lo que con las pruebas alegadas se determina efectivamente que se trata de un contrato a destajo y con la notificación de fecha 23 de agosto del 2017 se le hace saber a la actora la terminación de dicho contrato, terminando las relaciones laborales de conformidad a los numerales 1 y 3 del Art. 169 del Código del Trabajo, es decir de manera legal, no habiendo justificado la actora que las relaciones laborales hayan terminado por despido intempestivo. Por estas consideraciones expuestas anteriormente el juez de primera instancia declara sin lugar la demanda de despido ineficaz presentada por la actora.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la decisión de primera instancia, la parte actora interpone recurso de apelación, en el que manifiesta que el COGEP, en su Art. 169 inciso 2, la necesidad que la parte demandada pruebe sus afirmaciones, es decir, que se invirtió la carga de la prueba cuando señala que la trabajadora se la contrató a destajo y que se había terminado la tarea, es decir debió demostrar que el objeto del contrato se cumplió, que la remuneración de un contrato a destajo se cumple por partes, sin considerar el tiempo invertido, pero en este caso estaba sujeto a un horario de trabajo de lunes a viernes. El Tribunal de apelación observa que se encuentra alegado por la empleadora la existencia de un contrato bajo la modalidad a destajo que bien puede estar reñido con la realidad, por cuanto aparecen elementos como carga horaria y jornada diaria que pueden desnaturalizar

dicha modalidad, volviendo discutible si realmente es un contrato a destajo, y en el evento que no sea a destajo, se estaría frente a un contrato de plazo indefinido cuya terminación unilateral conllevaría la sanción a un despido intempestivo. Sin embargo, pasando a analizar el otro elemento o presupuesto del despido ineficaz, esto es el estado de embarazo y que sea conocido por el empleador, no se observa probada tal situación que ha sido negada por el demandado; la actora señala en el proceso que cuando hizo saber del particular a la empresa el 31 de julio del 201, no le dieron una certificación de recepción sin generar actividad probatoria para demostrar este aserto; el juez aquo en su fallo" ….el estado de embarazo es evidente a simple vista por lo tanto no necesitaba prueba", opinión del juez subjetiva por cuanto los hechos que se juzga ocurrieron meses antes (entre julio y agosto del 2017) y la audiencia donde tiene contacto por el principio de inmediación se celebró el 20 de octubre del 2017, fecha en que le pareció" evidente" por lo que dicha conclusión del juez carece de la debida motivación. No se ha probado de ninguna manera que el empleador conocía del particular, inclusive las ecografías e informe de embarazo tienen fecha del 22 de agosto del 2017, siendo que la relación laboral concluyó el día siguiente al 23 de agosto del 2017; lo cual no permite inferir razonablemente que haya podido ser conocida tal información por la demandada. Es decir los elementos expuestos, permiten concluir que existió despido intempestivo, pero no el otro elemento necesario para calificar de INEFICAZ EL DESPIDO que es el estado de embarazo sea conocido por el accionado. La Sala en forma unánime ha fundamentado su decisión, por lo que declara sin lugar el recurso de apelación planteado por la parte actora y en consecuencia se confirma la sentencia subida en grado, en los términos de este fallo, en lo estrictamente referente al despido ineficaz.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora interpone recurso de casación, se admitió el recurso por los casos 2 y 4 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos. Manifiesta que en el fallo impugnado ha incurrido en los vicios de inconsistencia e incongruencia. En relación con el vicio de inconsistencia que en el considerando séptimo del fallo, al resolver la Sala de apelación en efecto diferido, sobre la inadmisibilidad de su declaración de parte como medio de prueba se contradice en señalar que," Si constituye un medio probatorio la declaración de parte de la actora aun cuando la solicite ella misma, pero que en la especie en el presente caso resulta inconducente puesto que su alegación esta explicita en su demanda(……)" aduce que lo que pudiere declarar, como consta en la demanda, resulta inconducente tomar su testimonio cuestionado la recurrente que la demandada no constituye medio de prueba; más la declaración de parte de acuerdo con los Arts. 174 y 187 del COGEP es un medio probatorio, puesto que el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes, resultando relevante su testimonio. Respecto de incongruencia del fallo manifiesta que en el numeral 8.3:" En suma tendríamos elementos que nos permitan concluir que existió despido intempestivo"; cuestiona que al haber llegado los jueces a esa conclusión, tomando en cuenta que la actora tanto en la demanda como la apelación reclama el despido intempestivo, el Tribunal de apelación se contradice al no reformar la demanda. En el caso cuarto del Art.268 del COGEP, alega falta de aplicación de los Arts. 163.3 del COGEP y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata de los hechos que no requieren ser probados, lo que ha llevado a la Sala a no aplicar los Arts. 188 y 195.3 del Código del Trabajo, acusa que el Tribunal Ad quem, se limita a tomar su decisión a partir de lo manifestado por el Juez Ad quo, alude que el Juez ha realizado una

valoración subjetiva de los hechos, y no consideró que el hecho sea notorio. El Tribunal de Casación y preservando el ordenamiento jurídico laboral, argumenta que el juez está en la obligación de determinar qué clase de contrato de trabajo existía realmente entre las partes en conflicto, cuando se está evidenciando que en el presente caso a pesar de referirse a un contrato a destajo éste no cumple los presupuestos para que así sea considerada, pues existía carga horaria y jornada diaria que la actora realizaba en la empresa. Se encuentran pruebas como el informe firmado por el médico del Centro de Diagnóstico " San Vicente de Paúl", en el que se indica que la ex trabajadora, el día 22 de agosto de 2017, tiene un embarazo de seis meses y medio, no consta que la actora haya notificado de su embarazo a su empleador, sin embrago por el tiempo de indicado en el informe médico, se deduce que era notorio. Por lo que aplicando las reglas de la sana crítica al haberse encontrado la demandante con un embarazo de 26 semanas, 5 días, y acudiendo los cinco días a la semana a las instalaciones de la empresa a realizar su trabajo, su estado de gestación era notorio para sus empleadores y compañeros de trabajo, a la fecha en que se produce el despido. Del análisis que el Tribunal de Casación se desprende que el Art. 154 del Código del Trabajo, protege la estabilidad de la mujer embarazada, sin que se produzca ninguna excepción que no sea el visto bueno del Art. 172 ibídem, razón por la que la señora actora al haber tenido un contrato a tiempo indefinido, no podía habérsele notificado con la terminación, por el tiempo, de un" supuesto contrato a destajo", pues dicha notificación constituye despido intempestivo y por consiguiente la accionante tiene derecho a las indemnizaciones correspondientes, esto es, tomando en cuenta su última remuneración mensual, indemnización por despido intempestivo, Art. 188 del Código del Trabajo, indemnización a la mujer embarazada, Art, 195.3 ibídem. El Tribunal de Casación, en orden de lo expuesto casa la sentencia y declara el despido ineficaz a favor de la actora.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2017-02528

Jueza Ponente: Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 2 de julio del 2018, las 12h42,
VISTOS: En el juicio laboral que sigue **Bertha Beatriz Tomalá Ramírez**, en contra de **LABORATORIOS H.G C.A.,** representado por la Gerente General Myra Ellen Holst Díaz; y Presidente José Luis Troya Sáenz, a quienes demanda por sus propios y personales derechos y los que representan y de manera solidaria, en los términos del artículo 36 del Código del Trabajo, al señor Javier Fernando Vite Jiménez; la accionante ha interpuesto recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 23 de febrero de 2018, a las 16h23; que negando el recurso de apelación planteado por la parte actora, confirma la sentencia de primer nivel recurrida, que declaró sin lugar la demanda de despido ineficaz. Este Tribunal 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 impugnada resuelve: *"En suma tendríamos elementos que nos permiten concluir que existió despido intempestivo, pero no el otro elemento necesario para calificar de INEFICAZ EL DESPIDO que es que el estado de embarazo sea conocido por el accionado. 8.4 Y en aplicación de las reglas de la sana crítica, entendiéndose* ésta como la "potestad que tiene el Juez para apreciar la prueba y los antecedentes de la causa, ciñéndose a la recta inteligencia, el conocimiento exacto y reflexivo de los hechos, la lógica

y la equidad para examinar las pruebas actuadas en el proceso y de esta manera llegar con entera libertad a la decisión que más se ajuste en base a su experiencia y conocimiento" *que nos llevó a la valoración de la prueba para justificar la decisión que hace el Tribunal, que está orientado a esclarecer la verdad procesal la Sala en forma unánime ha fundamentado su decisión.- Por lo expuesto, esta 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 LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" se declara sin lugar el recurso de apelación planteado por la parte actora y en consecuencia se confirma la sentencia subida en grado, en los términos de este fallo, en lo estrictamente referente al despido ineficaz."*

1.2.- La Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Janeth Cecilia Santamaría Acurio, mediante auto de fecha 17 de abril de 2018, las 15h14, admitió el recurso presentado por la parte actora, por los casos 2 y 4 del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 266, 267 y 277 ibídem, y dispuso la remisión del proceso, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 270 del mismo cuerpo legal.

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 los doctores: Merck Benavides Benalcázar, Katerine Muñoz Subía y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en virtud de los oficios No. 406-SG-CNJ-ROG de 27 de febrero de 2018, y No. 691-SG-CNJ de 2 de abril de 2018, 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, y 269 inciso primero del Código Orgánico General de Procesos.

2.2.- VALIDEZ PROCESAL: El recurso de casación ha sido tramitado conforme a las normas contenidas en los artículos 266 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, por lo que se declara su validez, al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia procesal, incluido lo realizado en audiencia.

TERCERO: ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA.- Este Tribunal de Casación en cumplimiento de lo que disponen los artículos 272 y 93 del Código Orgánico General de Procesos, en audiencia celebrada el día martes 19 de junio de 2018, a las 11h00, escuchó la fundamentación del recurso de la parte actora por intermedio de su abogada defensora y la contradicción de la empresa demandada a través de su Procuradora Judicial.

3.1.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA: La accionante Bertha Beatriz Tomalá Ramírez, por intermedio de su defensora doctora Sara Zambrano Avilés, fundamenta por los casos dos y cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

Por el **caso dos** alega que el tribunal de alzada, en el fallo impugnado, ha incurrido en los vicios de inconsistencia e incongruencia. En relación con el vicio de inconsistencia, manifiesta, que en el considerando séptimo del fallo, al resolver la Sala la apelación en efecto diferido, sobre la inadmisibilidad de su declaración de parte como medio de prueba, se contradice al señalar que, *"Sí constituye un medio probatorio la declaración de parte de la actora aun cuando la solicite ella misma, pero que en la especie en el presente caso resulta inconducente puesto que su alegación está explicita en la demanda (…)"*, censura, por lo tanto, que por un lado reconoce la declaración de parte como medio probatorio, tal como prescribe la ley, pero luego sin motivación legal, aduce que lo que pudiere declarar, como ya consta en la demanda, resulta inconducente tomar su testimonio, cuestionando la recurrente que la demanda no constituye medio de prueba; más la declaración de parte de acuerdo con los artículos 174 y 187 del COGEP es un medio probatorio, puesto que es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes, resultando relevante su testimonio, que no puede ser sustituido por la demanda ni los alegatos de la defensa técnica, ya que permite realizar un examen del interrogatorio y contrainterrogatorio, además que el juez puede pedir aclaración de un tema puntual.

Respecto al vicio de incongruencia del fallo, manifiesta que en el numeral 8.3 la Sala menciona: *"En suma tendríamos elementos que nos permitan concluir que existió despido intempestivo";* cuestiona que al haber llegado los juzgadores a esa conclusión,

tomando en cuenta que la actora tanto en la demanda como en la apelación reclama el despido intempestivo, el tribunal en la decisión se contradice al no reformar la demanda (sic) (sentencia) y ordenar el pago de este rubro; pues señala que la Sala incurre en el vicio de contradicción o defecto de actividad lógica, que las sentencias deben ser claras precisas y congruentes con los puntos materia del proceso y deben resolver sobre las peticiones realizadas por las partes y decidir sobre los puntos litigiosos del proceso.

Con fundamento en el **caso cuatro** del artículo 268 del COGEP, alega falta de aplicación de los artículos 163.3 del COGEP y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata sobre los hechos que no requieren ser probados, lo que ha llevado a la Sala a no aplicar los artículos 188 y 195.3 del Código del Trabajo; acusa que el Tribunal de la Sala Provincial se limita a tomar su decisión a partir de lo manifestado por el juez a quo, respecto que *"(…) 'el estado de embarazo es evidente a simple vista por lo tanto no necesita prueba'. Criterio con el cual la Sala difiere, siendo ese el fundamento para aducir que el embarazo de la trabajadora no era notorio a la fecha del despido intempestivo, esto es, 23 de agosto de 2018. Cuando el análisis que debía haber hecho la Sala, era utilizar la fecha del certificado de gestación y la información contenida en el (…)"*; censura que la Sala aluda que el juez a quo ha realizado una valoración subjetiva de los hechos, y no consideren que el hecho sea notorio; puesto que a la fecha de terminación de la relación laboral tenía 26 semanas de gestación y para la fecha en que se celebró la audiencia única se encontraba de 34 semanas, que corresponde al 8° mes de embarazo; que las ecografías e informe de embarazo tienen fecha 22 de agosto de 2017 y la relación laboral termina al día siguiente y la empresa no tuvo conocimiento del embarazo; debiendo considerar más bien que al comunicarle del embarazo toman la decisión de despedirle intempestivamente.

3.2.- CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.- La empresa demandada LABORATORIOS HG C.A., por intermedio de su Procuradora Judicial abogada Ana Martínez Zambrano, al ejercer el derecho de contradicción, sobre la fundamentación del recurso de la actora, indica:

Que el contrato a destajo nunca fue impugnado por la actora; que en una parte de la sentencia, se dice que fue evidente el embarazo al momento de la audiencia, lo que puede ser, debido a que la audiencia se dio en tiempo posterior al de la terminación del contrato. Que las ecografías no fueron entregadas a la parte accionada, quien desconocía del embarazo; que al presentar la demanda haciendo cálculos, la trabajadora ya ha estado embarazada al momento de inicio del contrato a destajo; que era obligación de la accionante comunicar su estado de gestación. Que la relación laboral terminó por el tiempo de terminación del contrato a destajo y no por ninguna otra causa; que en la sentencia se valoraron todas las pruebas, por lo que solicita no se case la sentencia del tribunal de apelación.

CUARTO: 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: [...]* ***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."* 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 hacérsela 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* ***comprensibl****e, 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).*

QUINTO: 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 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 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 litigantes."* (El recurso de casación laboral, editorial La Ley, España, 2009, p. 32).En esta misma línea, es importante recalcar que este Tribunal procederá al 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 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 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 la 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.

SEXTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- 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 con el 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 la impugnante, de lo que se tiene lo siguiente:

6.1.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: ARTÍCULO 268, CASO DOS DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: La defensa técnica de la parte actora fundamenta su recurso en el caso dos previsto en el artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, que se configura *"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 el requisito de motivación."*.

6.1.1.- El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, está previsto para defectos en la estructura del fallo, sea por falta de requisitos; por vicios de contradicción o incompatibilidad entre las decisiones o entre éstas y las consideraciones, errores que deben ser perceptibles al analizar el fallo impugnado; y, por falta de motivación, vicio este último, que no puede ser considerado únicamente cuando no se enuncien los principios jurídicos y la pertinencia de su aplicación en relación a los antecedentes de hecho, sino también por falta de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

6.1.2.- La recurrente por el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, acusa que la sentencia se encuentra viciada al haber incurrido en los vicios de inconsistencia e incongruencia. En relación con el vicio de inconsistencia, manifiesta, que en el considerando séptimo del fallo, al resolver la Sala la apelación en efecto diferido, sobre la inadmisibilidad de su declaración de parte como medio de prueba, se contradice al señalar que, *"Sí constituye un medio probatorio la declaración de parte de la actora aun cuando la solicite ella misma, pero que en la especie en el presente caso resulta inconducente puesto que su alegación está explicita en la demanda (…)",* censura, por lo tanto, que por un lado reconoce la declaración de parte como medio probatorio, tal como prescribe la ley, pero luego sin motivación legal, aduce que lo que pudiere declarar, como ya consta en la demanda, resulta inconducente tomar su testimonio, cuestionando la recurrente que la demanda no constituye medio de prueba; más la confesión de parte de acuerdo con los artículos 174 y 187 del COGEP es un medio probatorio, puesto que es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes, resultando relevante su testimonio, que no puede ser sustituido por la demanda ni los alegatos de la defensa técnica, ya que permite realizar un examen del interrogatorio y contrainterrogatorio, además que el juez puede pedir aclaración de un tema puntual.

Respecto al vicio de incongruencia del fallo, manifiesta que en el numeral 8.3 la Sala menciona: *"En suma tendríamos elementos que nos permitan concluir que existió despido intempestivo"*; cuestiona que al haber llegado los juzgadores a esa conclusión, tomando en cuenta que la actora tanto en la demanda como en la apelación reclama el despido intempestivo, el tribunal en la decisión se contradice al no reformar la demanda (sic) (sentencia) y ordenar el pago de este rubro; pues señala que la Sala incurre en el vicio de contradicción o defecto de actividad lógica, que las sentencias deben ser claras precisas y congruentes con los puntos materia del proceso y deben resolver sobre las peticiones realizadas por las partes y decidir sobre los puntos litigiosos del proceso.

6.2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO: Con la fundamentación realizada por la recurrente, el problema jurídico a resolver consiste en: *determinar si en la sentencia impugnada, se ha incurrido en los vicios de inconsistencia e incongruencia alegados por la causal segunda.*

6.3.- El caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, se lo conoce

doctrinariamente como casación en la forma: aquello, porque la sentencia, no contiene alguna de sus partes, porque existe incompatibilidad entre las partes integrantes de la misma o por falta de motivación. El Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 130 le asigna al Juez la facultad de ejercer las atribuciones jurisdiccionales acorde con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y leyes; y el numeral 4 del mismo artículo, le impone el deber de motivar apropiadamente sus resoluciones, cuando manifiesta: *"No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;"*. En esta línea, Fernando de la Rúa, en Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, Págs. 150 y Ss., ha señalado: *"La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. No es suficiente que el juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan."*; verbigracia, la Corte Constitucional ha expresado que el juez no puede decidir en forma arbitraria, pues para que su decisión se encuentre debidamente motivada es necesario que concurran tres requisitos: a) razonabilidad; b) lógica; y, c) comprensibilidad como elementos que garantizan la motivación (en el debido proceso), entendiéndose: *"(...) razonable, en el sentido de que la decisión se fundamente en lo dispuesto en la Constitución de la República; lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión general del caso; comprensible, en lo que se refiere al lenguaje que se utilice en la decisión, mismo que debe ser dirigido hacia el entendimiento por parte de la ciudadanía"*. (sentencia No. 073-14-SEP-CC, caso No. 0846-11-EP, de 16 de abril de 2014); por lo tanto, le corresponde al juzgador expresar de manera clara, completa, legítima y lógica los razonamientos con argumentos convincentes, de modo tal que el hecho fáctico se subsuma en el hipotético de la norma jurídica que ligue a las partes con el proceso y le lleven a concluir afirmativa o negativamente; convirtiéndose aquello para los litigantes y la colectividad en un derecho constitucional, que les permite el control de la arbitrariedad y el abuso de poder en las decisiones judiciales.

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."* (ANDRADE UBIDIA, Santiago. La Casación Civil en el Ecuador. Fondo Editorial Andrade y Asociados. 2005. p. 135 y 136).

6.3.1.- Sobre la censura de la recurrente, con relación al vicio de inconsistencia, ha señalado que la Sala por una parte afirma que la declaración de parte si constituye un medio de prueba, pero a continuación manifiesta que resulta inconducente en el presente caso, puesto que su alegación está explicita en la demanda y en la alegación oral de su defensora técnica. Lo expresado por el Tribunal ad quem, de ninguna manera puede ser calificado como inconsistente, pues efectivamente la declaración de parte es un medio probatorio, contemplado dentro del capítulo de las pruebas testimoniales y así lo señala el artículo 187 del COGEP en su segundo inciso; así como también, la ley le otorga al juez la potestad de rechazar prueba que resulte inoficiosa para el proceso en los incisos primero y segundo del artículo 160 y el inciso primero del artículo 161 ibídem, que establecen, ***"Art. 160.- Admisibilidad de la prueba.*** *Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.* ***Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba.*** *La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.";* advirtiéndose claramente la potestad del juez de admitir

o rechazar la prueba que considere impertinente, inútil o inconducente; Hernando Devis Echandia (Teoria General de la Prueba Judicial, Tomo I, Pág 341) al respecto ha manifestado, *"En todos los códigos de procedimiento se encuentra consagrada la inadmisibilidad de la prueba inconducente. La doctrina, en general, le reconoce al juez, por obvias razones de economía procesal, el poder de rechazar la prueba presentada o solicitada, esto es, de no acceder a que sea agregada o practicada, si su inconducencia es evidente, porque aparezca prima facie y no le quede duda sobre ella (…)"*, sin establecerse por lo tanto, el vicio de inconsistencia.

6.3.2.- En lo que tiene que ver con la incongruencia alegada, el tribunal de instancia, en su fallo, CONSIDERANDO 8.3, expresa: *"El tribunal observa que se encuentra alegado por la empleadora la existencia de un contrato bajo la modalidad a destajo que bien puede estar reñido con la realidad, por cuanto aparecen elementos como carga horaria y jornada diaria que pueden desnaturalizar dicha modalidad, volviendo discutible si estamos realmente ante un contrato a destajo, y en el evento que no sea a destajo, estaríamos ante un contrato de plazo indefinido cuya terminación unilateral conllevaría la sanción por despido intempestivo. Sin embargo, pasando a analizar el otro elemento o presupuesto del despido ineficaz, esto es, el estado de embarazo y que sea conocido por el empleador, no se observa probada tal situación que ha sido negado por el demandado; ha señalado la actora que cuando hizo saber del particular a la empresa el 31 de Julio del 2017, no le dieron una certificación de recepción sin generar actividad probatoria para demostrar este aserto; el juez aquo dice en su fallo "… el estado de embarazo es evidente a simple vista por lo tanto no necesita prueba", opinión del juez subjetiva por cuanto los hechos que se juzga ocurrieron meses antes (entre Julio y Agosto del 2017) y la audiencia en donde tiene contacto por el principio de inmediación se celebró el 20 de Octubre del 2017, fecha en que le pareció "evidente" por lo que dicha conclusión del juez carece de la debida motivación . No se ha probado de ninguna manera que el empleador conocía del particular, inclusive las ecografías e informe de embarazo tienen fecha del 22 de Agosto del 2017, siendo que la relación laboral concluyó el día siguiente el 23 de Agosto del 2017; lo cual no permite inferir razonablemente que haya podido ser conocida tal información por la demandada. En suma tendríamos elementos que nos permiten concluir que existió despido intempestivo, pero no el otro elemento necesario para calificar de INEFICAZ EL DESPIDO que es que el estado de embarazo sea conocido por el accionado.".* Es decir que el tribunal de apelación reconoce que en la relación de trabajo ha existido *"un contrato bajo la modalidad a destajo que bien puede estar reñido con la realidad, por cuanto aparecen elementos como carga horaria y jornada diaria que pueden desnaturalizar dicha modalidad, volviendo discutible si estamos realmente ante un contrato a destajo, y en el evento que no sea a destajo, estaríamos ante un contrato de plazo indefinido cuya terminación unilateral conllevaría la sanción por despido intempestivo…"*, lo que resulta incongruente ya que al momento de decidir termina sin definir la verdadera modalidad de trabajo, lo que para el caso es de importancia pues de eso depende también, para determinar si hubo o no despido intempestivo.

6.3.3.- Resulta oportuno referirnos a lo que se conoce como principio de la "primacía de la realidad", para establecer el carácter de la relación laboral que tuvo la empresa demandada con la actora, tomando en cuenta lo que realmente ha sucedido en la realidad procesal *"las cosas son lo que su naturaleza y no lo que su denominación determina"*, y preservando el ordenamiento jurídico laboral, el juez está en la obligación de determinar qué clase de contrato de trabajo existía realmente entre las partes en conflicto, cuando se está evidenciando que en el presente caso a pesar de referirse a un contrato a destajo, éste no cumple los presupuestos para que así sea considerado, pues existía carga horaria y jornada diaria que la actora realizaba en las instalaciones de la empresa. Es decir el tribunal adquem está consciente de esta realidad, cuya determinación cambia completamente el sentido de las cosas, pues como bien indica *"estaríamos ante un contrato de plazo indefinido cuya terminación unilateral conllevaría la sanción por despido intempestivo",* lo que resulta incongruente ya que al momento de decidir termina sin definir la verdadera modalidad de trabajo, que no es la del contrato a destajo, razón por la cual se acepta el yerro denunciado por la casacionista.

6.4.- CASO 4. DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: La parte recurrente invoca también el caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que señala: *"Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…)4. 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." Este caso tiene como principio fundamental, la tutela de la autonomía que gozan los jueces de instancia al examinar los hechos, actividad limitada para este tribunal de casación. Sin embargo, la ley nos atribuye 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 bajo pruebas actuadas contraviniendo la ley o concediendo eficacia probatoria a aquellos que no lo han tenido. Encontrándonos por el presente caso, con 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 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.

6.5.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- En orden a las pretensiones de la actora y las acusaciones imputadas al amparo del caso cuatro del artículo 268 del COGEP; le corresponde a este Tribunal determinar si en la sentencia recurrida *existe falta de aplicación de los artículos 163.3 del COGEP y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, lo que ha provocado que no se declare el despido ineficaz y no se disponga el pago de las indemnizaciones correspondientes.*

6.6.- El caso cuatro del artículo 268 del COGEP, sirve de fundamento para proponer el recurso de casación, cuando se produce la infracción de la norma jurídica substancial de manera indirecta, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, que ha provocado aplicación indebida o inaplicación de otra norma de derecho.

6.6.1.- Es oportuno señalar que no corresponde a este 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, dicha atribución se encuentra reservada para a los jueces y tribunales de instancia, ya que al tribunal de casación lo que le corresponde es controlar que en la valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, ocasionando la transgresión de normas sustantivas; y que la valoración realizada por el tribunal adquem no sea absurda, ilegal y arbitraria.

Así se ha pronunciado esta Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en diferentes fallos: *"Se evidencia que la pretensión del recurrente está encaminada a que este tribunal de casación revalore la prueba aportada por las partes procesales, no teniendo facultad para ello según lo dispone la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 002-15-SEPCC, caso No. 1370-14-EP, en el que determinó: "Siendo así, los jueces nacionales, en el conocimiento de un recurso de casación, deben actuar conforme a sus competencias constitucionales y legales, esto es, analizando la decisión contra la cual se propone el recurso en contraposición con los fundamentos del mismo, encontrándose impedidos de analizar los hechos que originan el caso concreto y de efectuar una valoración de la prueba, ya que aquello es una atribución privativa de los órganos de instancia."* (Sentencias: Juicio 2673-2016, Juicio 2612-2016, Juicio 0314-2015).

6.6.2.- Con fundamento en el **caso cuatro** del artículo 268 del COGEP, la casacionista alega falta de aplicación de los artículos 163.3 del COGEP y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata sobre los hechos que no requieren ser probados, lo que ha llevado a la Sala a no aplicar los artículos 188 y 195.3 del Código del Trabajo; acusa que el Tribunal de la Sala Provincial se limita a tomar su decisión a partir de lo manifestado por el juez a quo, respecto que *"(…) 'el estado de embarazo es evidente a simple vista por lo tanto no necesita prueba'. Criterio con el cual la Sala difiere, siendo ese el fundamento para aducir que el embarazo de la trabajadora no era notorio a la fecha del despido intempestivo, esto es, 23 de agosto de 2018. Cuando el análisis que debía haber hecho la Sala, era utilizar la fecha del*

certificado de gestación y la información contenida en el (…)"; censura que la Sala aluda que el juez a quo ha realizado una valoración subjetiva de los hechos, y no consideren que el hecho sea notorio; puesto que a la fecha de terminación de la relación laboral tenía 26 semanas de gestación y para la fecha en que se celebró la audiencia única se encontraba de 34 semanas, que corresponde al 8° mes de embarazo; que las ecografías e informe de embarazo tienen fecha 22 de agosto de 2017 y la relación laboral terminara al día siguiente y la empresa no tuvo conocimiento del embarazo; debiendo considerar más bien que al comunicarle del embarazo toman la decisión de despedirle intempestivamente.

6.6.3.- La recurrente a efectos de fundamentar la causal, alega falta de aplicación del numeral 3 del artículo 163 del COGEP y artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; no considera que el Tribunal de instancia, precisamente hace referencia a la falta de notoriedad del estado de embarazo de la accionante, aplicando implícitamente las referidas normas, acusación que resulta discordante a la argumentación expuesta en la causal; pues lo que demanda la recurrente, como así lo manifiesta expresamente en el libelo del recurso de casación es que *"(…) el análisis que debía haber hecho la Sala, era utilizar la fecha del certificado de gestación y la información contenida en él, esto es, que la trabajadora se encontraba en 26 semanas de gestación, coligiendo, que para el 23 de agosto de 2017, día en que sucedió el despido intempestivo, ella se encontraba en la semana 26 de embarazo, dicha semana corresponde al mes 6° mes (sic) de gestación. (…)"*; sosteniendo que su estado de embarazo era notorio; luego, termina censurando que el análisis del Tribunal Provincial no es coherente cuando indica, que las ecografías e informe de embarazo tienen fecha 22 de agosto de 2017, fecha en la cual presentó dicho informe a la empleadora y la relación laboral termina al día siguiente, y concluye que la empresa no tuvo conocimiento del embarazo, más bien ello evidencia que al comunicar el embarazo a la compañía, ésta tomó la decisión de despedirle, argumento que se contrapone con la tesis de que su estado de embarazo era notorio.

6.6.4.- La actora manifiesta haber sido despedida el 23 de agosto de 2017, es decir, cuando se encontraba de 26 semanas de embarazo, es decir, 6 meses de gestación; lo que de simple deducción lógica se puede afirmar que un embarazo de ese tiempo es notorio; razón por la cual este tribunal considera que la valoración de la prueba por parte de la sala de instancia ha sido arbitraria, ilegal e ilegítima por lo que se aceptan las violaciones denunciadas.

SÉPTIMO: SENTENCIA DE MÉRITO.- Por cuanto el tribunal de casación acepta los yerros denunciados por la casacionista, en aplicación de lo que dispone en artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, dicta SENTENCIA DE MÉRITO en los términos siguientes:

7.1.- La actora BERTHA BEATRIZ TOMALÁ RAMÍREZ, sostiene en su demanda: *"Señor Juez, yo ingresé a laborar desde el 2 de marzo de 2017, prestando mis servicios lícitos y personales como trabajador de producción entre las funciones del cargo realizaba lo siguiente: selección de pastillas, armar cajas para abastecer las pastillas, poner etiqueta en los frascos de jarabes, manipulación de máquina para seleccionar pastillas, control de calidad de las pastillas, anexaba los prospectos en los frascos de pastillas , limpieza de maquina entre otras actividades, percibiendo como última remuneración mensual la cantidad de $383.18, cumpliendo con un horario de trabajo de 07h55 a 16h25 de lunes a viernes.*

Con fecha 31 de julio de 2017 le informé a mi jefa inmediata sobre mi embarazo de lo cual me llevaron al departamento médico donde la Doctora de la empresa me hizo exámenes y chequeo para verificar mi estado de gestación y me indicaron que recursos humanos ya sabía de mi situación; de todas formas me acerqué al departamento de recursos humanos para entregarle copia de la ecografía para conocimiento de la empresa recibiéndome los papeles pero no me dieron el recibido.

Es el caso señor Juez, que el 23 de agosto del 2017 a las 09h00 aproximadamente me indicaron que me acercara a la oficina de recursos humanos y fue donde el señor Javier Fernando Vite Jiménez, en calidad de Jefe de Recursos Humanos, me indicó que hasta ese día laboraba en la compañía y me solicitó que firmara la renuncia voluntaria a la cual no accedí, configurándose de esa forma al despido intempestivo.

Debo manifestar señor Juez que desde mi embarazo sufrí constantemente hostigamiento laboral por lo cual no es mi deseo reintegrarme y así mismo adicional a mi liquidación de haberes está pendiente el pago de mis días trabajados, desde el 16 al 20 de junio de 2017."

La accionante demanda el pago de la indemnización por despido intempestivo del artículo 188 del Código del Trabajo y la indemnización de mujer embarazada del artículo 195.3 ibídem.

7.2.- Calificada la demanda y citados los demandados, contestan la demanda: el señor Javier

Fernando Vite Jiménez, Jefe de Recursos Humanos de Laboratorios H.G. C.A. fs. 22 a 25; Myra Holst Díaz en su calidad de Gerente General de Laboratorios H.G. C.A., fs. 73 a 77; no contesta el demandado José Luis Troya Sáenz, Presidente de la empresa.

Los accionados al contestar la demanda expresan que efectivamente la señora Bertha Beatriz Tomalá Ramírez prestó sus servicios lícitos y personales para LABORATORIOS H.G C.A. desde el 2 de marzo de 2017, en calidad de "TRABAJADORA DE PRODUCCIÓN PROPIA DEL SECTOR", habiendo sido contratada bajo la figura de "CONTRATO A DESTAJO", para que ejecute la confección de 1000 medicamentos diarios en el área de empaque; contrato debidamente registrado en el Ministerio del Trabajo con el número 5220024 CT; que el contrato tenía vigencia de seis meses; por lo que a la terminación del mismo, se procedió a notificar a la trabajadora; que la accionante gozó de un horario de trabajo de 8 horas diarias. Que no consideran que se ha cumplido el presupuesto de ley señalado en el artículo 195.1 del Código del Trabajo que hace relación al despido ineficaz por embarazo de la mujer trabajadora.

7.3.- En cumplimiento con lo que dispone el artículo 333.4, con fecha 20 de octubre de 2017, las 15h30, se ha llevado a efecto la audiencia única ante el Señor Juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas; las pruebas solicitadas se han evacuado en la audiencia; y el juez dicta sentencia declarando sin lugar la demanda de despido ineficaz. De este fallo, la parte actora interpone recurso de apelación.

7.4.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 169 del COGEP, *"Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.*

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada."

7.4.1.- Partiendo de lo que el Código de Trabajo en el artículo 8 determina, *"Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.";* el Dr. Julio César Trujillo al tratar sobre este tema, señala que conforme a esta definición, el contrato de trabajo contiene los siguientes elementos esenciales: *1. "ACUERDO DE VOLUNTADES El Art. 8 del Código Ecuatoriano del Trabajo emplea el término "convenio" que, en su aceptación más amplia, equivale a concierto ente dos o más personas naturales o jurídicas, que en este caso son: la que se obliga a prestar sus servicios, definida por el Art. 9 como trabajador, y aquella por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o se presta el servicio que, según el Art. 10, se denomina empleador o empresario.";* explica que las partes tienen absoluta libertad para convenir o establecer la relación laboral, esto es celebrar el contrato, y que a esta libertad de contratar la doctrina la denomina *"PRESTACIÓN DE SERVICIOS LÍCITOS Y PERSONALES El segundo elemento esencial de todo contrato (…)El término lícito o lícitos que usa nuestro Código debe ser entendido en sentido jurídico, es decir de no 'prohibido por la ley"*; el tercer elemento es la *"DEPENDENCIA O SUBORDINACIÓN La relación de trabajo no es un negocio circunstancial o una fugaz transacción mercantil, sino que entraña vínculos personales y permanentes que miran a la consecución de objetivos que inducen al empleador a contratar los servicios del trabajador. Por consiguiente, el trabajador, al momento de celebrar el contrato, se obliga además a someterse a las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador, en orden a la más adecuada organización de la empresa y según mejor convenga, a la consecución de los objetivos que tuvo en mientes al constituir la empresa. Esta dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador puede ser técnico-industrial, económica, o jurídica. Por otro lado la que deriva del contrato de trabajo y lo tipifica es la dependencia jurídica, sin desconocer que la económica y la técnicaindustrial pueden existir y de hecho existen en muchos casos…";* luego se desprende el *PAGO DE UNA REMUNERACIÓN,* como cuarto elemento esencial, y dice*, "Es de tal manera indispensable que, sin ella, no habría contrato de trabajo, sino otra relación jurídica. Así lo prescribe el Código del Trabajo, lo enseña la doctrina y lo confirma la jurisprudencia. El Código del Trabajo, en el Art. 8 dice que, en el contrato individual de trabajo, el trabajo se lo presta por una remuneración. Esta viene a ser para el trabajador el objeto del contrato y, por lo mismo, la jurisprudencia ha sostenido que si el objeto que mueve al trabajador a prestar los servicios, no es la remuneración, sino valores religiosos, (como el de un fraile o*

monja), o cívicos, (como el de un dirigente político en el partido), no hay contrato de trabajo. Más, si una persona demuestra haber trabajado para otra, ésta se halla obligada a pagarle a aquella una remuneración. Ya que según el último inciso del Art. 3, "todo trabajo debe ser remunerado", pues se presume el contrato de trabajo, a menos que se pruebe que los servicios fueron prestados con otro objeto, diferente al de una remuneración. (…)" (Derecho del Trabajo, Tomo I. Centro de Publicaciones PUCE pp. 114-120).

De lo anotado, se torna en indudable que la relación mantenida entre la accionante y la empresa es de carácter laboral; puesto que del mismo contrato *"CONTRATO A DESTAJO"* se desprenden los elementos propios del contrato de trabajo, como son los servicios personales para que cumpla las funciones trabajadora en el área de producción, de las actividades a ella dispuestas y la forma de pago; pues la presencia de estas características nos lleva a concluir que nos encontramos ante la presencia de un verdadero contrato de trabajo.

7.4.2.- El conflicto principal, es determinar el tipo de relación laboral habida entre las partes; esto es, si la relación existente fue la de un contrato a destajo, o por el contrario un contrato a tiempo indefinido.

El Código del Trabajo en su artículo 16, inciso tercero, refiere que: *"En el contrato a destajo, el trabajo se realiza por piezas, trozos, medidas de superficie y, en general, por unidades de obra, y la remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor".*

El Diccionario de Derecho Laboral, Guillermo Cabanellas de Torres, expresa: *"Destajo: Ocupación, obra o labor que se ajusta por un tanto alzado. / Salario o retribución calculados sobre la producción efectiva. Se contrapone al pago de un jornal diario, sueldo mensual o forma equivalente determinada de manera fija. En el trabajo a jornal se tiene en cuenta solamente el tiempo que el obrero invierte en el trabajo, mientras que en el destajo lo tomado en cuenta es sólo la producción (…) Destajo se denomina asimismo la obra o empresa que toma por su cuenta una persona."* (Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario de Derecho Laboral", Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, pág. 205"

7.4.3.- Consta del expediente, fs. 56 a 59 del cuaderno de primera instancia, el contrato denominado como: "CONTRATO A DESTAJO", suscrito entre la actora Bertha Beatriz Tomalá Ramírez y la compañía LABORATORIOS H.G. C.A., en el cual en lo principal se lee:

"CLAUSULA PRIMERA.- ANTECEDENTES
La ***TRABAJADORA*** *cuenta con conocimiento y experiencia necesarios para desempeñar la labor requerida, de conformidad con la Ley, los reglamentos internos, las disposiciones generales, órdenes e instrucciones que imparta el empleador.*

CLAUSULA SEGUNDA.- OBJETO.-
La TRABAJADORA, se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo la dependencia y órdenes del EMPLEADOR, en calidad de TRABAJADOR en el área de producción.
La TRABAJADORA, a través de este instrumento se compromete a ejecutar la ***CONFECCION DE 1000 MEDICAMENTOS DIARIOS en el ÁREA DE EMPAQUE****; la misma que incluirá lo siguiente:*

- *Doblado de 1000 insertos*
- *Armado de 1000 cajas*
- *Pegado de 1000 etiquetas*

CLAUSULA TERCERA.- REMUNERACION.-
El EMPLEADOR pagará a la TRABAJADORA la suma de USD $0.0053 dólares de los Estados Unidos de América, por cada unidad de medicamentos confeccionados diariamente.
La suma pactada será pagada a la trabajadora, por quincena y de acuerdo a las unidades ejecutadas en dicho periodo; para lo cual, el Jefe de área deberá proporcionar el informe respectivo que acredite la unidades entregadas por cada día de labor.
En caso de inasistencia del Trabajador, el LABORATORIO podrá hacer uso de los descuentos y aplicar las multas autorizadas por el Código de Trabajo, en la forma prevista en el Reglamento Interno legalmente aprobado (…)

CLAUSULA CUARTA.- DURACIÓN.-
Este contrato tendrá vigencia de 6 MESES, que es la fecha máxima en que la TRABAJADORA deberá ejecutar el trabajo contratado, comenzando sus labores desde el día siguiente a la suscripción de este contrato

CLAUSULA QUINTA.- LUGAR DE TRABAJO.-
Las labores indicadas en el objeto de este contrato, se las ejecutará en las instalaciones del empleador, ubicadas en el cantón Guayaquil de la Provincia del Guayas, Av. Domingo Comín y El oro. (...)

CLAUSULA OCTAVA.- JORNADA DE TRABAJO.-
La trabajadora se compromete a ejecutar la labor para la cual está siendo contratada, en una jornada ordinaria de 8 horas diarias, de lunes a viernes, desde las 7h55 hasta las 16h25, incluido 30 minutos de descanso."

Este tribunal observa, que de la simple lectura del supuesto "Contrato a Destajo", se desprende que la labor que desempeñaba la accionante no era a destajo; pues si bien en la cláusula segunda se indica que la labor contratada se medirá por cantidades o unidades ejecutadas diariamente; y en la cláusula tercera, que se pagará la suma de USD $. 0,0053 dólares de los Estados Unidos de Norte América, por cada unidad de medicamentos confeccionados diariamente; en el inciso cuarto de la misma se expresa: *"En caso de inasistencia del Trabajador, el LABORATORIO podrá hacer uso de los descuentos y aplicar las multas autorizadas por el Código del Trabajo …"*, lo que significa que la actora estaba obligada a realizar sus labores en las instalaciones de la empresa, lo que se corrobora en la cláusula quinta, que se refiere al *"LUGAR DE TRABAJO", las labores indicadas en el objeto de este contrato, se las ejecutará en las instalaciones del empleador, ubicadas en el cantón Guayaquil de la Provincia del Guayas, Av. Domingo Comín y El oro."* Y por último, la **CLÁUSULA OCTAVA**, dice: *"JORNADA DE TRABAJO: La Trabajadora se compromete a ejecutar la labor para la cual está siendo contratada, en una jornada ordinaria de 8 horas diarias, de lunes a viernes, desde las 7h55 hasta las 16h25, incluidos 30 minutos de descanso"*; horario que consta también en el documento que se encuentra a fs. 61, todo lo cual desdice de la esencia del contrato a destajo en el cual no se toma en cuenta el tiempo invertido en la labor, pudiendo la trabajadora realizar la actividad fuera de las instalaciones de la empresa y en el horario por ella considerado, más en el presente caso se obliga que el trabajo sea en las oficinas de la demandada y con horario establecido de ocho horas.

7.4.4.- De fs. 94 a 141 constan los INFORMES DE PRODUCCIÓN correspondientes a la trabajadora Tomalá Ramírez Bertha, desde el 2 de marzo de 2017 hasta el 23 de agosto de 2017, observándose que el "Doblado de insertos" "Armar Cajas" y "Pegado de Etiquetas", no corresponden a los 1000 diarios que consta en el Contrato, sino que varía más bien por la cantidad que se realiza en las ocho horas diarias de trabajo.

7.4.5.- Así mismo a fs. 67 se encuentra la Consulta Consolidada de Planillas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en donde se comprueba que el sueldo mensual de la trabajadora, de acuerdo a los días trabajados, es siempre el mismo: marzo/2017, 29 días = 370,41; abril a julio/2017, 30 días cada mes = 383,18; agosto/2017, 23 días = 293,77; de lo que se desprende que la trabajadora recibía un sueldo mensual fijo que no dependía de la producción realizada.

7.4.6.- De todo lo expuesto, se determina que en el presente caso, el contrato que han venido manteniendo la actora con la empresa demandada no tenía la modalidad de "contrato a destajo", sino un "contrato a tiempo indefinido", siendo ésta la realidad de la relación laboral, pretendiéndose únicamente encubrir el "contrato realidad", evidenciándose de esta forma una simulación, cuyo objetivo es el de ocultar la verdadera relación laboral que mantenía la trabajadora con su empleadora, para evitar de esta manera cumplir con las obligaciones que un contrato laboral a tiempo indefinido implica.

La Corte Nacional de Justicia, en sentencia dentro del juicio 451-2011, expresó: *"Cabe recalcar, que por el principio de primacía de la realidad, en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe estarse a lo primero, "La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento… En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación de servicio y es esta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia ". Américo Pla Rodríguez, reafirma lo dicho al sostener que en materia laboral, han de prevalecer os hechos por sobre los acuerdos formales.*

OCTAVO: DEL DESPIDO INEFICAZ.- La acción por despido ineficaz tiene una connotación especial que primordialmente procura que el despido no surta efecto al amparo del principio de inamovilidad, o en su defecto se efectivice el despido con las respectivas indemnizaciones. Pues bien, siendo el único objeto para este tipo de acción, el establecer el despido ineficaz, la resolución no puede ser parcial, por lo tanto, deben establecerse los dos condicionamientos: 1) el estado de embarazo, de conformidad con lo previsto en el tercer inciso del artículo 154 del Código del Trabajo y la Resolución No. 06-2016, precedente jurisprudencial

obligatorio, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 873 del 31 de octubre de 2016, que prevén: Art. 154 C.T. *"Salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, 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 Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo.";* Resolución No. 06-2016, *"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 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"*; y, 2) que la terminación de la relación laboral sea por despido intempestivo.

8.1.- Se encuentra en el expediente a fs. 10, el "INFORME", firmado por el médico del Centro de Diagnóstico Médico "San Vicente de Paul", en el cual se indica que la señora Beatriz Tomalá, al día 22 de agosto de 2017, tiene un *"EMBARAZO DE + - 26 SEMANAS 5 DÍAS SEGÚN ECOGRAFÍA"*; lo que significa, aproximadamente de seis meses y medio de gestación. No consta que la actora haya probado haber notificado a su empleadora de su embarazo, sin embargo, del tiempo de gestación indicado en el informe médico, se deduce que éste era notorio.

8.2.- La Resolución No. 06-2016, de la Corte Nacional de Justicia, resuelve: *"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 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"*; (el énfasis es nuestro); por lo que aplicando las reglas de la sana crítica, al haberse encontrado la demandante con un embarazo de + - 26 semanas 5 días, y acudiendo los cinco días de la semana a las instalaciones de la empresa a realizar su trabajo, su estado de gestación era notorio para sus empleadores y compañeros de trabajo, a la fecha en que se produce el despido.

8.2.- Con fecha 23 de agosto de 2017, a fs. 63, el Jefe de Recursos Humanos de la empresa Laboratorios H.G. C.A., Psic. Javier Vite Jiménez, notifica a la trabajadora Bertha Beatriz Tomalá Ramírez, *"…que ha vencido el plazo de vigencia del contrato de trabajo a Destajo (…) por lo que, el pago de los haberes que le corresponden, se realizará en el tiempo establecido en la ley."*

8.3.- El artículo 154 inciso tercero del Código del Trabajo, protege la estabilidad de la mujer embarazada, sin que se produzca ninguna excepción que no sea el visto bueno del artículo 172 ibidem, razón por la cual, la señora actora al haber tenido un contrato a tiempo indefinido, no podía habérsele notificado con la terminación, por el tiempo, de un "supuesto contrato a destajo", pues dicha notificación constituye despido intempestivo y por consiguiente la accionante tiene derecho a las indemnizaciones correspondientes, esto es, tomando en cuenta su última remuneración mensual total de $. 383,19, julio/2017 (Consolidado de planilla del IESS, fs. 67): Indemnización por despido intempestivo, artículo 188 del Código del Trabajo $. 1.149,54; Indemnización a la mujer embarazada, artículo 195.3 ibidem, $. 4.598,16: TOTAL: $. 5.747,70.

NOVENO: FALLO.- En orden a lo expuesto, este Tribunal **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, casa la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, el 23 de febrero de 2018, a las 16h23, y declara el despido ineficaz a favor de la actora Bertha Beatriz Tomalá Ramírez, por consiguiente la parte demandada LABORATORIOS H.G. C.A., a través de sus representantes legales, debe cancelarle la cantidad de CINCO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS $. 5.747,70. Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.**

f. Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (PONENTE E.); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. *2975-2016*
Resolución Nro. *0068-2018*
Fecha: *22 de enero del 2018*

TEMA: Despido intempestivo. No es obligación del empleador justificar de qué manera concluyó la relación laboral, si su contestación de la demanda ha sido la negativa. Corresponde al trabajador que alega el despido intempestivo probar su afirmación.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La parte actora señala que viene prestando sus servicios desde el 10 de septiembre de 2012, como polifuncional en horarios rotativos de lunes a viernes desde las 8h30 hasta las 19h30 y los días sábados desde las 9h00 a 14h30, que con fecha 13 de febrero del 2013, su empleador le comunicó que estaba despedida, por lo que presenta su demanda, en el que reclama el pago de sus haberes laborales. El demandado afirma que la actora en ese proceso abandonó su puesto de trabajo, sin que lo haya comunicado a la autoridad competente de dicho acto, ni que hubiera realizado trámite administrativo alguno que pruebe lo aseverado. En la especie el reconocimiento expreso del empleador que la actora abandono el puesto de trabajo sin que haya ejercido acción legal alguna y las obligaciones pendientes de pagos prueba de manera fehaciente que si se produjo la ruptura unilateral de la relación laboral por lo que se le concede dicha pretensión y se ordena el pago de las indemnizaciones de ley. Probada la relación laboral correspondía al empleador probar haber cumplido con el pago de los beneficios sociales, y existiendo el reconocimiento de la obligación por parte del accionado se ordena su cancelación. Por las consideraciones expuestas, el juez de instancia declara con lugar la demanda propuesta por la actora y se ordena el pago de los siguientes rubros: Art. 188 del Código del Trabajo por despido intempestivo, Décima Tercera y Cuarta Remuneración, Vacaciones, Diferencia del sueldo de enero y febrero del año 2013. Los intereses se calcularán en su debida oportunidad.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la decisión de primera instancia la entidad demandada interpone recurso de apelación, el proceso fue seguido, apegado al trámite establecido para esta clase de contiendas que dispone el Art. 575 del Código del Trabajo, vigente al momento de presentación de la demanda. Dentro del proceso el demandado ha afirmado en su comparecencia a la Inspectoría del Trabajo según reza del acta de audiencia que consta en el proceso que la actora abandonó eventualmente su lugar de trabajo, así mismo la pregunta hecha en la confesión judicial ficta a la actora el accionado intentó probar que la demandante había faltado injustificadamente a su trabajo, por tanto le corresponde a la parte empleadora probar tal alegación y la única forma legal y válida de hacerlo era con la resolución de visto bueno invocando el numeral 1 del Art. 172 del Código del Trabajo, por lo que la Sala llega a la convicción que la terminación de la relación laboral inter partes fue por voluntad unilateral del accionado, haciéndose la actora acreedora a la indemnización del Art. 188 del Código del Trabajo. Por otra parte el Tribunal de Apelación señala que: la suma de los valores calculados en los considerandos OCTAVO Y NOVENO,

de la sentencia, es superior a la cuantía de la demanda y lo mandado a pagar por el juzgador A quo, es así que aplicando el principio NO REFORMATIO IN PEJUS, pues ha sido el demandado el único recurrente no se puede empeorar su situación, en consecuencia con las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Apelación, en los términos de esta sentencia confirman el fallo venido en grado incluida la liquidación practicada con los intereses de ley. Sin costas ni honorarios que liquidar en esta instancia.

SÍNTESIS CASACIÓN

La entidad demandada interpone recurso de casación, es aceptado únicamente por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, argumenta que se han transgredido las siguientes normas de derecho: Arts. 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; Arts. 46 literales h), i) y 188 del Código del Trabajo, Arts. 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil. De todo el análisis, se observa que el Tribunal ad quem ha efectuado el proceso de la valoración de la prueba, considerando el acta de audiencia en la Inspectoría del Trabajo en donde la parte demandada manifiesta que la actora abandonó su puesto de trabajo, aparejando a esta valoración las preguntas que ha efectuado la parte demandada a la confesión ficta de la actora, esto es que aquella había faltado injustificadamente determinados días, llegando a la conclusión de que la parte demandada debió probar dichas afirmaciones con un trámite de visto bueno, toda vez que en la valoración efectuada por el Tribunal ad quem no se ha considerado que el despido intempestivo debe ser probado circunstancialmente por quien lo alegue, es decir por la actora, al tenor de lo que dispone el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil y no la parte demandada como lo ha señalado el Tribunal, análisis que ha ocasionado que se aplique equivocadamente las disposiciones del Art. 188 del Código del Trabajo, por lo que el Tribunal de Casación considerando que el despido intempestivo es un hecho unilateral, violento, arbitrario e ilegítimo, que ocurre en determinado espacio y tiempo, el cual debe ser demostrado. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple y absolutamente negativa, tal como ha sucedido en el caso de estudio. Por lo que la apreciación probatoria efectuada por los jueces de alzada, resulta absurda. Debe considerarse que no es obligación del empleador justificar de qué manera concluyó la relación laboral, dado que quien alega la existencia del despido intempestivo debe justificar su afirmación, en consecuencia prospera el cargo alegado en el sentido que no procede la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio previstas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, prosperando en esta forma la acusación efectuada bajo la casual segunda del Art. 3 de la Ley de Casación. En consecuencia casa parcialmente la sentencia, en cuanto a que no procede la indemnización por despido intempestivo, en lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo impugnado.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 2975-2016

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, lunes 22 de enero del 2018, las 11h44.- **VISTOS:** Elizeth Geomaira Díaz Parraga presentó demanda laboral en contra de Walter Ricardo Orellana Toledo, por sus propios y personales derechos y por los que representa en su calidad de propietario del local SU OFICENTRO; el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en los términos de la sentencia emitida confirma el fallo venido en grado incluida la liquidación, ordenando pagar a la parte actora el valor de 1.233,00 dólares; de la mencionada sentencia, emitida el 17 de agosto del 2016, las 11h57, la parte demandada interpone recurso de casación, mismo que es aceptado a trámite únicamente por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, mediante auto de 27 de enero del 2017, las 12h22 por la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Conjuez de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. Encontrándose la causa en el estado de resolver, 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 proceso laborales según lo dispuesto en los artículo 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 Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia se encuentra integrado por: doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Ponente, doctora María del Carmene Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional y doctora Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Conjueza Nacional, en atención al Oficio No. 106 SG-CNJ de fecha 1 de febrero de 2016. SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN La casacionista manifiesta, que los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, han transgredido las siguientes normas de derecho: artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República; artículos 46 literales h), i) y 188 del Código del Trabajo, artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil. Habiéndose aceptado su recurso únicamente por la casual tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, se procederá el análisis en base a dicha causal. TERCERO.- 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 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. CUARTO.-ANÁLISIS DEL CASO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS 4.1 MOTIVACIÓN: Este Tribunal 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). Por consiguiente, cumpliendo con la disposición constitucional anteriormente señalada, luego de analizar el recurso de casación, la sentencia impugnada y confrontarla con el ordenamiento jurídico vigente, limita su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación. 4.2 UNICO CARGO.-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", tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo, hiciera el tribunal. 4.2.1. El recurrente con sustento en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, menciona: La Sala en su sentencia expresa: "… el demandado ha firmado en su comparecencia en la inspectoría de trabajo según reza del acta de la Audiencia No. 186429-2013 que corre a fojas 18 de los folios de primer nivel que la actora "abandono eventualmente su lugar de trabajo…" manera equivocada por decir lo menos fragmenta, divide y distorsiona la oración completa expresando en mi escrito de comparecencia que obra a fojas 18 de los

autos, y (…) dispone el pago de una indemnización por un supuesto despido intempestivo, inexistente y falso". Argumenta en su recurso que el contenido íntegro, fidedigno y real del escrito al que la Sala se refiere textualmente dice: "No es verdad que la falsa denunciante haya sido despedida como lo afirma, ella ABANDONO su lugar de labor eventual, sin embargo i pese a su comportamiento irregular, las puertas están abiertas para que se reintegre con dignidad y altura", por lo que la Sala al fragmentar y dividir mi expresión antes descrita y tomar como prueba únicamente la parte que dice "abandono eventualmente su lugar de trabajo" distorsiona por completo el contenido íntegro, fidedigno y exacto de su expresión violentado de esta manera las normas constitucionales de los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución, así como el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, concerniente a la apreciación de la prueba. Estima que el despido intempestivo alegado por la actora es falso como ha quedado demostrado instrumentalmente y que ha sido corroborada con la confesión ficta de la actora que obra de autos, que jamás fue impugnado rechazado o redargüido de alguna forma por la actora. Considera que todos estos hechos no han sido considerados por la Sala, es decir, no hay una apreciación en conjunto de la prueba, violándose los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil. Estima que la sala al emitir su sentencia, no contempló que la actora dejo abandonado su puesto de trabajo, pero que a pesar de ello se le dejó libre el camino para que se reintegre a sus labores, petición que no obtuvo respuesta por parte de la actora. Establece también una infracción de los artículos 45 del Código del Trabajo pues considera que el tribunal ad quem dicta su inmotivada sentencia si considerar que la actora no ha dado cumplimiento a lo que establece la invocada norma, pues la actora dentro del proceso no ha justificado de ninguna forma el despido intempestivo., considera que infringieron el artículos 45 del Código del Trabajo en el literal f) que establece "Dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo", la demandante estaba en la obligación de dar aviso al empleador en caso de que faltare al trabajo por alguna causa justa, en la especie la demandante no quiso reintegrase a su lugar de trabajo. Finalmente establece una infracción del artículo 46 del Código del Trabajo que establece las prohibiciones del trabajador de no suspender su trabajo. 4.3.- PROBLEMA JURÍDICO.- El problema jurídico a dilucidar es si en el proceso de valoración de la prueba efectuado por los jueces del tribunal ad quem, se ha transgredido los artículo 115, 117 del Código de Procedimiento Civil, así como el artículo 188 del Código del Trabajo, al establecer la existencia del despido intempestivo, así como la indemnización prevista en los artículos 188 del Código del Trabajo. 4.3.1 Al respecto, este tribunal de casación, hace las siguientes consideraciones: La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo, hiciera el tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes, y cualquier otra prueba admitida por la ley). 2. Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. 3. Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, 4. Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado erróneamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba. 4.3.2.- El recurrente ha señalado una infracción de los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, normas que impone a los jueces la obligatoriedad de valorar los medios probatorios incorporados al proceso a la luz de las reglas de la sana crítica, las cuales tienen relación con el análisis lógico jurídico que realiza el juzgador, así como su experiencia y el conocimiento de la normativa jurídica aplicable al caso materia de análisis; y, por otra parte, que la prueba sea vista como un todo, en aplicación del "principio de unidad de la prueba", que según el tratadista Jaime Azula Camacho: "[…] consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, y a través de la cual llega al convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo estimatorio o desestimatorio: que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas; o que no lo son" (AZULA CAMACHO, Jaime, (2008), "Manual de Derecho Procesal", Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis S.A.,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Bogotá-Colombia, pág. 7), y sobre la debidamente actuada en proceso. Ahora bien, el pronunciamiento que ha tenido el tribunal ad quem, para establecer el despido intempestivo, ha sido: "Es así que en el caso sub júdice, el demandado ha afirmado en su comparecencia en la Inspectoría del Trabajo según reza del acta de audiencia No. 186429-2013 que corre a fojas 18 de los folios de primer nivel que la actora "abandonó eventualmente su lugar de trabajo" así mismo con la última pregunta hecha en la confesión judicial ficta a la actora el accionado intentó probar que la demandante había faltado injustificadamente determinados días; por tanto le corresponde a la parte empleadora probar tal alegación y la única forma legal y válida de hacerlo era con la resolución de visto bueno invocado el numeral 1 del artículo 172 del Código del Trabajo, cuestión que no existe procesalmente, por lo que la Sala llega a la convicción que la terminación de la relación laboral inter partes fue por voluntad unilateral del accionado, haciéndose la actora acreedora a la indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo". De lo expuesto, se observa que en el presente caso el tribunal ad quem ha efectuado el proceso de valoración de la prueba aportada, considerando el acta de audiencia de la Inspectoría de trabajo, en donde la parte demandada manifiesta que la actora "abandono eventualmente su lugar de trabajo", aparejando a esta valoración las preguntas que ha efectuado la parte demandada a la confesión ficta de la actora, esto es que aquella "había faltado injustificadamente determinados días", llegando a la conclusión de que la parte demandada debió probar dichas afirmaciones con el trámite de visto bueno, al tenor de lo que dispone el artículo 172 del Código del Trabajo; análisis que violenta lo que establece los artículos 113, 114, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que en la valoración efectuada por el tribunal ad quem no se ha considerado que el despido intempestivo debe ser probado circunstancialmente por quien lo alegue, es decir por la actora al tenor de lo que dispone el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, y no por la parte demandada como lo ha señalado el tribunal, análisis que ha ocasionó que se aplique equivocadamente las disposiciones de los artículos 188 del Código del Trabajo; por lo que este tribunal de casación considerando que el despido intempestivo es un hecho unilateral, violento, arbitrario e ilegítimo que ocurre en determinado espacio y tiempo, el cual debe ser demostrado, a fin de que no quede duda alguna de que efectivamente ocurrió, y tomando en cuenta que la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado señalando: "El despido tipificado en la ley y de acuerdo con las múltiples resoluciones adoptadas supone una identificación objetiva, fáctica y circunstancial que demuestra el afán, el ánimo del empleador de terminar unilateralmente la relación laboral […]". (Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI. No. 10., pág. 2671 de 3 de febrero de 1998); correspondiéndole la carga de la prueba respecto del despido intempestivo a la accionante, conforme lo dispone el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. […]", tal como ha sucedido en el presente caso, por lo que la apreciación probatoria efectuada por los jueces de alzada, resulta absurda. Debe considerarse que no es obligación del empleador justificar de qué manera concluyó la relación laboral, dado que quien alega la existencia del despido intempestivo debe justificar su afirmación, en consecuencia prospera el cargo alegado en el sentido de que no procede la indemnización y bonificación por desahucio previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo, prosperando de esta forma la acusación efectuada bajo la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. 5. DECISIÓN DE LA SENTENCIA: Por la motivación que antecede, 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 17 de agosto del 2016, las 11 h 57 en cuanto a que no procede la indemnización por despido intempestivo En lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo impugnado. De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese el 50% de la caución rendida a la parte actora; y, devuélvase el otro 50% a la parte demandada. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. María del Carmene Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL.

IV

Juicio Nro. *1877-2016*
Resolución Nro. *078-2018*
Fecha: *24 de enero del 2018*

TEMA: Visto Bueno y Despido Intempestivo. Se produce el despido intempestivo en el caso de que el visto bueno fuere negado por el Inspector del Trabajo y el empleador no reintegre a su puesto de trabajo al trabajador, más si la petición de visto bueno fuere favorablemente al empleador, aunque haya tardado más del tiempo permitido por la ley no significa por si solo el despido intempestivo, ya que la resolución de visto bueno está sujeta a una tercera persona en este caso el Inspector del Trabajo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La parte actora señala que laboró hasta el 5 de enero del 2015.- En su demanda expone que salió de vacaciones y fue llamada para reclamarle un asunto bancario, en la que supuestamente estaría involucrada, que le solicitaron que firmara la renuncia y al no acceder, se le despide intempestivamente de su trabajo, lo cual pone en conocimiento a la inspectoría del trabajo, pues se produce el rompimiento de la relación laboral con antelación a los hechos narrados, así: reclama el pago de sueldo de los 14 días del mes de enero del 2015, triple del recargo del sueldo impago, parte proporcional del décimo tercer y cuarto sueldo, vacaciones, indemnización por despido intempestivo y desahucio, utilidades. De la revisión de los autos se observa que la parte actora ha presentado el reclamo, que fue víctima por despido intempestivo; así también se observa que la parte demandada ha presentado dos vistos buenos, el primero con fecha 16 de enero del 2015, en el cual consta el auto de calificación en el que se suspende la relación laboral, en razón de ello no se puede argumentar que existió abandono alegado por el demandado, ya que como manifiesta dicho auto, se suspendía las relaciones laborales. Se evidencia además que la parte empleadora debió esperar a concluir un trámite antes de iniciar otro trámite administrativo, es decir se evidencia que existió el ánimo de interrumpir las relaciones laborales de manera unilateral por parte de la empleadora. Pues pese a que presentó un visto bueno por violación al Reglamento interno de dicha institución, el Inspector del Trabajo, le negó en resolución ya que no se demostró tal incumplimiento. En el segundo visto bueno se observa que la Inspectoría del Trabajo le concede el visto bueno a favor del Banco de Machala, por considerarse que la trabajadora inasistió y dejó abandonado su puesto de trabajo, resolución que consta en autos, resolución emitida con fecha 9 de julio de 2015. Así mismo pese a que la parte actora no impugnó dicha resolución en el libelo de demanda, se procede analizar el visto bueno, consta en el proceso la resolución de la Inspectora del Trabajo en la que se niega la solicitud de visto bueno de fecha 16 de junio del 2015; lo cual debía cumplirse lo establecido en el Art. 622 del Código del Trabajo en la parte última en la cual manifiesta que se debía reintegrar a la trabajadora so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo, pues que con fecha posterior se le concede el segundo visto bueno por la causal de abandono. El segundo visto bueno, fue presentado el 20 de enero del 2015, y con fecha de resolución 09 de julio de 2015, resolución que violenta lo establecido en el Art. 621 del Código del Trabajo. Del texto de la petición del visto bueno se

determina que el empleador denunciante solicitó la suspensión de las relaciones laborales consignado el valor correspondiente a un mes de remuneración del trabajador, en la forma dispuesta por el Art. 619 del Código del Trabajo. De la abundante jurisprudencia ha determinado que el plazo máximo que tiene el Inspector del Trabajo para resolver la petición de visto bueno es de un mes, pues, por lógica jurídica y al amparo de la ley, si se exige para la suspensión de las relaciones laborales la cantidad equivalente a un mes de remuneración es obvio, que la resolución que excede ese plazo pierde eficacia y efecto jurídico. Es decir que dicho trámite se debió resolver dentro del tiempo establecido, más aun que se evidencia todo el ánimo de que la relación laboral se interrumpiría. Por todo lo expuesto se evidencia el despido intempestivo del que fue víctima la parte actora. Por las consideraciones que anteceden, el Juez de Primera instancia declara parcialmente con lugar la demanda y ordena que la entidad demandada pague a la actora el valor que corresponde a despido intempestivo y desahucio.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la decisión de primera instancia la entidad demandada interpone recurso de apelación, alega ilegitimidad de personería, falta de derecho de la actora para demandarlos e inexistencia de la obligación reclamada por la demandante, comparece a la audiencia el Procurador Judicial y Representante del Banco de Machala S.A., proponiendo como excepciones la ilegitimidad de personería pasiva, falta de derecho de la parte actora para demandarlos e inexistencia de la obligación reclamada por la demandante hacia la compareciente. Por otra parte el Tribunal acoge lo manifestado por la jueza, argumentando que efectivamente en el visto bueno propuesto en contra de la trabajadora este fue presentado el 20 de enero de 2015 y avocado conocimiento por parte la Inspectora del Trabajo el 21 de enero del 2015 y resuelto el 09 de julio de 2015, es decir ha transcurrido aproximadamente cinco meses y dieciocho días, dicha resolución como se ve ha sido extemporánea, violentando la disposición que indica el Art. 635 del Código del Trabajo el cual fija un plazo máximo para resolverlo de un mes. Así mismo reiterada jurisprudencia ha manifestado referente a que si la resolución de visto bueno es dictada posterior a los treinta días de la suspensión de la relación laboral, dicha suspensión legal se torna en ilegal y arbitraria, configurándose así el despido intempestivo. Por todo lo analizado el Tribunal de Apelación, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida en base a lo expuesto en este fallo incluido la liquidación practicada por la juzgadora de primer nivel.

SÍNTESIS DE CASACIÓN

La entidad demandada interpone recurso de casación, amparada en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. El Tribunal de casación en su análisis señala que el Tribunal ad quem ha señalado que la resolución de visto bueno ha sido emitida en el tiempo de cinco meses dieciocho días, pues dicha resolución extemporánea expedida, violentando la disposición que indica el Art. 636 del Código del Trabajo, en el que se especifica el tiempo que tiene el Inspector del Trabajo para resolverlo y es un mes; se señala que la jurisprudencia ha manifestado, referente a que si la resolución de visto bueno es dictada posterior a los treinta días de la suspensión de la relación laboral, dicha suspensión se torna en ilegal y arbitraria, pues es ahí cuando se configura el despido intempestivo. Al respecto debe considerarse que se produce despido intempestivo en el caso de que el visto bueno fuere negado por el Inspector del Trabajo y el empleador no reintegre al trabajador a su puesto de trabajo. Pues en el caso

de estudio lo que ocurrió fue que la petición de visto bueno fue resuelta favorablemente a la parte empleadora, sin embargo al expedir la resolución respectiva, ésta no se dio en término previsto en la Ley, sino a los cinco meses dieciocho días, situación que no significa por sí solo, la existencia del despido intempestivo, pues el trámite y la resolución de 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; en tal sentido el despido intempestivo se abría configurado si se hubiere solicitado la suspensión de labores de la actora por el trámite de visto bueno y el inspector del trabajo lo hubiere negado y la parte empleadora a su vez se negaba a reintegrar a la accionante a su lugar de trabajo, hechos que no ocurrieron, por lo que la carencia de estos elementos no produce el cese violento que acarrea derechos a favor de la trabajadora y no constituye un hecho real proveniente de una actividad propia y unilateral del empleador, por lo que el despido intempestivo no procede, concluyendo de esta manera el Tribunal de Casación, que los jueces provinciales han efectuado una valoración arbitraria de la prueba, constatándose la transgresión del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, aceptándose el cargo alegado por el recurrente bajo esta causal. En el caso de estudio el pronunciamiento que ha tenido el tribunal ad quem con relación a la configuración del despido intempestivo, ha sido señalado que han transcurrido más de los 30 días que la Ley otorga para la emisión de la resolución de visto bueno, por lo que se ha configurado el despido intempestivo, sin considerar los precedentes señalados anteriormente y el criterio que mantiene la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional respecto al tema que se analiza, en consecuencia, y por cuanto los jueces de alzada. Otorgan el despido intempestivo únicamente sustentado en el tiempo en que se demoró el Inspector del Trabajo para emitir su resolución, señalando la extemporaneidad de la misma, aplicando precedentes jurisprudenciales que no responden a los hachos fácticos ni connotaciones que se han dado en el presente proceso. Por todo lo analizado la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional casa la sentencia, en cuanto a que no procede la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 2975-2016

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, miércoles 24 de enero del 2018, las 16h30.-
VISTOS: ANTECEDENTES.- En el juicio laboral seguido por Katya Elena Jaramillo Ordoñez en contra de Banco de Machala S. A., los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictan sentencia con fecha 8 de marzo de 2016, las 11h27 que confirma la sentencia subida en grado incluyendo la liquidación practicada, que declara con lugar la demanda. Inconforme con esta decisión, la parte demandada interpone recurso de casación, siendo admitido a trámite en auto de 27 de septiembre de 2016, las 09h46, por la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Conjueza Laboral de la Corte Nacional de Justicia. Encontrándose la causa en estado de resolver, 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 República 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 Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional; y, doctora Rosa Álvarez Ulloa, en virtud del oficio No. 106- SG-CNJ de 01 de febrero de 2016 Conjuez Nacional. SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN La parte recurrente amparada en las causales primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, manifiesta en su recurso, que los señores jueces de la sala de apelación, en la sentencia impugnada, han transgredido las siguientes normas de derecho: artículos 11 numeral 2, 9; 66 numeral 4; 75; 76 numerales 1, 4, 7 literales a, c, h, l y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; 9, 19, 21, 23, 25 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial; 6, 36, 45 literal f); 46, lateral i); 172 numerales 1; 577, 581 inciso segundo; 582 y 596 del Código del Trabajo; 113, 117, 119; 167 numeral 1, 175; 281; 289; 306; 321 y 1014 del Código de Procedimiento Civil; y , 42 literal b y f de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador. TERCERO.- 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 analógicamente; la actividad del órgano jurisdiccional está limitada a las causales que, establecidas previamente por la ley, han sido invocadas en forma expresa el recurrente. […]". Es decir, esta actividad jurisdiccional asumida por el más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, su finalidad es garantizar la defensa del derecho objetivo y la seguridad jurídica, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.": así también en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se ha establecido que: 2.- Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: (a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación." Es decir, que el derecho al trabajo es de carácter universal, ya que todas las personas deben tener acceso a una fuente laboral lícita, la cual les permitirá obtener los recursos económicos para satisfacer sus necesidades y por ende vivir con dignidad. CUARTO.-

CONCEPTUALIZACIÓN DE MOTIVACIÓN
4.1.- Este Tribunal 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...". (Fernando de la Rúa, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150). Por consiguiente, cumpliendo con la disposición constitucional anteriormente señalada, luego de analizar el recurso de casación, la sentencia impugnada, y confrontarla con el ordenamiento jurídico vigente, limita su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación, y considera:
5.- PROBLEMAS JURÍDICOS .- Si en la sentencia emitida por el tribunal ad quem, la parte demandada ha quedado en indefensión lo que acarrea la nulidad del proceso; si en la sentencia recurrida se ha resuelto un punto ajeno a la litis (despido intempestivo); y si el proceso de valoración probatoria se ha efectuado de acuerdo a las normas que regulan la valoración probatoria. 6.- CAUSAL SEGUNDA.- Con cargo a esta causal el recurrente manifiesta, que se ha producido una "falta de aplicación de normas procesales, por cuanto han provocado una nulidad insanable y provocado indefensión". Considera que la nulidad se ha producido en dos partes, la primera que proviene de la falta de aplicación del artículo 582 del Código del Trabajo, pues señala que fue notificado con la providencia de fecha 19 de octubre de 2015, a las 14h35, dentro de la cual la jueza de primera instancia dispone que se revoque la providencia de 14 de octubre de 2015, a las 10h15 declarando la nulidad de la audiencia definitiva por una "falta en el sistema CICERO, ya que únicamente se grabó el inicio de la diligencia, por lo que se fijó nueva fecha para audiencia, sin embargo mediante providencia del día 20 de octubre de 2015, se permite declarar válido el proceso, y emite la sentencia de primera instancia, por lo que considera que la falta de grabación de la audiencia definitiva deviene en una violación expresa a lo dispuesto en el artículo 582 del Código del Trabajo, pues señala que la razón de la invocada disposición, es claramente conservar la prueba actuada dentro de la audiencia definitiva, sin que aquella pueda ser deformada por el trascurso del tiempo. Argumenta que no existe ningún documento, ni grabación o medio alguno

que pueda dar conocimiento amplio al juez de la prueba evacuada durante la audiencia definitiva, por lo que al considerar valido el proceso se violenta lo que dispone el artículo 582 del Código del Trabajo lo que conlleva a una nulidad insubsanable y produce la indefensión, respaldando su alegación en lo que disponen los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República. La segunda nulidad que alega la parte casacionista es respecto a la falta de concesión de los recursos establecidos por ley, violentando los artículos 289, 281 y 306 del Código de Procedimiento Civil, pues manifiesta que luego de haber emitido la sentencia de primera instancia, los jueces de segunda instancia omitieron resolver la petición de revocatoria que solicitó en el recurso de apelación, así como en la solicitud de aclaración, situaciones que han producido indefensión violentando lo que establece el literal a) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. 6.1.- La causal segunda señala los motivos por los cuales una sentencia puede ser declarada nula, siendo éstos, 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. Respecto a la procedencia de esta causal, el jurista Santiago Andrade Ubidia, manifiesta: "…en nuestro sistema legal, las causas de nulidad procesal se hallan señaladas en el artículo 355 (346) del Código de Procedimiento Civil, que concierne a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en el artículo 1067(1014) ibídem que concierne a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. Por ello, todo cargo en contra de la sentencia, amparado en la causal segunda, debe hacer referencia a los artículos citados; pues de lo contrario, el cargo no sería una proposición jurídica completa, la cual se requiere para recurrir en casación". (La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 118). 6.2.- El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, establece: "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"; considerando la invocada norma constitucional, en el recurso de casación, la parte demandada ha señalado los artículos 582 del Código del Trabajo y 281, 289 y 306 del Código de Procedimiento Civil, normas que en su contenido señalan: El artículo 582 del Código del Trabajo, señalado por el recurrente establece: "De lo actuado en las audiencias se dejará constancia en las respectivas actas sumarias y se respaldarán con las grabaciones magnetofónicas y sus respectivas transcripciones, así como de otros medios magnéticos, las mismas que serán agregadas al proceso"; por su parte el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil señala: "El juez que dictó la sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días"; en base al mismo cuerpo legal referido, el artículo 289 prescribe: "Los autos y decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, por el mismo juez que pronunció, si lo solicita alguna de las partes dentro del término fijado en el artículo 281"; finalmente en el artículo 306 ibídem señala: "Los recursos propuestos dentro de los tres días siguientes a la última citación o notificación de una providencia, se tendrá por legal y oportunamente interpuestos, no obstante el hecho de presentarse solicitud de ampliación, reforma, aclaración o revocación de la providencia recurrida, y sin perjuicio del derecho de las partes a interponer, también, cualquier recurso en los tres días posteriores a la notificación del auto que resuelva la preindicada solicitud, salvo lo que dispongan otras leyes"; observándose de este modo que las disposiciones legales señaladas, hacen referencia a la constancia de las respectivas actas sumarias y los respaldos de las grabaciones magnetofónicas y sus transcripciones de las audiencias que debe haber en el proceso; así como el impedimento de revocar y alterar la sentencia y la facultad de poder aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días; sin que se observe que las normas invocadas contengan causas de nulidad procesal, como para ser acusadas bajo la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, no obstante, frente al hecho de que el recurso de casación ha sido admitido a trámite, y por cuanto la acusación se centra por una parte en la falta de la grabación de la audiencia definitiva en el proceso, y la falta de pronunciamiento de los juzgadores respecto a la solicitud de revocatoria, situaciones que considera acarrea la nulidad procesal, se precisa: a) Con relación a la falta de la grabación de la audiencia definitiva en el proceso se observa: A fs. 753 del octavo

cuerpo de primer nivel se encuentra el decreto emtido el 14 de octubre de 2015, las 10h15 suscrito por Judith Margot Parrales, jueza de la Unidad Judicial de la Florida de Trabajo con sede en el cantón Guayaquil, en el cual declara la nulidad de la audiencia definitiva, al haberse presentado una falla del sistema CICERO, no se ha podido grabar completamente la audiencia definitiva, sino únicamente el inicio de ésta; posteriormente a fs. 764 consta el decreto de fecha 19 de octubre de 2015, las 14h35 en el cual se revoca el decreto que declara la nulidad de la audiencia definitiva, considerando para ello lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 7 del Código del Trabajo, así como la consulta web dirigida la Corte Nacional constante a fs. 763 que se refiere al particular que se analiza, señalando: "En atención a su consulta me permito informar que no existe norma expresa que disponga anular la audiencia en dichos casos, por tanto el juzgador deberá regirse al acta de la audiencia la misma que contendrá el desarrollo de la audiencia". Por lo que este tribunal no observa que se haya violentado el proceso, ni que se haya transgredido lo que disponen los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, ni el artículo 582 del Código del Trabajo, al no haberse producido indefensión a las partes. Cabe puntualizar, que las nulidades por simple infracción de forma, no ocasionan la nulidad de un proceso, por cuanto es preciso que haya causado perjuicio a las partes procesales, se les haya dejado en estado de indefensión; teniendo en cuenta siempre el juzgador que la declaratoria de nulidad del proceso, debe ser la excepción, la última ratio. El Tratadista Alberto Maurino, en su obra "Nulidades Procesales", al respecto manifiesta que: "La finalidad de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Con suma claridad ALSINA nos da esta fórmula: donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad. PODETTI, puntualiza que el objeto y fin de las nulidades del procedimiento es el resguardo de una garantía constitucional. PALACIO, sostiene que esta noción debe interpretarse con criterio teleológico, subsumiendo en definitiva a las finalidades particulares en la genérica de asegurar la defensa en juicio de la persona y sus derechos". (Santiago Andrade Ubidia, "La Casación Civil en el Ecuador", Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, pág. 122, citando la Resolución N° 507-99 de 11 de octubre de 1999, juicio N° 18-99 (Palomo vs. Caisaguano), R.O. 333 de 07 de diciembre de 1999), consecuentemente la pretensión no es procedente. b) Con relación a la alegación respecto a la falta de concesión de los recursos establecidos por ley, lo que ha violentando los artículos 289, 281 y 306 del Código de Procedimiento Civil, señalando que luego de haber emitido la sentencia de primera instancia, los jueces de segunda instancia omitieron resolver la petición de revocatoria que se solicitó en el recurso de apelación, así como en la solicitud de aclaración, y que estas actuaciones habían producido indefensión violentando lo establecido el literal a) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Al respecto, se observa que los jueces de instancia han atendido la petición de la parte demandada al elevar el recurso de apelación solicitado, pues dentro del escrito que ha presentado la parte accionante se observa que su pretensión se contrae a interponer el recurso de apelación de la sentencia de primer nivel, teniendo en cuenta además que no es procedente solicitar en forma simultanea la petición de revocatoria y el recurso de apelación; por consiguiente el cargo acusado al amparo de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, no prospera. 7.- CAUSAL CUARTA.- Bajo esta causal, la parte recurrente señala que en la sentencia recurrida se ha resuelto algo que no fue materia del litigio, argumentando que la parte actora nunca solicitó que se declare la existencia del despido intempestivo; y era quién debía demostrar que fue despedida intempestivamente dentro de los múltiples momentos que señaló en la demanda. Considera que la traba de la litis es esencial para todo proceso judicial, puesto que delimita los parámetros sobre los cuales van a girar las actuaciones judiciales, sobre los puntos sobre los que se debe manejar las actuaciones, pruebas y alegatos, garantizando por tal hecho el legítimo derecho a la defensa del cual gozan las partes y que se encuentra garantizado en el artículo 76 de la Constitución de la República el Ecuador. Considera que debió resolverse sobre los puntos sobre los cuales se realizó la traba de la litis, es decir sobre la procedencia o no del despido intempestivo alegado por la actora, situación que no se ha efectuado en el presente proceso pues se ha resulto sobre puntos distintos pues debe considerarse que la demandante presentó una acción en contra del Banco de Machala S.A. de manera infundada e improcedente, enunciando hechos y circunstancias dentro de sus fundamentos que debieron ser probados, para determinar si en efecto existió un despido intempestivo, el mismo que hasta la presente fecha no ha

existido. 7.1- La causal cuarta invocada por la parte recurrente contempla los vicios de ultra petita, extra petita o infra petita, es decir 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". (La negrita nos pertenece). Sobre este tema, Murcia Ballén, manifiesta que: "[…] el principio de congruencia o armonía del fallo se contrae a la necesidad de que este se encuentre en consonancia con las pretensiones deducidas por el demandante en la demanda, o en las demás oportunidades que la ley le ofrece para proponerlas; y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieran sido invocadas por el demandado, sino se autoriza su declaración oficiosa, o sea que el juez en su sentencia, tiene que pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por los litigantes y solamente sobre lo demandado; pero, además, su decisión no puede fundarla sobre hechos que no están en el debate." (Murcia Ballén Humberto, Casación Civil en Colombia, sexta Edición, editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, pág. 305). 7.2.- La parte recurrente con los fundamentos expuestos en su recurso, bajo esta casual señala que en la sentencia recurrida se ha resuelto puntos que no fueron parte de la litis, por lo cual se precisa lo siguiente: a) El artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, establece que: " en las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal"; es decir, que el juzgador debe resolver sobre aquello que ha sido sometido a su conocimiento y no más allá de los límites fijados por las partes procesales. La incongruencia que establece la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, constituye un error in procedendo, y puede configurarse en los siguientes casos: 1. cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); 2. cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, 3. cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). (Resolución N°. 507 de 20 de diciembre 2000, juicio N°. 127-96 (Castillo vs. Saquicela), R.O. 284 de 14 de marzo de 2001). (Lo subrayado pertenece a este tribunal). b) Ahora bien, este tribunal de casación, observa que en el presente caso, el casacionista confunde al fundamentar el recurso de casación, el vicio de extra petita, pues manifiesta que: En la sentencia recurrida se ha resuelto algo que no fue materia del litigio, señalando que la parte actora nunca solicitó que se declare la existencia del despido intempestivo, argumentando que era la accionante quién debía demostrar que fue despedida intempestivamente dentro de los múltiples momentos que señaló en la demanda. No obstante, es preciso señalar que la actora en su demanda al expresar los fundamentos de hecho alegó que la relación laboral terminó por despido intempestivo, manifestando que el mismo fue puesto en conocimiento oportunamente a la Inspectoría del Trabajo; así también en la exposición de los fundamentos de derecho de la demanda señala los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo; y en la cosa, cantidad o hecho que exige determina la indemnización del artículo 188 del Código del Trabajo. En cuanto a la contestación a la demanda la parte accionada hoy recurrente se ha excepcionado: "Falta de derecho del actor para demandar; inexistencia del despido intempestivo; ilegitimidad de personería activa y pasiva; falta de legitimo contradictor; nulidad absoluta de todo lo manifestado; impugno todos y cada uno de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda presentada por la accionante (…)". Es decir, bajo las pretensiones y excepciones señaladas se trabó la litis entre las partes, una de ellas la existencia del despido intempestivo alegado por la actora e impugnado por la empleadora, sin que se pueda evidenciar que en la sentencia recurrida se resuelva puntos ajenos a la litis surgida entre las partes, pues el tribunal ad quem en su sentencia efectúa un análisis en el considerando Duodécimo del fallo recurrido, estableciendo la existencia del despido intempestivo, resolviendo de esta forma sobre un punto por el cual se trabó la controversia, análisis que no quiere decir que exista el vicio en referencia, pues la sentencia recurrida no resuelve puntos ajenos al debate que se ha presentado entre las partes. En tal virtud se desecha el cargo acusado bajo la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. 8.- CAUSAL TERCERA.- En cuanto a esta causal, la parte recurrente acusa que se ha producido una falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que han conducido a lo no aplicación de las normas de derecho en la sentencia. Señala que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 4 establece uno de los preceptos jurídicos claves aplicables al momento de valorar la prueba, esto es, la necesidad imperiosa de que todas las pruebas sean obtenidas y actuadas conforme a los lineamientos constitucionales y legales vigentes para que tengan eficacia aprobatoria dentro del

proceso; precepto que se ha omitido aplicar en la sentencia recurrida conduciendo a una flagrante violación de las normas sustantivas. Considera que los señores jueces de segunda instancia utiliza el visto bueno No. 21093 de 2015 que fue entregado en copias debidamente certificadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, conforme la prueba solicitada por la parte demandada, considerando que en dicha petición se solicitó la suspensión de las relaciones laborales y por consiguiente al ser resuelto extemporáneamente la petición conforme a la jurisprudencia se configuró el despido intempestivo, situación ajena a la verdad pues en dicho procedimiento de visto bueno nunca se solicitó la suspensión de las relaciones laborales, situación que ha provocado que se violente la apreciación de la prueba en su conjunto, invocando el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Señala que los jueces lo único que tomaron en consideración fue que el visto bueno se resolvió posterior a los 30 días de su presentación, hecho que considera que puede darse sin impedimento alguno cuando no existe una suspensión de la relaciones laborales. Considera que se ha producido una transgresión al artículo 76 literal l) numeral 7 de la Constitución de la República. Señala también que los jueces de segunda instancia han hecho caso omiso a la documentación pública emitida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, lo que ha provocado que se condene a los señores Harold Parrales Viteri, Richard Ordoñez González y Jenny Patrel Jaramillo, cuando del proceso no existe ni una prueba que señale como responsabilidad solidaria a quienes ejercen administración y dirección. 8.1.- Esta causal del artículo 3 de la Ley de Casación, tiene que ver con la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no a la que con criterio subjetivo, hiciera el tribunal, apartándose de la sana crítica, exigiendo para su configuración, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. Identificación del medio de prueba que a criterio del recurrente ha sido erróneamente valorado en la sentencia (confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos o intérpretes, y cualquier otra prueba admitida por la ley). 2. Determinación de la norma procesal sobre valoración de la prueba que a su criterio ha sido infringida. 3. Demostración, lógica jurídica del modo en que se produjo el quebranto; y, 4. Identificación de la norma sustantiva que se ha aplicado erróneamente o no se ha aplicado como resultado del yerro en el que se ha incurrido al realizar la valoración de la prueba. 8.2.- Al respecto, este tribunal de casación, puntualiza lo siguiente: a) El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, impone a los jueces la obligatoriedad de valorar los medios probatorios incorporados al proceso a la luz de las reglas de la sana crítica, las cuales tienen relación con el análisis lógico jurídico que realiza el juzgador, así como su experiencia y el conocimiento de la normativa jurídica aplicable al caso concreto; y, por otra parte, que la prueba sea vista como un todo, en aplicación del "principio de unidad de la prueba", que en palabras de Jaime Azula Camacho: "[…] consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, y a través de la cual llega al convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo estimatorio o desestimatorio: que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado sus defensas; o que no lo son" (AZULA CAMACHO, Jaime, (2008), "Manual de Derecho Procesal", Tomo VI, Tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, pág. 7). b) Ahora bien, el juzgador plural luego de analizar la resolución de visto bueno que fuera impugnada por el actor, en el considerando DUODÉCIMO concluye en lo principal que: "…el visto bueno propuesto en contra de la trabajadora, este fue presentado el 20 de enero del 2015 y signado con el número 210938 2015 (fs.223 y fs. 224) avocando su conocimiento la abogada Katherine Pesantes Drouet el 21 de enero del 2015 a las 12h00 (fs. 262); y finalmente resuelto el 09 de julio del 2015 a las 08h30 por la abogada Viviana Tutiven Brito (fs. 343), es decir ha transcurrido aproximadamente cinco meses y dieciocho días estando dicha resolución extemporáneamente expedida, violentando la disposición que indica el artículo 636 del Código del Trabajo, el cual fija un plazo máximo para resolverlo de un mes; asimismo, reiterada la jurisprudencia ha manifestado, referente de que si la resolución de visto bueno es dictada posterior a los treinta días de la suspensión de la relación laboral, dicha suspensión legal, se torna ilegal y arbitraria, configurándose así el despido intempestivo…"; evidenciándose que el análisis de valoración de la prueba que desarrollan los jueces ad quem, para concluir que en el presente caso se ha configurado el despido intempestivo alegado por la actora, ha

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

sido realizado sin haber efectuado una valoración lógica apegada a las reglas de la sana critica, pues el tribunal ha considerado el visto bueno propuesto en contra de la actora número 210938 2015 argumentando que con este trámite administrativo se ha procedido a solicitar la suspensión de la relación laboral entre la actora y la parte demanda, apreciación que no se encuentra apegada a la realidad procesal, toda vez que en la petición de visto bueno solicitado por la parte demandada y que consta en el proceso, no se observa que en aquella se haya solicitado la suspensión de labores de la actora, incurriendo de esta forma el tribunal ad quem en una valoración absurda del medio de prueba en el que ha fundamentado su decisión para establecer la procedencia del despido intempestivo. Por otra parte, el tribunal ad quem, ha señalado en su análisis que la resolución de visto bueno ha sido emitida en el tiempo de cinco meses y dieciocho días, estando dicha resolución extemporáneamente expedida, violentando la disposición que indica el artículo 636 del Código del Trabajo, el cual fija un plazo máximo para resolverlo de un mes; señalando que la jurisprudencia ha manifestado, referente a que si la resolución de visto bueno es dictada posterior a los treinta días de la suspensión de la relación laboral, dicha suspensión legal, se torna ilegal y arbitraria, configurándose así el despido intempestivo. Al respecto, debe considerarse que se produce 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 fue resuelta favorablemente a la parte empleadora; sin embargo al expedir la resolución respectiva ésta no se dio en el término previsto en la ley, sino a los cinco meses y dieciocho días, situación que no significa por sí solo, la existencia de despido intempestivo, pues 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; en tal sentido el despido intempestivo se habría configurado si se hubiera solicitado la suspensión de labores de la actora por el trámite de visto bueno y el Inspector del Trabajo lo hubiere negado y la parte empleadora a su vez se negaba a reintegrar al accionante a su lugar de trabajo, supuestos que no ocurrieron, por lo que la carencia de estos elementos no produce el cese violento que acarrea derechos a favor de la trabajadora y no constituye un hecho real proveniente de una actividad propia y unilateral del empleador por lo que el despido intempestivo no procede, concluyendo de esta manera este tribunal de casación, que los jueces provinciales han efectuado una valoración arbitraria de la prueba, constatándose la transgresión del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, aceptándose el cargo alegado por la parte recurrente bajo esta casual. c) Con relación a las alegaciones referentes a que los jueces de segunda instancia han hecho caso omiso a la documentación pública emitida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, lo que ha provocado que se condene a los señores Harold Parrales Viteri, Richard Ordoñez González y Jenny Patrel Jaramillo, cuando del proceso no existe prueba que señale como responsabilidad solidaria a quienes ejercen administración y dirección. Al respecto, se considera que la argumentación y alegación expuesta por la parte casacionista se inclina a que este tribunal vuelva a valorar la prueba adjuntada al proceso, actividad que no le compete a este tribunal de casación sino únicamente a los jueces de instancia; en este sentido y al haberse observado que los jueces del tribunal ad quem han efectuado un análisis referente a esta pretensión en el considerado Séptimo de la sentencia recurrida, se rechaza el cargo alegado. 9.- CAUSAL PRIMERA.- Bajo esta causal la parte recurrente señala que en la sentencia recurrida, los señores jueces de segunda instancia han traído a colación precedentes jurisprudenciales obligatorios que han sido determinantes al momento de resolver, sin embargo estima que no son aplicables a la presente causa, es así que manifiesta que dentro del considerando Duodécimo, se han invocado preceptos jurisprudenciales de la Ex Corte Suprema de Justicia, la resolución dictada el 29 de octubre de 1990, que se encuentra en el Prontuario No. 3 de las Resoluciones de la Corte; y en el Prontuario 3 p, 343, de fecha 26 de enero de 1990, resoluciones que aclaran de manera expresa que: "La verificación del Despido Intempestivo se da, cuando al momento de solicitarse el Visto Bueno el empleador solicitada la suspensión de las relaciones laborales, este Visto Bueno se resuelve con posterioridad a los 30 días establecidos por Ley; expresando que dentro del procedimiento 210938-2015 ha ocurrido lo mismo al resolverse extemporáneamente pasado el tiempo establecido"; sin embargo señores jueces, dichos precedentes jurisprudenciales no son aplicables a la presente causa, pues manifiesta que en el visto bueno No. 210938-2015 constante en el proceso, nunca se

solicitó la suspensión de las relaciones laborales para la trabajadora, por lo que considera que la sentencia de segunda instancia queda sin su piedra angular y de igual modo los precedentes jurisprudenciales obligatorios. 9.1.- La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, procede cuando el juzgador de instancia incurre, en falta de aplicación, aplicación indebida, o errónea interpretación de normas de derecho, 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. Emana, por tanto, de los errores sobre la existencia, validez y alcance del precepto legal que trascienden a la parte resolutiva del fallo…". (MURCIA BALLÉN, Humberto, Recurso de Casación Civil, sexta edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 354.). 9.2.-. Sobre la impugnación efectuada al amparo de la causal primera, cabe señalar lo siguiente: Las acusaciones hechas por la parte casacionista, ponen en evidencia que su pretensión se contrae a la aplicación de precedentes jurisprudenciales en la sentencia recurrida que considera no son aplicables, pues manifiesta que en base a estos precedentes se ha reconocido el despido intempestivo a favor de la actora. Al respecto se considera: a) Los precedentes jurisprudenciales emitidos tanto por la Corte Suprema de Justicia como la actual Corte Nacional de Justicia, respecto al tiempo de la resolución de visto bueno han sido: "[…] 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, pág. 20-21), siendo este el criterio mayoritario y unificado de los Jueces Nacionales pertenecientes a esta Sala de lo Laboral. b) En el presente caso, el pronunciamiento que ha tenido el tribunal ad quem con relación a la configuración del despido intempestivo, ha sido señalando que han transcurrido más de los 30 días que la ley otorga para la emisión de la resolución del visto bueno, por lo que se ha configurado el despido intempestivo, sin considerar los precedentes señalados anteriormente y el criterio que mantiene esta Sala respecto al tema que se analiza, 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, señalando la extemporaneidad de la misma, aplicando precedentes jurisprudenciales que no responden a los hechos fácticos ni connotaciones que se han dado en este proceso, el cargo aludido por el casacionista bajo la causal primera prospera. 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 la sentencia emitida por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 8 de marzo de 2016, las 11h27, 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, consecuentemente se declara sin lugar la demanda. Al tenor de lo que dispone el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese el valor de la caución rendida en su totalidad a la parte demandada.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Paulina Aguirre Suárez, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL.

V

Causa Nro. *05371-2017-00046*
Resolución Nro. *0115-2018*
Fecha: *12 de marzo de 2018*

TEMA: Nulidad procesal: La recurrente no puede pretender la declaratoria de nulidad por la supuesta indefensión de su codemandado, pues no le corresponde a ella beneficiarse de dicha argumentación para evitar el pago del cual fue condenada, sobre todo cuando del análisis del caso, no se desprende el agravio o la supuesta indefensión, requisito indispensable para aceptar el yerro imputado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor manifiesta que mediante contrato escrito del 31 de enero de 2014, ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales para la compañía demandada en calidad de picador, hasta el año 2017, luego se ha desempeñado el mantenimiento de plantaciones y finalmente como cochero o transportador de las flores de la Compañía, que el día 17 de abril de 2017, fue despedido de su lugar de trabajo, que durante su relación laboral su empleador no le ha cancelado los rubros como son décimo tercer y cuarto sueldo, parte proporcional, vacaciones, horas suplementarias, uniformes, utilidades, de igual manera despido intempestivo y desahucio. Que con estos antecedentes, comparece y demanda a la Compañía demandada y por sus propios derechos como lo establecen los Arts. 36 y 41 del Código del Trabajo, al pago de las pretensiones señaladas. Además del acuerdo parcial ya explicados en la sentencia, el juez de primera instancia resuelve: Pago de despido intempestivo, pago del 25% de la última remuneración por todo el tiempo de servicios de conformidad a lo que establece el Art. 185 del Código del Trabajo, el pago de la proporcionalidad de vacaciones no gozadas, el interés legal de los rubros que sí los generen, no procede el pago de horas suplementarias, al pago de fondos de reserva y régimen solidario de cesantía. De acuerdo al análisis del juez de instancia procede a la liquidación y de conformidad al inciso segundo del Art. 371 del COGEP, dispone que en los procesos laborales, las y los juzgadores y tribunales de instancia, cuando condenen a una de las partes al pago de indemnizaciones u obligaciones no satisfechas, están obligados a determinar en el fallo la cantidad que se debe pagar, por lo que procede a determinar lo que la parte demandada debe pagar en base a: Despido intempestivo, desahucio, proporcional de vacaciones, se acepta parcialmente la demanda.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad demandada interponen recurso de apelación. De acuerdo a las pruebas agregadas al proceso y determinada la relación laboral, era obligación del demandado justificar si cumplieron con el pago de los beneficios sociales. Del análisis de la liquidación efectuada por el Juez a quo, se observa que la misma se ha realizado en los rubros reconocidos y en cuanto a las vacaciones, estas se han liquidado en la parte proporcional que no ha sido tomado en cuenta en el acuerdo parcial, misma que este legalmente calculada. En razón de lo analizado y en base a las motivaciones el Tribunal de Apelación, desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma en todas sus partes la sentencia parcialmente

estimatoria, por lo que se dispone que la parte empleadora cancele a su ex trabajador lo ordenado en sentencia de primera instancia. En cuanto al codemandado Enrique León, se desecha la demanda en su contra toda vez que de los recaudos procesales no se ha comprobado la corresponsabilidad como representante legal de la demandada.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal de Apelación, la entidad demandada interpone recurso de casación, amparada en los presupuestos del caso primero del Art. 268 del Código General de Procesos. En lo principal manifestó:" que se ha vulnerado dentro del proceso judicial los derechos de la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica reconocidos en la Constitución , pues a su codemandado le han dejado en indefensión al haberse contado los términos para la contestación a la demanda, en contravención al Art. 77 y 291 del Código General de Procesos, sostiene que sin embargo, la contestación a la demanda fue realizada de manera conjunta y que los juzgadores de primera y segunda instancia debieron aplicar la norma del Art. 77 del Código Orgánico General de Procesos". El Tribunal de Casación argumenta, que al existir más de un demandado, los términos deberán contarse desde el perfeccionamiento de la citación o notificación de la última parte procesal, esto debido a que al separar los términos de cada demandado, entorpecería innecesariamente la continuación del proceso, pues estos no siempre coincidirán, y en este sentido que el que el legislador ha establecido las normas citadas en líneas anteriores, para evitar que las diligencias o actos procesales posteriores a la notificación, en las cuales se haya establecido en término legal, corran indistinta e individualmente, y así deberán entenderlo a futuro los juzgadores de primera y segunda instancia. La recurrente Luz Mary Naranjo Barajas como Gerente General de la Compañía demandada, en su recurso de casación no puede pretender la declaratoria de nulidad por la supuesta indefensión de su codemandado, pues no le corresponde a ella beneficiarse de dicha argumentación para evitar el pago del cual fue condenada, sobre todo cuando del análisis del caso, no se desprende que de la falta de calificación de la contestación a la demanda del señor Enrique Eduardo león Arroba, Gerente Técnico de la Compañía demandada, le haya causado indefensión, pues tuvo la oportunidad de asistir a hacer valer sus derechos en la audiencia única, como en efecto lo hizo y además porque el escrito de contestación a la demanda presentó por ambos codemandados, se lo realizó de manera conjunta, sin que pueda desprenderse agravio o la supuesta indefensión, requisito indispensable para aceptar el yerro imputado. Concluyéndose así que en el presente caso, no existe la configuración de la parte segunda del caso primero alegado como razón de casación, pues no se evidencia indefensión o nulidad alguna que declarar, más aún cuando, de la parte final de la sentencia de segunda instancia se desprende que se desechó la demanda en contra del señor Enrique Eduardo León Arroba, imposibilitando la alegación de indefensión de quien no ha sido sentenciado en juicio. Por lo antes descrito el Tribunal de Casación no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 05371-2017-00046

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito. Lunes 12 de marzo del 2018, las 10h07.-
VISTOS:
PRIMERO: ANTECEDENTES
a) Relación de la causa impugnada:
En el juicio laboral seguido por JUAN EDUARDO CERNA en contra de la compañía NARANJO ROSES ECUADOR S.A., en las personas de su Gerente General, Luz Mary Naranjo Barajas; y, de su Gerente Técnico, Enrique Eduardo León Arroba, el tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, dictó sentencia el 27 de noviembre de 2017, las 10h43, en la cual "*desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirma en todas sus partes la sentencia parcialmente estimatoria, por lo que se dispone que la empleadora […] cancele a su ex trabajador Juan Eduardo Cerna, la suma de […] USD 6.671,28. En cuanto al codemandado Enrique León, se desecha la demanda en su contra toda vez que de los recaudos procesales no se ha comprobado la corresponsabilidad como representante legal de la demandada*".
Inconforme con esta decisión, la parte demandada señora Luz Mary Naranjo Barajas interpuso recurso de casación amparada en los presupuestos del caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.
b) Actos de sustanciación del recurso:
El Dr. Efraín Humberto Duque Ruiz, Conjuez Nacional, en auto de 23 de enero de 2018, las 12h12, resuelve*: "admitir a trámite el recurso de casación interpuesto y dispone se remita el expediente a la Sala de Jueces de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conforme dispone el inciso final del Art. 270 del Código Orgánico General de Procesos"*. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:
SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución Nro. 01-2018, de 26 de enero de 2018, integró las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 506, de 22 de mayo de 2015.
La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación propuestos en procesos laborales, esto según el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; e, inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo que, en virtud del sorteo realizado, corresponde dictar la resolución del recurso de casación, conforme lo previsto en el inciso quinto del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial.
El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral para conocer y resolver la presente causa se encuentra integrado por: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi (Ponente); Dr. Alejandro Arteaga García, en reemplazo de la Dra. Katerine Muñoz Subía, según consta del Oficio Nro. 376-SG-CNJ-ROG, de 22 de febrero de 2018; y, Dra. Rosa Álvarez Ulloa, en reemplazo de la Dra. Paulina Aguirre Suárez, según consta del Oficio Nro. 406-SG-CNJ-ROG, de 27 de febrero de 2018; sin que se haya impugnado su conformación.
TERCERO: ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PÚBLICA CORRESPONDIENTE
Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación se llevó a cabo el día martes 6 de marzo de 2018, a las 09:30, en la sala de audiencias del octavo piso de la Corte Nacional de Justicia.
La parte recurrente (Luz Mary Naranjo Barajas, Gerente General de la compañía NARANJO ROSES ECUADOR S.A.) solicitó se case la sentencia por el caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, y en lo principal manifestó: que se ha vulnerado dentro del proceso judicial los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, puesto que a su codemandado, Enrique Eduardo León Arroba, se le ha dejado en indefensión al haberse contado los términos para la contestación a la demanda en

contravención al artículo 77 y 291 del Código Orgánico General de Procesos, sostiene sin embargo, que la contestación a la demanda fue realizada de manera conjunta y que los juzgadores de primera y segunda instancia debieron aplicar la norma del artículo 77 del Código Orgánico General de Procesos.

Por su parte, la accionante manifestó: que la disposición que se refiere a la contestación a la demanda y que es el aplicable a las causas laborales es la contenida en el artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos, que a pesar de ello, la parte recurrente no ha quedado en indefensión, puesto que, coincide con la apreciación de la parte accionada, respecto de la contestación a la demanda, por los dos codemandados, en un solo escrito, siendo la descalificación de la contestación del codemandado Enrique Eduardo León Arroba, una mera formalidad, pues los juzgadores resolvieron sobre la totalidad de las excepciones, alegatos y pruebas propuestas.

Una vez escuchadas las partes, este Tribunal se pronunció en forma oral al tenor de lo dispuesto en los artículos 93 y 272 del Código Orgánico General de Procesos; y, en base a las disposiciones legales pertinentes, corresponde emitir la sentencia escrita en los términos siguientes:

CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACION DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

a) Del recurso de casación:

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; Manuel de la Plaza manifiesta que: "*EI objeto de la casación, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto atentar a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales" (La Casación Civil, 1944).*

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera, una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El cumplimiento del primer fin, no acarreara implícitamente el del segundo, sin embargo el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

b) De la motivación:

AI tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; no habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico con base en la normativa legal y en principios del derecho, de ser el caso, que justifiquen porqué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida, siendo: *"el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento"* (Tolosa Villabona, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

"EI deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática" (Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso Apitz Barbera y otros.

La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que: *"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*

esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad, en el lenguaje, con miras a su fiscalización par parte del gran auditorio social, mas alá de las partes' en conflicto" (Caso Nro. 0471-13-EP; Sentencia Nro. 075-15-SEPT-CC, que trascribe parte de la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición Nro. 227-12-SEPCC, Caso Nro. 1212-11-EP).

Por otra parte, el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos, hace referencia a que una sentencia motivada es aquella que enuncia las normas o principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, explicando los razonamientos facticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

La motivación es el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan sindéresis y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales y leyes existentes, que genere seguridad y certeza a las partes.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación.

c) De la acusación presentada:

Cargo caso primero

El caso invocado por el recurrente, constante en el numeral primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos se produce *"Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal".*

Este vicio doctrinariamente se conoce como *in procedendo,* llamado a producir la nulidad del proceso; radica en la vulneración del procedimiento "por violación indirecta *(la violación directa es en el proceso pero no en el fallo*)" (Andrade Ubidia, 2005, pág. 114).

En mérito al caso primero, el casacionista alega que "*los señores jueces de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, implican (sic) el artículo 77 del Código Orgánico General de Procesos, que establece en forma clara desde cuando inicia y finaliza los términos, circunstancia que debe y debió ser aplicada tanto por el Juez de Primer Nivel así como por los señores Jueces de la Sala, y esto porque la norma manifiesta: "**EI término empieza a correr en forma común, con respecto a todas las partes, desde el día hábil siguiente a la última citación o notificación […]**" […] Es decir que bajo la lógica jurídica de esta disposición legal **el término para contestar a la demanda se debió contar desde el día siguiente al de la última citación por boletas acaecida en contra de la demandada MARY LUZ NARANJO BARAJAS,** es decir desde el 15 de junio por lo que la contestación a la demanda del demandado señor ENRIQUE EDUARDO LEÓN ARROBA, fue oportuna y por tanto debió ser calificada por el señor Juez de Primer Nivel, o a su vez de oficio los señores Jueces de la Sala debieron declarar la nulidad por haber dejado al demandado [...] en **INDEFENSION**, violentándose con ella la Tutela Efectiva, EL DEBIDO PROCESO, y la Seguridad Jurídica", y que la norma procesal no aplicada deriva en la clara nulidad del proceso no sujeta a convalidación alguna*.

En atención a lo expuesto, considérese que el artículo 77 del Código Orgánico General de Procesos, respecto del comienzo y vencimiento de los términos, como bien ha mencionado la recurrente, dispone: *"El termino empieza a correr en forma común, con respecto a todas las partes, desde el día hábil siguiente a la última citación o notificación"*; esto en correlación con el inciso segundo del artículo 291 ibídem, que al referirse a la calificación de la demanda y contestación en el juicio ordinario menciona: "*La o el demandado tendrá treinta días para presentar su contestación a la demanda. Este término se contará desde que se practicó la última citación, cuando las o los demandados son varios"*, de lo cual debe observarse lo siguiente:

AI existir más de un demandado, los términos deberán contarse desde el perfeccionamiento de la citación o notificación de la última parte procesal, esto debido a que, el separar los términos por cada demandado, entorpecería innecesariamente la continuación del proceso, pues estos no siempre coincidirán, y es en ese sentido que el legislador ha establecido las normas citadas en líneas anteriores, para evitar que las diligencias o actos procesales posteriores a la notificación, en las cuales se haya establecido un término legal, corran indistinta e individualmente; y así deberán entenderlo a futuro los juzgadores de primera y segunda instancia.

El artículo 77 del Código Orgánico General de Procesos recoge esta apreciación en dos momentos: primero, al mencionar que los términos empiezan *"a correr en forma común, con respecto a todas las partes"*, es decir, no se considerarán aisladamente; y, segundo, que la cuenta se considerará *"desde el día hábil siguiente a la última citación o notificación"*, siendo aplicable a los procesos sumarios aquella contemplada

en el artículo 333 del Código Orgánico General de Procesos, debió considerarse que las partes demandadas podían presentar su contestación en el término de 15 días, luego de perfeccionada la última citación, en el presente caso, la citación de la codemandada Luz Mary Naranjo Barajas, Gerente General de la compañía NARANJO ROSES ECUADOR S.A.

En el caso que nos ocupa, contrario a esta apreciación, del numeral 8.2 de la sentencia recurrida se tiene lo siguiente: "*Se observa que al demandado Enrique León según fojas 45 se lo ha citado en persona el día 12 de junio del 2017 a las 10h50, con lo cual los 15 días para contestar las demanda según el Art. 151 del Código Orgánico General de Procesos fenecía el 3 de julio del 2017*"; y respecto de la codemandada, el numeral 8.3 menciona: "*se la ha citado mediante tres boletas según consta de la actuación judicial del citador de fojas 46, siendo la última con fecha miércoles 14 de junio del 2017 a las 15h15, por lo que el término para contestar la demanda para ella concluía el 6 de julio del 2017*".

Consideraciones de las cuales se desprende la no aplicación, como en efecto menciona el recurrente, del artículo 77 y del inciso segundo del artículo 291 del Código Orgánico General de Procesos. Es decir, en el caso examinado, ambos demandados podían contestar a la demanda hasta el 6 de julio de 2017, sin que sea relevante para dicho vencimiento la fecha de citación del primer codemandado.

Sin embargo, el caso primero invocado por el recurrente, no agota el cometimiento del vicio en la vulneración de normas procesales, pues, debe analizarse el supuesto contemplado en la parte segunda del caso primero del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, que el vicio respecto de la norma procesal *haya "viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal ",* al decir del propio recurrente, en su intervención dentro de la audiencia oral, citando a Enrique Véscovi, en cuanto al principio de trascendencia*: "no hay nulidad sin perjuicio".*

El artículo 4 del Código Orgánico General de Procesos, respecto de la oralidad en las audiencias dispone: *"La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollaran mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse par escrito"*; en el mismo sentido, el numeral cuarto del artículo 333 ibídem dispone que dentro del procedimiento sumario *"Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos".*

Se tiene entonces, que el momento legal oportuno para el saneamiento de la causa recae en la primera parte de la audiencia, y que fue debidamente explicado por el juez de primera instancia; ante lo cual, el Procurador Judicial de la señora Mary Luz Naranjo Barajas, Gerente General de la compañía Naranjo Roses Ecuador S.A., ahora recurrente, en la audiencia única, minuto 04:41 solicita*: "que se declare valido el proceso"*, proceso del cual solicita a través de su recurso de casación la declaratoria de nulidad.

En clara contraposición a uno de los objetos de la casación, pues esta *"ha de establecerse en beneficio del recurrente; no de un contrario. No es lícito al recurrente alegar para la casación del fallo motivos que, de estimarse, cederían únicamente a favor de otro litigante, sin que la casación mediante ella obtenida pudiera alterar el estado de hecho o de derecho creado respecto del recurrente, por la sentencia recurrida".*

Es decir, la recurrente Luz Mary Naranjo Barajas, Gerente General de la compañía NARANJO ROSES ECUADOR S.A., con su recurso de casación no puede pretender la declaratoria de nulidad por la supuesta indefensión de su codemandado, pues no le corresponde a ella beneficiarse de dicha argumentación para evitar el pago al cual fue condenada, sobre todo cuando del análisis del caso, no se desprende que la falta de calificación de la contestación a la demanda del señor Enrique Eduardo León Arroba, Gerente Técnico de la compañía NARANJO ROSES ECUADOR S.A. le haya causado indefensión, pues tuvo la oportunidad de asistir a hacer valer sus derechos en la audiencia única, como en efecto lo hizo y además porque el escrito de contestación a la demanda, presentado por ambos codemandados, se lo realizó de manera conjunta; sin que pueda desprenderse agravio o la supuesta indefensión, requisito indispensable para aceptar el yerro imputado.

Por otra parte, el numeral segundo del artículo 87 del Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a los efectos de la falta de comparecencia a la audiencia dispone: *"Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos"*, de lo cual se colige con facilidad, que en el sistema oral, el momento legal oportuno, en el

cual las partes pueden hacer valer sus derechos es precisamente la audiencia, diligencia a la cual el codemandado Enrique Eduardo León Arroba ha asistido efectivamente.

Asimismo, de la contestación a la demanda, constante en fojas 49 a 51 del primer cuaderno de primera instancia, se desprende que tanto la señora Mary Luz Naranjo Barajas, Gerente General de la compañía Naranjo Roses Ecuador S.A., así como el señor Enrique Eduardo León Arroba, Gerente Técnico de la misma compañía, han formulado en un solo escrito las excepciones, alegaciones y anunciación de pruebas; por cuanto, el juzgador de primera instancia al decidir calificar una contestación y no otra, siendo esta la misma, resolvió en su fallo sobre la totalidad de los puntos fijados en debate, la prueba y los alegatos presentados.

Concluyéndose así, que en el presente caso, no existe la configuración de la parte segunda del caso primero alegado como razón de casación, pues no se evidencia indefensión o nulidad alguna que declarar, más aun cuando, de la parte final de la sentencia de segunda instancia se desprende que se desechó la demanda en contra del señor Enrique Eduardo León Arroba, imposibilitando la alegación de indefensión de quien no ha sido sentenciado en juicio.

Par las consideraciones expuestas, este **Tribunal 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 lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, de 27 de noviembre de 2017, las 10h43. Finalmente, esta Sala dispone la entrega del valor de la caución a la parte accionante de acuerdo al artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Alejandro Magno Arteaga García, CONJUEZA NACIONAL; Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E).

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VI

Causa Nro. *0487 A-2010*
Resolución Nro. *0423-2018*
Fecha: *6 de julio de 2018*

TEMA: Jubilación patronal. La bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal no goza de carácter imprescriptible que si es aplicable a la jubilación patronal; y siendo así, dado el tiempo transcurrido entre la terminación de la relación laboral y la citación con la demanda, la acción para reclamar el derecho devenido de la contratación colectiva es extemporáneo por haber prescrito.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor, con fecha 01 de septiembre de 1966 fue contratado para prestar sus servicios lícitos y personales para el Municipio de Guayaquil, hasta el 30 de junio de 1992, fecha en la que puso su renuncia para acogerse a la jubilación patronal. Habiendo fallecido el accionante han comparecido a juicio sus herederos y cónyuge sobreviviente y demandan a la institución demandada al pago de los derechos que le corresponden a su difunto esposo y padre respectivamente. Adicionalmente alegada la excepción de prescripción de la acción, se desecha por cuanto el derecho a la jubilación es un derecho imprescriptible como lo establece la Resolución de la Corte Suprema de Justicia, expedida en el Registro Oficial Nro. S-233, del 14 de julio del mismo año. Con respecto al derecho que tiene a percibir la bonificación complementaria de la pensión jubilar, considera en términos generales, es procedente su pago por considerar un componente de la jubilación patronal, declarada imprescriptible, conforme se establece en el proceso y sustentado en el literal d) de la cláusula Décimo Contrato Colectivo, por lo que se ordena del pago de esta beneficio, con el recargo de intereses. Por lo expuesto en el proceso el juez ocasional declara con lugar la demanda y dispone que la entidad demandada pague al ex trabajador, las pensiones jubilares, décima tercera pensión, décima cuarta pensión, décima quinta pensión, décima sexta pensión, bonificación complementaria. Los intereses se pagarán oportunamente, sin lugar los demás reclamos.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la resolución del juez de primera instancia, la entidad demandada interpone recurso de apelación, concedido el recurso y en virtud de la consulta formulada sube la causa y del estudio realizado por este Tribunal, consta que el ex trabajador, laboró para la entidad demandada durante más de veinte cinco años, haciéndose acreedor al pago de la pensión jubilar patronal determinada en el Art. 216 del Código del Trabajo (anterior art. 219 del Código del Trabajo), así como los intereses legales pertinentes y al haber fallecido en el transcurso de este proceso, no merma el derecho de sus herederos a percibir lo que por Ley les corresponde hasta un año después del deceso del demandante.-Por las consideraciones anotadas el Tribunal de Apelación , confirma en todas sus partes el fallo recurrido, incluida la liquidación practicada, debiendo ser repartidos los valores a que ascienda la liquidación de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada y sin perjuicio de terceros.-

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado interpone recurso de casación, fundamenta su recurso, la aplicación indebida del Art. 219 del Código del Trabajo, lo que dió como resultado que ilegalmente la sentencia mande a pagar a los herederos del ex trabajador una pensión jubilar patronal hasta un año después de su muerte; y, la falta de aplicación de los Arts. 635 y 637 de la Codificación del Código del Trabajo, del Art. 19 de la Codificación de la Ley de Casación y los Precedentes Jurisprudenciales ha incidido, a su vez para que el Tribunal ad quem mande a pagar a la Institución demandada la bonificación complementaria contractual a favor de los herederos del ex trabajador. En lo principal de su recurso sostiene que: " Para que se pueda transmitir el beneficio de la jubilación a sus herederos es necesario que el trabajador fallecido se halle en goce de la pensión jubilar antes de fallecer. En el presente caso, lo que tuvo el señor ex trabajador fue una mera expectativa, pues no se había declarado su derecho a la jubilación patronal". En la especie, se tiene que los fallos citados por la parte recurrente en el apartado denominado" Bonificación Complementaria" como no aplicados, son concordantes al establecer que las bonificaciones contractuales complementarias a la jubilación patronal son prescriptibles, y que no forman parte de la jubilación patronal a la cual se refiere el Art. 216 del Código del Trabajo. En el caso de estudio que todas al acciones provenientes de los actos o contratos de trabajo prescriben en tres años, tomando como fecha de inicio de dicho plazo, la fecha de terminación de la relación laboral, en el caso que nos ocupa, junio de 1992; segundo, que transcurridos cinco años desde que la obligación se volvió exigible, la acción se considerará prescrita sin la posibilidad de suspensión. En la especie la acción planteada, data de septiembre del 2012, habiendo transcurrido aproximadamente 10 años 3 meses desde la terminación de la relación laboral hasta la fecha de citación con la demanda. De todo lo manifestado se colige entonces que la bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal no goza de carácter imprescriptible que si es aplicable a la jubilación patronal; y siendo así, dado el tiempo transcurrido entre la terminación de la relación laboral y la citación con la demanda, la acción para reclamar el derecho devenido de la contratación colectiva es extemporáneo por haber prescrito, y así se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia en casos análogos, criterio que es además concordante con el analizado por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia Nro. 102-15-SEP-CC, caso Nro. 1503-12 EP, de 31 de marzo de 2015. Del análisis realizado, es procedente el cargo formulado por la parte recurrente, al haberse fundamentado legalmente el yerro acusado por la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, referente a la prescripción de la acción, al tenor de lo dispuesto en los Arts. 635 y 637 del Código del Trabajo y los fallos transcurridos en su recurso de casación al amparo del Art. 19 de la Ley de Casación. Por lo expuesto el Tribunal de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, casa parcialmente la sentencia y declara prescrito el derecho de la parte accionante, a recibir la bonificación complementaria establecida en la cláusula décima sexta del Contrato Colectivo de Trabajo, celebrado entre la entidad demandada y el Comité Especial Único de los Trabajadores Municipales. Respecto de lo demás, estese al fallo de segunda instancia que confirma en todas sus partes el fallo de primer nivel.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17731-2010-0487A

Jueza Ponente: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, viernes 6 de julio del 2018, las 12h02.-
VISTOS:
PRIMERO: ANTECEDENTES
En el juicio laboral seguido por **EVARISTO SALVADOR VERA** en contra del **GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE GUAYAQUIL**, en las personas de **JAIME NEBOT SAADI** y **MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN**, alcalde y procurador síndico, respectivamente, el tribunal de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dictó sentencia el 18 de febrero de 2009, las 17h40, en la *cual «confirma en todas sus partes el fallo recurrido, incluida la liquidación practicada, debiendo ser repartidos los valores a que ascienda la liquidación, de acuerdo a las reglas de sucesión intestada».*
Mediante Sentencia Nro. 086-18-SEP-CC, de 7 de marzo de 2018, dentro del Caso Nro. 1694-13-EP, la Corte Constitucional del Ecuador, dispuso: «***3.1****. Dejar sin efecto la sentencia de 16 de julio de 2013, dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso extraordinario de casación N.° 487-2010, interpuesto por los accionantes en contra de la sentencia de 18 de febrero de 2009, dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la entonces Corte Superior de Justicia del Guayas en el juicio laboral planteado por el ciudadano Evaristo Salvador Vera en contra del ahora llamado Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil 3.2. Que, previo sorteo, otros jueces de la Sala de lo Laboral de la Corte nacional de Justicia, conozcan y resuelvan el recurso extraordinario de casación referido en el numeral precedente, en observancia a una aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es considerando la decisum o resolución, así como los argumentos centrales que constituyen la decisión y son la ratio».*
SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución Nro. 01-2018, de 26 de enero de 2018, integró las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 506, de 22 de mayo de 2015.
La competencia de este Tribunal se ha radicado en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial.
La Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación en los procesos laborales según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; numeral primero del artículo 191 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Ley de Casación. Por lo que, en virtud del sorteo realizado, corresponde dictar la resolución del recurso de casación, conforme lo previsto en el inciso quinto del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial.
El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral para conocer y resolver la presente causa, se encuentra integrado por: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional; y, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional.
TERCERO: VALIDEZ PROCESAL
De la revisión del expediente, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal que lo invalide, por lo que, se declara su validez procesal.
CUARTO: CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA SENTENCIA NRO. 086-18-SEP-CC
La Sentencia Nro. 086-18-SEP-CC, de 7 de marzo de 2018, dentro del Caso Nro. 1694-13-EP, de la Corte Constitucional del Ecuador en el apartado «De la solicitud y sus argumentos», en razón de la acción extraordinaria de protección propuesta por la parte accionada, manifiesta: «los jueces *casacionales "… sin ningún análisis concluyen que el accionante, estaba en goce del beneficio de la jubilación patronal a la fecha de su fallecimiento…"; por tanto consideran que la sentencia demandada resulta "… arbitraria [e] incongruente…" Asimismo, los legitimados activos, señalan que la Sala Casacional, "… nunca motivó por qué consideró que los herederos del*

fallecido tenían derecho a las pensiones jubilares, si el causante no había estado en goce de las mismas a la fecha de su fallecimiento conforme lo exige el Art. 217 del Código del Trabajo."».

De lo cual se colige que, la inconformidad manifiesta de la parte accionada, a través de su acción extraordinaria de protección, se limitó a la presunta vulneración del derecho constitucional al debido proceso, respecto de la garantía de motivación dispuesta en el literal l) del numeral séptimo del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; y del derecho a la seguridad jurídica establecido en el artículo 82 ibídem, por la consideración efectuada por la Corte Nacional de Justicia respecto del derecho determinado en el artículo 217 del Código del Trabajo a favor de los herederos del accionante.

En contraposición con ello, la Corte Constitucional del Ecuador, en el apartado «Lógica» de la Sentencia en análisis, en cuanto a dicha alegación, referida como «Primera Acusación», luego de citar el análisis efectuado por la Corte Nacional de Justicia en su sentencia, concluye que: «en el sub numeral 1.9 del referido considerando, las autoridades jurisdiccionales centraron su análisis en el cargo respecto a la norma contenida en el artículo 217 del Código del Trabajo, concluyendo que dicha norma no había sido infringida por la sentencia recurrida», sin que se encuentre, en este apartado o en otro a lo largo de la sentencia, pronunciamiento alguno en cuanto a esta alegación, que cabe recalcar, fue el motivo de interposición de la acción extraordinaria de protección y del cual no se ha establecido vulneración constitucional alguna.

La Corte Constitucional del Ecuador, por el contrario, sin pronunciarse sobre la intención específica de la parte accionada al interponer su acción extraordinaria de protección, pasó al análisis de lo que denominó como «Segunda Acusación», la cual se refiere a la bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal.

La impugnación respecto de esta consideración, fue motivo del recurso de casación de la parte accionada con base en ella, la Corte Nacional de Justicia en sentencia de 16 de julio de 2013, las 09h15, casó parcialmente la sentencia emitida por el tribunal de alzada; respecto de esta segunda acusación, la Corte Constitucional del Ecuador señaló que: «del análisis integral de la sentencia que precede, se desprende que los criterios contenidos en los numerales 4 y 5 del considerando "Cuarto" de la misma son contradictorios […] Sumado a ello, esta Corte evidencia que aun cuando los jueces de casación determinaron que uno de los cargos expuestos por la entidad recurrente era aquel respecto a la transgresión del artículo 19 de la Codificación de la Ley de Casación, no se observa la existencia de pronunciamiento alguno en lo referente al referido cargo, lo cual decanta en un análisis incompleto, lo que a su vez hace que la decisión objeto de la presente acción extraordinaria de protección sea incongruente».

Decisión, que pese a no haber sido impugnada por adolecer de vicios constitucionales, la Corte Constitucional del Ecuador, en su resolución, acusa de falta de motivación, contradictoria, incongruente y ambigua, como se mencionó en líneas anteriores, fue el motivo de casación parcial de la sentencia recurrida.

En este orden de ideas, debe observarse que la Corte Constitucional del Ecuador en nada se ha referido a yerros o falencias respecto de la «Primera Acusación», coligiéndose que el análisis efectuado por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, si bien ha sido dejado sin efecto, era adecuado.

QUINTO: CONSIDERACIONES SOBRE LA CASACIÓN

La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho; «según señala DE LA PLAZA, el objeto de la casación, en palabras de CARAVANTES, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio a los particulares con las sentencias ejecutoriadas, o el remediar la vulneración del interés privado, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales; idea que, en épocas más próximas a nosotros, reitera Manresa, cuando atribuye al recurso la misión de «enmendar el abuso, exceso o agravio inferido por las sentencias firmes de los Tribunales de apelación cuando han sido dictadas contra ley o doctrina legal, o con *infracción de las formas más esenciales y trámites más esenciales del juicio*» . (Andrade Ubidia, 2005, pág. 221).

A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con un fin público, al vigilar que las sentencias emitidas en niveles de instancia se ajusten a la normativa existente, al derecho vigente; permitiendo de esta manera una verdadera seguridad jurídica al unificar la interpretación de las leyes; y, un fin privado, buscado por la parte que lo interpuso para alcanzar la defensa del derecho que considera vulnerado. El

cumplimiento del primer fin, no acarreará implícitamente el del segundo, sin embargo el fin privado, de haber lugar, permite consecuentemente, el cumplimiento del fin público.

SEXTO: CONSIDERACIONES SOBRE LA MOTIVACIÓN

AI tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas; no habrá motivación, si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, o no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho establecidos en el proceso. La inobservancia de esta norma constitucional ocasiona la nulidad de la resolución.

En materia de casación la motivación se circunscribe a presentar un razonamiento jurídico con base en la normativa legal y en principios del derecho, de ser el caso, que justifiquen porqué la sentencia recurrida por este recurso extraordinario ha infringido normas legales y contempla alguno de los errores presentados al amparo de los casos alegados o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia; en resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia recurrida, siendo: «el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento» (Tolosa Villabona, 2008, pág. 126).

La motivación se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento y observancia en todas las resoluciones administrativas o judiciales, convirtiéndose en el eje diferenciador entre la racionalidad y la arbitrariedad.

«El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática» (Apiz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007).

La motivación será considerada entonces como uno de los derechos de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que: «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 adecúan 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 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»* (Sentencia Nro. 075-15-SEP-CC, 2015, pág. 8).

La motivación es el requisito principal, básico que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por el juzgador sobre el asunto a resolver, que enlazados de tal manera, guardan cordura y coherencia entre sí, permitiendo arribar a una decisión, en apego a la Constitución, tratados internacionales, leyes existentes y demás normativa aplicable, de modo que genere seguridad y certeza a las partes.

Cumpliendo con la obligación constitucional de motivación antes señalada, este Tribunal fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

SÉPTIMO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La parte recurrente fundamenta el recurso de casación en análisis en los siguientes términos: «aplicación indebida del artículo 219 del Código del Trabajo dio como resultado que ilegalmente la sentencia mande a pagar a los herederos de Evaristo Salvador Vera una pensión jubilar patronal hasta un año después de su muerte; y, la falta de aplicación de los artículos 635 y 637 de la *Codificación del Código del Trabajo; del artículo 19 de la Codificación de la Ley de Casación y los precedentes jurisprudenciales ha incidido, a su vez, para que la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas mande a pagar a nuestra representada la bonificación complementaria contractual a favor de los herederos del señor Evaristo Salvador Vera».*

OCTAVO: CARGOS ALEGADOS

La parte recurrente basó su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, esta es doctrinariamente conocida como vicio *in iudicando*, por vulneración directa de normas de derecho, llamadas a aplicarse, al momento de resolver un caso, «se imputa al fallo de hallarse incurso en errores de violación directa de la norma sustantiva, porque no se han subsumido adecuadamente los elementos fácticos que han sido probados y 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 derecho sustantivo». (Andrade Ubidia, 2005, pág. 182).

Esta causal, contempla la posibilidad de una violación directa de la norma de derecho, incluidos los precedentes jurisprudenciales obligatorios por: **i)** aplicación indebida; **ii)** falta de aplicación; o, **iii)** errónea interpretación, cuando esta fuera determinante en la parte dispositiva de la sentencia de la que se recurre, así, para que el vicio y el cargo prosperen en casación, el recurrente deberá no solo demostrar la transgresión de la norma, sino cómo esta fue determinante en la decisión del juez al momento de resolver.

NOVENO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A fin de dilucidar si los cargos formulados tienen sustento jurídico, y teniendo en cuenta que el recurso de casación es «un ataque a la sentencia; una imputación de que ha infringido la ley o quebrantado las formas esenciales del juicio, o de ambas cosas a la vez» , y en razón del principio dispositivo al cual se refiere la Constitución de la República del Ecuador en el numeral sexto del artículo 168 «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*».

Entendiendo este principio como la limitación de las actuaciones de los juzgadores al impulso procesal de las partes, que en materia de casación, se traduce en la limitación de las acusaciones formuladas en los términos expuestos en el respectivo recurso, las cuales, además de contener los requisitos indispensables exigidos por ley, deberán cumplir con el tecnicismo específico requerido para cada una de las causales invocadas, sin que ello pueda ser considerado como una mera formalidad.

Así lo ha entendido la entonces Corte Suprema de Justicia y se replica en el actuar de la actual Corte Nacional de *Justicia «El recurso de casación, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, es considerado como una demanda contra la sentencia, y en tal virtud debe quedar trabada la litis con relación a las normas de derecho, normas procesales y preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que se estimen aplicados indebidamente, erróneamente interpretados y no aplicados; dichas circunstancias deben quedar expuestas en forma clara por el recurrente para que proceda la impugnación»* (Gaceta Judicial Serie XVII, 2001, pág. 1609).

«La fundamentación, es la carga procesal más exigente impuesta al recurrente como requisito esencial de la formalización, por su amplitud, complejidad y trascendencia. Requiere el desarrollo y razonamientos sometidos a una lógica jurídica clara y completa y, al mismo tiempo, a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado» (Gaceta Judicial Serie XVII, 2003, pág. 3486).

En el presente caso, uno de los problemas jurídicos a dilucidarse es si los herederos del accionante tienen derecho al pago de lo dispuesto en el artículo 219 del Código del Trabajo (actual 217 ibídem).

Sostiene la parte recurrente que «Para que se pueda trasmitir el beneficio de la jubilación a sus herederos es necesario que el trabajador fallecido se halle en goce de la pensión jubilar antes de fallecer. En el presente caso, lo que tuvo el señor Evaristo Salvador Vera fue una mera expectativa, pues no se había declarado su derecho a la jubilación patronal».

Respecto de lo cual, la parte recurrente ha de considerar que los derechos, de modo general, son de aplicación directa, y devienen inherentemente de la condición específica de las personas, y que la decisión judicial respecto de ellos, no es sino el reconocimiento o tutela efectiva por autoridad competente de un derecho que, por cualquier motivo, ha sido vulnerado, desconocido o afectado «Los derechos se materializan, cuando son violados, con la exigibilidad» (Ávila Santamaría, Los Derechos y sus Garantías, 2012, pág. 70), así el caso en examen, versa respecto de la exigencia del reconocimiento de un derecho, para que este se materialice, no de su titularidad, existencia, ni goce, como mal ha entendido la parte recurrente.

El numeral cuarto del artículo 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a la fecha de presentación de la demanda dispone: «Los derechos del trabajador son irrenunciables. […] Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral», de lo cual puede colegirse que los derechos de los trabajadores provienen de su sola condición de tal y así, son irrenunciables, y que las acciones que se planteen tienen la única finalidad de reclamarlos, pues, cabe recalcar, existen desde que la persona es considerada como trabajadora, bajo los requisitos, límites y condiciones impuestos en la legislación para cada

derecho, esta existencia es doctrinariamente conocida como capacidad de goce.

El goce «la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Ésta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce» (Domínguez Martínez, 2008, pág. 167), en el presente caso, el goce del derecho a la jubilación patronal surge desde el momento en el cual se cumplen los presupuestos establecidos en la ley, sin necesidad que simultáneamente se materialice.

Así, por ejemplo, el trabajador que prestare sus servicios ininterrumpidamente por 25 años, **goza**, desde el cumplimiento de dicha condición del derecho a la jubilación patronal, sin embargo, si voluntariamente no interrumpe su relación laboral para acogerse a dicho derecho, no pierde su goce, solo retarda la capacidad de ejercicio. En este sentido, el goce de este derecho no está atado al pago efectivo de la pensión jubilar por parte del empleador, pues ello se refiere netamente al ejercicio.

Puede concebirse entonces, como en el presente caso, la capacidad de goce sin la capacidad de ejercicio, pero nunca del modo contrario, y es de este modo que deben ser entendidos los fallos citados por la parte recurrente según los cuales «es de rigor que el trabajador fallecido se halle en goce de pensión jubilar para que se pueda transmitir este beneficio a sus herederos».

En el presente caso, el derecho a la jubilación patronal deviene, entre otras cosas, del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 216 del Código del Trabajo, empero, frente a su desconocimiento, la parte accionante se ha visto obligada a acudir a la vía judicial para hacerlo efectivo y mandatorio para la parte accionada, pues gozando del derecho, el desconocimiento arbitrario de él impide su ejercicio; puesto que, tendrán derecho a la jubilación por tiempo de servicios a cargo del empleador, todos los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, sin que para ello medie una resolución judicial.

El fallo transcrito por la parte recurrente en su escrito de casación *(«Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 15. Pág.3462. Quito, 17 de junio de 1977»)* entiende el goce del derecho a la jubilación patronal en los términos referidos en líneas anteriores, de modo que, un trabajador cuyo tiempo de trabajo continuado sea menor a los 25 años dispuestos por ley, no gozará del derecho a la jubilación patronal, y evidentemente sus herederos tampoco podrán reclamarlo, sin embargo, ello no ocurre en el presente caso, ya que, de la sentencia del tribunal de alzada se desprende que el accionante gozaba de dicho derecho pues consta, pese al error en el nombre, «que el de *cujus Vera Ramírez [Salvador Vera] laboró para la Municipalidad de Guayaquil durante más de veinticinco años, haciéndose acreedor al pago de la pensión jubilar patronal determinada en el art. 216 del Código del Trabajo»,* lo que ocurre en la especie es que el accionante no pudo, a causa de su empleador, ejercer su derecho.

De modo que, tal y como refieren los juzgadores de segunda instancia en su sentencia, con el fallecimiento del accionante cuando se encontraba en goce de su derecho a la jubilación patronal «en el transcurso de este proceso, no *merma el derecho de sus herederos a percibir lo que por Ley les corresponde hasta un año después del deceso del demandante*» al tenor de lo dispuesto en el entonces artículo 219 del Código del Trabajo, actualmente artículo 217 ibídem.

Siendo así, el derecho a la jubilación patronal es reconocido a favor del trabajador desde el momento en el que se cumplieron las condiciones y requisitos establecidos en la ley, dando paso a que las autoridades judiciales puedan ordenar su pago retroactivo desde la fecha en la cual nació efectivamente el derecho y cuyo ejercicio se interrumpió por voluntad o desconocimiento del empleador.

La parte accionada, al encontrarse obligada a satisfacer la jubilación patronal del accionante no debió restringir su ejercicio, para luego acusar que a falta de un malentendido goce, el derecho no existía sino una sola mera expectativa y que de ese modo, tampoco se siguen respecto de él las reglas de la sucesión, desconociendo que, lo que el empleador debe al trabajador por concepto de jubilación patronal u otros conceptos, se convierte en parte del haber de este y por tanto, reclamable por él o sus herederos ante las autoridades judiciales (artículo 217 Código del Trabajo), sin que se haya infringido dicha norma, interpretación que tampoco ha sido cuestionada por la Corte Constitucional del Ecuador.

En razón de lo cual, este tribunal desvirtúa, en los términos expuestos, las alegaciones formuladas por la parte recurrente respecto de la aplicación indebida del artículo 219 del Código del Trabajo (actual 217 ibídem), así como de los precedentes jurisprudenciales que respecto de ello ha citado en su recurso.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Por otra parte, corresponde dilucidar el problema jurídico respecto de si las bonificaciones contractuales por jubilación patronal son imprescriptibles al tenor de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de 5 de julio de 1989, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 233, de 14 de julio de 1989.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Casación, la parte recurrente alega que la Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos, se ha pronunciado respecto de la imprescriptibilidad del derecho a la jubilación patronal y asimismo, respecto de que la bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal constante en un contrato colectivo, es prescriptible, pues no es de índole legal, y que en razón de ello no se aplicaron, en el fallo recurrido, los artículos 635 y 637 del Código del Trabajo, relativos a la prescripción de las acciones.

«La falta de aplicación de la ley sustancial implica desconocimiento, ignorancia o infracción directa de una norma. Es violación por existencia del precepto, porque hay una exclusión evidente del precepto o un error en la validez de la norma en el tiempo. Corresponde a un error contra *ius, rebeldía y desconocimiento de la norma*» (Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 359).

En la especie, se tiene que los fallos citados por la parte recurrente en el apartado denominado «BONIFICACIÓN COMPLEMENTARIA», como no aplicados, son concordantes al establecer que las bonificaciones contractuales complementarias a la jubilación patronal son prescriptibles, y que no forman parte de la jubilación patronal a la cual se refiere el artículo 216 del Código del Trabajo.

Por otro lado, este tribunal considera importante analizar las disposiciones de los artículos del Código del Trabajo acusados por yerro de no aplicación en la sentencia de alzada, así, el artículo 635 ibídem dispone: «Las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código»; y por su parte, el artículo 637 ibídem respecto de la suspensión e interrupción de la prescripción sostiene: «La prescripción de tres años o más se suspende e interrumpe de conformidad con las normas del Derecho Civil; pero transcurridos cinco años desde que la obligación se hizo exigible, no se aceptará motivo alguno de suspensión y toda acción se declarará prescrita».

Artículos de los que se infiere: primero, que todas las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, tomando como fecha de inicio de dicho plazo, la fecha de terminación de la relación laboral, en el caso que nos ocupa, junio de 1992; segundo, que transcurridos cinco años desde que la obligación se volvió exigible, la acción se considerará prescrita sin posibilidad de suspensión, en la especie, la acción planteada, data de septiembre de 2002, y la razón de citación de 28 de octubre de 2012, habiendo transcurrido aproximadamente 10 años 3 meses desde la terminación de la relación laboral hasta la fecha de citación con la demanda.

Así, respecto de la declaración del tribunal de alzada en cuanto a que procede el pago de la bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal, con fundamento en las disposiciones legales previamente citadas, debe observarse que las obligaciones derivadas de contratos de trabajo, son **prescriptibles**, pues, si bien la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de 5 de julio de 1989, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 233, de 14 de julio de 1989, declaró como imprescriptible el derecho a la jubilación patronal, este se refiere a aquel al cual la legislación contempla como tal, es decir, al derecho previsto en la forma estipulada por el artículo 216 del Código del Trabajo.

De lo dicho, se concluye que las bonificaciones complementarias producto de la contratación colectiva no forman parte del método de cálculo de la jubilación patronal a la que hace referencia el artículo citado en el párrafo que antecede, debiendo diferenciarse el derecho a la jubilación patronal de orden l**egal** con fundamento en las disposiciones del artículo 216 del Código del Trabajo, y aquellas bonificaciones contractuales que derivan de la voluntad de las partes al otorgar un determinado beneficio de orden **contractual**; y por ello, la naturaleza de imprescriptibilidad no les ampara.

La posibilidad de regular beneficios adicionales a los legalmente establecidos a favor de los trabajadores, deviene de la libertad de contratación colectiva, la cual, según el subpárrafo primero, del párrafo segundo de la Recomendación Nro. 91 de la Organización Internacional del Trabajo es «todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones

de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional» (Organización Internacional del Trabajo, 2000, pág. 9).

Si bien, el derecho del trabajador a percibir la bonificación contractual complementaria de jubilación patronal nace en cuanto este goza del derecho legal a la jubilación patronal, la relación existente entre ambos derechos, no convierte per se en imprescriptible al de naturaleza contractual, pues dicha característica está reservada, en los términos expuestos en la Resolución de 5 de julio de 1989, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 233, de 14 de julio de 1989, de la Corte Suprema de Justicia, a la jubilación patronal de orden legal.

De este modo, la bonificación complementaria a la jubilación patronal nacida del contrato colectivo suscrito entre las partes, es únicamente un beneficio adicional a favor del trabajador, logro de la contratación colectiva.

De todo lo expuesto, se colige entonces que la bonificación contractual complementaria a la jubilación patronal no goza del carácter imprescriptible que sí es aplicable a la jubilación patronal; y siendo así, dado el tiempo transcurrido entre la terminación de la relación laboral y la citación con la demanda, la acción para reclamar el derecho devenido de la contratación colectiva es extemporáneo por haber prescrito, y así se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia en casos análogos, criterio que es además concordante con el analizado por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia Nro. 102-15-SEP-CC, Caso Nro. 1503-12-EP, de 31 de marzo de 2015.

Del análisis realizado, es procedente el cargo formulado por la parte recurrente, al haberse fundamentado legalmente el yerro acusado por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, referente a la prescripción de la acción, al tenor de lo dispuesto en los artículos 635 y 637 del Código del Trabajo y los fallos transcritos en su recurso de casación al amparo del artículo 19 de la Ley de Casación.

DÉCIMO: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

Por 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 emitida por el tribunal de la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de 18 de febrero de 2009, las 17h40; y declara prescrito el derecho de la parte accionante, Evaristo Salvador Vera a recibir la bonificación complementaria establecida en la cláusula décima sexta del Contrato Colectivo de trabajo celebrado entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y el Comité Especial Único de los Trabajadores Municipales. Respecto de lo demás, estese al fallo de segunda instancia que confirma en todas sus partes el fallo de primer nivel. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *2717-2016*
Resolución Nro. *721-2018*
Fecha: *2 de octubre del 2018*

TEMA: Despido a una persona con discapacidad. Para tener derecho a la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades no es necesario que el trabajador notifique a su empleador sobre su discapacidad, como mayor razón si la condición de discapacidad de la accionante es anterior al inicio de la relación laboral.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La parte actora presenta la demanda laboral en contra de COMPAÑÍA MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS S.A., MAVESA, manifiesta que laboró para la entidad demandada, desde el 12 de agosto de 2012, ocupando una plaza de trabajo como persona en situación de discapacidad: que el 28 de mayo de 2014 tuvo un accidente de trabajo lo que incremento el grado de su discapacidad del 35% al 44%, indica que el 11 de agosto de 2014, le comunicaron de la terminación injustificada de la relación laboral por lo que demanda el pago de: varios rubros impagos entre ellos, indemnización de estabilidad prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Desarrollado el procedimiento oral previsto en la codificación laboral el juez de primera instancia, dicta la sentencia parcialmente favorable al actor, ordenado el pago de USD $ 25115.18 (veinte y cinco mil doscientos quince dólares, con diecio ocho centavos), por concepto de bonificación por desahucio, indemnización por despido y estabilidad prevista en la Orgánica de Discapacidades décima tercera y cuarta remuneración y vacaciones en forma proporcional.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la decisión de primera instancia las partes procesales interponen recurso de apelación, del análisis que realiza el Tribunal, y de las pruebas aportadas en el mismo, consta el pago de la décimo cuarta remuneración del período 01 de marzo del 2013 hasta el 28 de febrero del 2014, por lo que es procedente el pago proporcional de la décimo cuarta remuneración, al igual que el pago proporcional de la décimo tercera remuneración y parte proporcional de vacaciones. Se rechaza al pago de horas suplementarias y extraordinarias, refleja en el proceso el pago de dichos rubros, con respecto al pago de utilidades, consta del informe empresarial, que la entidad demandada no generó utilidades del período 2012 y 2013, por lo que no procede su pago.- Concluye que existe despido intempestivo, premisa fáctica que no ha sido controvertida ni discutida por la empresa recurrente, por lo que, con base en el análisis que se acaba de exponer la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades tiene plena procedencia. Por lo que el Tribunal de apelación, confirma la sentencia recurrida en todas sus partes incluida la liquidación practicada. Sin costas ni honorarios.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconformes con la resolución del tribunal de apelación, la entidad demandada interpone recurso de casación, con fundamento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, acusando la infracción de las disposiciones contenidas en los Arts. 177 del Código del Trabajo, y 3 del Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades, la primera

por falta de aplicación, y respecto a la segunda no especifica el yerro. La parte demandada alega que existe vulneración de los Arts. 113, 114, 115, 116, 117 y 121 del Código de Procedimiento Civil," en especial la sana crítica", en su argumento principal manifiestan:" que el actor tenía la obligación de comunicar a la entidad demandada respecto a su enfermedad, que al no haber cumplido con este requisito, mal podrían ordenarle el pago de la indemnización prevista en el artículo 51 de la Ley de Discapacidades". El tribunal de casación considera que, si la ley no ha exigido como requisito para la procedencia de la indemnización por estabilidad laboral de personas en situación de discapacidad, la notificación de esa condición por parte del trabajador a su empleador, entonces por el principio de aplicación progresiva de los derechos, en concordancia con la prohibición constitucional de regresión de derechos y de una interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos de las personas, el tribunal considera, que ningún órgano puede crear una barrera que no ha sido previamente diseñada por el legislador. Por lo que este Tribunal de Casación, luego de un análisis, no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 2717-2016

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO LABORAL.-
Quito, martes 2 de octubre del 2018, las 16h52.-
VISTOS:
1. ANTECEDENTES:
1.1. De la demanda y las decisiones de instancia:
La señora Blanca Elizabeth Saa Pacheco, ha comparecido ante la Unidad Judicial Florida de Trabajo de Guayaquil, planteando demanda laboral en contra de su ex empleadora, la compañía Maquinarias y Vehículos S.A. MAVESA. La acción la dirige en contra de los señores Alfredo Rodríguez en calidad de gerente nacional de post venta, Kleber Macleri Vaca Garzón no se menciona la calidad o función-, y de la señora Gabriela Vaca en calidad de gerente de recursos humanos; a todas las personas además las requiere por sus propios derechos.
Explica en su libelo que ingresó a trabajar en la compañía demandada, el 12 de agosto de 2012, ocupando una plaza de trabajo como persona en situación de discapacidad; que el 28 de mayo de 2014 tuvo un accidente de trabajo que incrementó el grado de su discapacidad del 35% al 44%. Indica que el 11 de agosto de 2014, le comunicaron de la terminación injustificada de la relación laboral, por lo que, demanda el pago de: (1) indemnización por despido intempestivo; (2) décima tercera y cuarta remuneraciones en forma proporcional; (3) bonificación por desahucio; (4) vacaciones pendientes por todo el periodo de la relación laboral con el 100% de recargo; (5) indemnización de estabilidad prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades; (6) horas extraordinarias y suplementarias; (7) utilidades y, (8) costas, intereses y honorarios profesionales.
Sustanciada la causa conforme el procedimiento oral previsto en la codificación laboral, se dicta en primera instancia, sentencia parcialmente favorable al actor, ordenado el pago de USD $ 25215.18 (veinte y cinco mil doscientos quince dólares con dieciocho centavos), por concepto de bonificación por desahucio, indemnizaciones por despido y estabilidad prevista en la Ley Orgánica de Discapacidades, décima tercera y cuarta remuneraciones; y vacaciones en forma proporcional. De esta decisión, han recurrido por apelación las partes procesales ante la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, órgano que dicta sentencia confirmatoria de aquella.
1.2. Actos de sustanciación del recurso extraordinario de casación:
Respecto de la decisión de última instancia dictada por el tribunal de la referida Sala, el 25 de agosto 2016; las 12:20, la empresa accionada -a través de sus representantes- ha comparecido en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación. El expediente ha sido recibido en la Secretaría General, Documentación y Archivo de la Unidad de Gestión y Sorteos de la Corte Nacional de Justicia, el 28 de noviembre 2016. Mediante

auto de 19 de diciembre de 2016; las 11h24, el conjuez competente para el estudio de admisibilidad del recurso, Alejandro Magno Arteaga García lo admite a trámite. En esta razón, con fecha 12 de enero de 2017, se realiza el sorteo a efectos de integrar el tribunal de la Sala de lo Laboral de esta corporación, encargado de su conocimiento y resolución de fondo, correspondiéndoles al juez nacional Merck Benavides Benalcázar, y a las juezas nacionales María del Carmen Espinoza Valdiviezo, en calidad de ponente, y Paulina Aguirre Suárez, actuando en su remplazo la conjueza nacional Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en calidad de jueza nacional encargada

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

La empresa casacionista impugna la sentencia de apelación con fundamento en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, acusando la infracción de las disposiciones contenidas en los arts. 177 de la codificación laboral, y 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, la primera por falta de aplicación, y respecto la segunda no se especifica el yerro. Se manifiesta también, que existe vulneración de los arts. 113, 114, 115, 116, 117 y 121 del Código de Procedimiento Civil, "en especial la Sana Crítica".

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia:

El Tribunal de la Sala que suscribe, es competente para conocer los recursos de casación interpuestos de conformidad con 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 las autoridades jurisdiccionales que suscriben, nombradas y posesionadas por el Consejo de la Judicatura mediante resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; y designadas por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Laboral por las Resoluciones Nos. 01-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018, de 1o de febrero de 2018.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

I. Los que representan a la entidad accionada son claros en su reproche, sostienen que la actora nunca notificó a la empresa empleadora de su *"enfermedad"*; que por tanto, no es cierta la afirmación vertida en la demanda respecto que la ex trabajadora ocupaba una plaza como "discapacitada".

Afirman que de conformidad con el art. 177 de la codificación laboral, la actora se encontraba en la obligación de comunicar por escrito a la empleadora respecto de su enfermedad como igual ocurre con la mujer embarazada; que al no cumplir con ese requisito legal, mal puede ordenarse el pago de la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

En su opinión, determinar que no es necesaria la comunicación de la persona trabajadora de su enfermedad o discapacidad al empleador "crearía una incertidumbre a los empleadores, y un abuso de derecho por parte de los trabajadores discapacitados, cuya discapacidad no es 100% notoria, pues se utilizaría de forma maliciosa su condición para obtener valores adicionales a los que le corresponden (sic)".[1] Concluye manifestando, que si no existe comunicación de la enfermedad "se entiende como inexistente la misma".

Indican que el tribunal de apelación afirma que la situación de discapacidad de la accionante es "absolutamente notoria", expresión de la que solicitaron aclaración para que sea explicada la pertinencia de su significado, "pues al parecer ellos han palpado la supuesta discapacidad de la actora (sic)"; recurso horizontal que fuera rechazado. Afirman además, que la discapacidad de la accionante no es notoria, por tanto, la ex trabajadora se encontraba en la obligación de comunicar este hecho conforme el art. 177 del Código de Trabajo. Luego, cita dos (2) fallos en los que la ex Corte Suprema en aplicación de la disposición considerada infringida (art. 177 CT), ha requerido notificación en casos de enfermedades no profesionales de los trabajadores accionantes de esas causas.

En definitiva, el concepto de la empresa casacionista es que, de no exigirse el requisito de comunicación de "enfermedad" a la trabajadora se estaría atentando contra el postulado constitucional de seguridad jurídica, permitiéndose además, "que cualquier persona que tenga una discapacidad de cualquier porcentaje, que pase desapercibido

[1] Recurso extraordinario de casación, folios 72-76 del cuaderno de segunda instancia.

frente al empleador, pueda utilizar maliciosamente su condición, y obtener indemnizaciones […] y de esta forma enriqueciéndose sin justa causa, pues ha ocultado claramente información de relevante importancia para poder ser contratado".

II. De otro lado, respecto de la contravención del art. 3 del reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, además de insistir en que desconocían "la calidad de supuesto discapacitado por parte de la actora (sic)", sostienen que de autos consta un carnet de discapacidad sin vigencia, habida cuenta que de conformidad con la disposición que considera infringida, este tiene validez por un año, mas el documento anexado al proceso, ha sido emitido el 10 de septiembre de 2010; o sea, ya sin vigencia alguna. Con todo lo expuesto, la empresa recurrente, solicita casar la sentencia y rechazar el pago de la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

2.3. Cuestiones previas:

Del libelo de casación presentado por la empresa requerida en juicio se detectan algunas deficiencias que resultan insoslayables; así, a pesar que la causal invocada es la primera que implica vicios *in iudicando*, o de violación directa de disposiciones sustantivas, se acusan infringidos textos legales de carácter adjetivo como son los arts. 113, 114, 117 del Código de Procedimiento Civil, o la vulneración del método de valoración probatoria, sana crítica, acusaciones que de ninguna manera se corresponden con la causal primera. De otro lado, y ya refiriéndonos a las normas de carácter sustantivo, si bien la del art. 177 de la codificación laboral se imputa como no aplicada, la del art. 3 del reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, solo se acusa infringida de mono genérico, sin especificar por cuál de los yerros previstos en la ley el tribunal de alzada ha cometido.

Téngase en cuenta que la causal primera contempla tres vicios, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas sustantivas o precedentes jurisprudenciales. Es decir, que debido al carácter extraordinario y técnico de este recurso, sobre la o el quejoso, pesa la obligación mínima de enunciar la causal en que se basa el recurso, y concatenar esta, con el vicio específico que el tribunal *ad quem*, probablemente ha cometido la infracción. Asimismo, a la causal invocada en solidaridad con el vicio cometido, se le ha de dotar de argumentos claros que demuestren la infracción o el yerro en el que la sentencia objetada ha incurrido.

En el recurso planteado, no solo que se acusan disposiciones adjetivas a propósito de una causal que no corresponde, sino que además, se omite argumentar o sustentar la infracción de esas supuestas contravenciones de talante procesal.

Sin embargo de estos serios defectos de técnica, el conjuez competente del estudio del recurso, lo ha admitido a trámite, por lo que, con el propósito de evitar una doble calificación de admisibilidad, y a efectos de emitir una respuesta motivada ante la impugnación propuesta, este tribunal de casación en el marco de la causal propuesta, resolverá el asunto de fondo y sobre el cual se han emitido varios argumentos.

2.4. Problema jurídico a resolver:

Una vez dicho lo anterior, se tiene que la empresa requerida pretende una cuestión central, y que es, rechazar la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, bajo dos argumentos que se pueden resumir así: (i) por cuanto no ha existido comunicación de la ex trabajadora de su enfermedad a la empresa; y, (ii) porque el carnet de discapacidad ha perdido su vigencia.

Así las cosas, este órgano de control, analizará si a la trabajadora le corresponde o no la indemnización reclamada en la ley que regula asuntos de discapacidad; para esto, resulta ineludible el examen de los presupuestos que la Constitución y la ley han previsto para el efecto. Del mismo modo, se emitirá un pronunciamiento expreso sobre la vigencia del carnet de discapacidad de la accionante y de los requisitos establecidos en el orden jurídico para su vigencia y validez.

Para solventar la discusión propuesta en el libelo casacional, este órgano considera pertinente realizar un estudio acerca de las diferentes lógicas y percepciones de la discapacidad, para luego sí, responder la cuestión de la necesidad de notificar o comunicar la situación de discapacidad al empleador como presupuesto previo para ordenar el pago de la indemnización de estabilidad prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

2.5. Resolución motivada de los problemas jurídicos:

2.5.1. Sobre las diferentes percepciones históricas de la discapacidad:

2.5.1.1. Teniendo en cuenta que la discusión procesal de esta causa en gran parte versa sobre una persona en situación de discapacidad y sus derechos laborales, este tribunal considera imprescindible realizar algunas precisiones respecto a los diferentes tratos y percepciones sociológicas que se le han dado históricamente al tema discapacidad, y

cuyas miradas han servido de base para la estructuración política y jurídica de los estados, estructura que tiene implicancia directa en los derechos de este grupo poblacional.

Se puede decir que la discapacidad ha sido tratada bajo cuatro modelos históricos, el de prescindencia, el de marginación, el médico, el social. **(i)** El primer modelo de la prescindencia, se caracteriza porque las personas con discapacidad son excluidas de los demás miembros de la sociedad quienes son considerados como normales. En este sentido, la normalidad califica las condiciones de la discapacidad como catastróficas y poco utilitarias para los estándares sociales, por ello la exclusión. **(ii)** Un segundo modelo, denominado, de la marginación, que justifica un modelo de marginación, discriminación y jerarquización entre los miembros de la sociedad normal y los discapacitados, quienes por su condición, deben ser segregados de las estructuras sociales. **(iii)** El tercer modelo, el médico o rehabilitador, considera a la discapacidad como una enfermedad que merecer ser curada o rehabilitada a través de la intervención médica, paso previo, para la reinserción social. "A la luz de este modelo, la discapacidad se encuentra medicalizada; es decir, que es percibida estrictamente desde el discurso funcionalista y biologista, ahí que las políticas adoptadas se dirijan a curar la enfermedad"[2]. Por estas razones **(iv)** Por el modelo social de la discapacidad, se trastocan las concepciones anteriores e inicia la idea de que la discapacidad no es un asunto que se derive exclusivamente de las particularidades físicas o intelectuales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma, las barreras que impone el entorno, las cuales impiden que la persona con discapacidad pueda ejecutar un plan de vida conforme su autodeterminación.[3]

[L]a discapacidad no es una condición intrínseca de tales individuos, sino el resultado de un modelo excluyente de sociedad en el que todas las estructuras e instituciones son diseñadas bajo un parámetro de normalidad que invisibiliza a los sujetos que no se adecúan a los estándares dominantes, y que, de manera indirecta, crean distintos tipos de barreras para el goce de los derechos de estas otras personas.[4]

2.5.1.2. Cada modelo se corresponde con un tipo de lenguaje y una terminología, así en los tres primeros modelos en que la sociedad está segregada entre normales/anormales, sanos/enfermos, la persona es denominada como "minusválido" o "discapacitado"; en el modelo médico como "lisiado" "tullido" o "enfermo"; en el modelo social, como personas en situación de discapacidad. El avance hacia el término persona en situación de discapacidad, radica en que con anterioridad, el único parámetro que servía para "nominar" a la persona, era su diferencia física; es decir, que para la sociedad, la discapacidad es lo único que caracteriza a la persona, olvidando otros aspectos de su personalidad, virtudes y/o falencias; de ahí que el siguiente paso fuera reconocer la calidad de persona y continuar con el nominal "con discapacidad", en el que ya existe un prefijo que visualiza a una persona primero, pero que la continua caracterizando en exclusivo por su discapacidad. El último modelo se corresponde con la terminología "situación de discapacidad" en el que se reconoce que la construcción estandarizada y homogénea de la sociedad en asuntos de índole estructural (construcción y planificación de ciudades), social, político, económico, etc., es la principal causa que produce la discapacidad.

Entender el proceso terminológico no se trata de un simple análisis de talante semántico, sino sustancial, el lenguaje entraña y reproduce las diferentes posiciones y concepciones filosóficas respecto de una problemática.

2.5.1.3. Uno de los primeros instrumentos internacionales de importancia para los derechos humanos para el grupo poblacional del que tratamos, es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene como

---

[2] Bernardo Vásquez Rodas. "La discapacidad como imaginario" en Constitucionalismo y Nuevos Saberes Jurídicos, Claudia Storini, editora, Corporación Editora Nacional, quito, 2017, p.51.

[3] Sobre los diferentes modelo de tratamiento de la discapacidad, pueden consultarse la obra, Superar las Barreras de la discapacidad, Len Barton, compilador, Madrid, Ediciones Morata, 2008; El modelo social de discapacidad, Agustina Palacios. En jurisprudencia internacional existen varios fallos importantes de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458-15, T-573-16, C-035-15, entre otros.

[4] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458-15.

propósito "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".[5] Este tratado internacional contempla varios principios rectores: dignidad, autonomía, independencia, respeto por la diferencia como parte de la diversidad y condición humanas; no discriminación e igualdad de oportunidades,[6] como presupuestos para lograr la satisfacción de los derechos humanos previstos para todas las personas. Es decir, que el objeto de la Convención no es la creación de derechos específicos, sino la generalización de los derechos humanos ya establecidos para todas las personas:

[E]l objeto de la Convención no sería crear nuevos derechos, sino garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones, de los derechos ya reconocidos a todas las personas. De este modo, se repitió varias veces durante el proceso de elaboración de la Convención, que su objeto no era crear nuevos derechos, sino adaptar los ya existentes, al contexto de la discapacidad.[7]

Para este cometido, el concepto de accesibilidad cobra vital importancia; así el art. 9 de la Convención, dispone:

A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas.

Ya dentro del orden jurídico interno, la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Discapacidades, en sintonía con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en gran parte de sus textos normativos tiene implícito el modelo social de la discapacidad. Así, por un lado, teniendo en cuenta la opresión y segregación sufridas por las personas en situación de discapacidad, se las incluye como un grupo vulnerable y de atención prioritaria en cuyo favor se han establecido políticas de acción afirmativa con el propósito de crear espacios de participación de los que antes se encontraban excluidos; y por otro lado, el orden jurídico establece unos principios que fomentan la autodeterminación y que están en procura de alcanzar un nivel de autonomía que permita desarrollar un proyecto de vida; así como fomentar el efectivo goce de los derechos constitucionales.

El nuevo paradigma constitucional adoptado por el Ecuador, dentro de la parte material, se caracteriza por incluir a aquellas personas, grupos de personas o colectivos, que históricamente han sido desplazados e invisibilizados en la sociedad ecuatoriana, y que producto de sus luchas por alcanzar espacios sociales e igualdad material, han conseguido implementar una estructura constitucional que ha plasmado la pluralidad de la sociedad ecuatoriana, pluralidad que es condición de validez de todo acuerdo social. En este contexto, la Carta Fundamental, contiene una sección que trata sobre las personas en situación de discapacidad, y establece la garantía de que el Estado, procure la equiparación de oportunidades e integración social de este grupo poblacional, reconociendo -entre otros- el derecho a: una atención especializada, rehabilitación integral, rebajas en servicios y a exenciones tributarias, vivienda adecuada, educación especializada y desarrollo de potencialidades (Artículo 47); asimismo el Constituyente, ha establecido algunas medidas que debe adoptar el Estado a favor de las personas en circunstancias de discapacidad, para alcanzar su inclusión social, mediante planes y programas públicos o privados, que fomenten la participación política, social, cultural, educativa y económica. (Artículo 48.1). En el campo de las normas de rango legal, la Ley Orgánica de Discapacidades, establece la obligación estatal de implementar medidas de acción afirmativa en el diseño y ejecución de políticas públicas para eliminar las

[5] Art. 1.1. de la Convención que fuera aprobada en la sede las Nacionales
[6] Art. 3 incisos a), b), c), d).
[7] Augustina Palacios, El modelo social de discapacidad, Madrid, Ediciones Cinca, 2008, p. 270.

condiciones de desigualdad en que se encontraren las personas en situación de discapacidad, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la situación real y las condiciones humanas de vulnerabilidad en que esté la persona, para garantizar el ejercicio de los derechos propios de su caso particular (artículo 17); asimismo, se establece la inclusión social al instaurarse la obligación de contar con un número determinado de empleados en situación de discapacidad, tanto en el sector público como privado (artículo 47), garantizándoles estabilidad especial (artículo 51); se reconoce además, la prioridad en el ejercicio de los derechos y el acceso a la salud, educación, recreación, capacitación, turismo accesible (artículos 19-44). En el mismo sentido en cuanto a inclusión laboral- la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé que las Instituciones con determinado número de trabajadores, están en la obligación de emplear a un porcentaje de trabajadores con discapacidad;[8] y en caso, de tener una discapacidad severa, estando bajo el cuidado de una persona de su núcleo familiar, ésta última podría acceder al cargo en la administración pública. Con el propósito de alcanzar igualdad de condiciones de acceso al trabajo, las instituciones tomarán medidas de acción afirmativa (artículos 64-65). En igual lógica, retomando la Constitución, se reconoce el derecho al trabajo permitiendo la incorporación de personas en situación de discapacidad en entidades públicas y privadas tendientes a fomentar sus capacidades y potencialidades (artículo 47.5); además prevé la obligatoriedad de adoptar medidas que aseguren en caso de *discapacidad severa y profunda*, programas especializados de atención prioritaria a fin de procurar un mayor grado de autonomía e independencia (artículo 48.5).

2.5.2. Del acto jurisdiccional recurrido:

En la parte que importa al análisis casacional, se tiene que en la sentencia requerida, el tribunal de apelación, no establece como requisito previo para obtener la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, la notificación al empleador sino que, verifica en primer lugar que la accionante es una persona en situación de discapacidad de tipo física de grado 44%, condición que le era inmanente previo al inicio de la relación laboral, por lo que, ordena el pago de la indemnización; los falladores de instancia ordenan el pago de la indemnización con la determinación que la discapacidad de la accionante es previa al inicio de la relación laboral, sin exigir otro requisito. En lo demás, enlazan esa consideración con las disposiciones de fuente constitucional y legal que prevén regulaciones con respecto a las personas en situación de discapacidad. En la parte pertinente del fallo en comentario, el tribunal de alzada escribe:

DÉCIMO TERCERO.- ART. 51 DE LA LEY ORGANICA DE DISCAPACIDADES, POR EL DESPIDO INJUSTIFICADO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD: En la demanda presentada por la accionante alega que ocupaba una plaza de discapacitada en la compañía, demandando por lo tanto la indemnización prevista en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.- 13.1: Dentro del proceso a fojas 1 se aprecia Carnet de persona con discapacidad emitida por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador y su Dirección Nacional de Discapacidades, con lo que se comprueba que SAA PACHECO BLANCA ELIZABETH, tiene discapacidad física con un porcentaje de 44%. De fecha 10/08/ 2014, a fojas 234 de la especie procesal consta copia certificada del carnet de discapacidad, otorgado por el Consejo Nacional de Discapacidades de fecha 10/09/2010, con lo que se justifica que la condición de discapacidad, la ostentaba la actora mucho antes que ingrese a trabajar con la demandada, lo que concuerda con lo manifestado por la actora, cuando manifiesta que su discapacidad era absolutamente notoria, toda vez que la discapacidad era física, y que venía trabajando de otra empresa en la misma condición de discapacidad, y que considera que su discapacidad y el perfil que ostentaba, reunía los requisitos para trabajar en la empresa demandada.- 13.2.- Con el carnet de discapacidad tanto el Otorgado por el Consejo Nacional de Discapacidades y el del Ministerio de Salud Pública, se prueba fehacientemente que la patronal tenía conocimiento de su estado de salud, Y de la trascendencia e importancia que es la protección que

[8] La LOSEP, tratándose además de la inclusión laboral a que nos referimos, establece el criterio de interculturalidad para el acceso al trabajo y, es extensiva la inclusión laboral a otros grupos de personas que merecen atención prioritarias, señalando a personas con enfermedades catastróficas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

se debe a las personas y grupos de atención prioritaria […][9]

2.5.3. Análisis del tribunal de casación:

I. Sobre las alegaciones del recurrente y el modelo médico o rehabilitador.

Del contenido del recurso extraordinario de casación se evidencia que la empresa recurrente asocia o considera inescindible la condición de discapacidad con la enfermedad; el lenguaje discursivo de su impugnación es recurrente al manifestar que la ex trabajadora no cumplió con su obligación de notificar su enfermedad. Esta visión se adscribe con el modelo médico-rehabilitador por el cual, la condición de discapacidad de una persona es vista como una enfermedad a ser curada, y como tal, la persona debe ser excluida de la estructura social y de las posibilidades laborales pues su condición de "enferma" no le permitiría formar parte de la sociedad laboralmente activa. Esta percepción es abiertamente excluyente y discriminatoria, confunde una condición humana, discapacidad, con una enfermedad; olvida que la discapacidad es una construcción social o mejor dicho, un producto de la sociedad en la que las personas se interrelacionan.

No puede abstraerse la discapacidad del mundo social que la produce; no existe fuera de las estructuras sociales en las que se ubica ni de manera independiente a los significados que se le otorgan. En otras palabras, la discapacidad es un producto social. Aproximadamente en los últimos cien años las sociedades industriales produjeron discapacidad primero en la forma de un problema médico que precisaba la intervención de los especialistas y luego como un problema social que requería de prestaciones sociales.[10]

Una vez dicho esto, y conforme el modelo social de la discapacidad, es fácil concluir que la disposición acusada como inobservada, art. 177 de la codificación laboral, no es la pertinente al caso; por tanto, el tribunal de apelación no ha cometido el yerro de falta de aplicación del texto legal, que a continuación se transcribe.

Art. 177 Obligación del trabajador de comunicar su enfermedad.- El trabajador que adoleciere de enfermedad no profesional deberá comunicar este particular, por escrito, al empleador y a la inspección del trabajo respectiva, dentro de los tres primeros días de la enfermedad. Si no cumpliere esta obligación se presumirá que no existe la enfermedad.

II. Sobre el requisito de comunicación al empleador sobre la situación de discapacidad.

II.I Aclarado que ha sido que la discapacidad es una condición humana y que al mismo tiempo es un producto de construcciones sociales, y no una enfermedad; corresponde analizar si la situación de discapacidad es un hecho que la persona trabajadora debe comunicar necesariamente a su empleador como requisito previo para acceder a la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de discapacidades, disposición que establece una garantía de estabilidad laboral reforzada para personas en situación de discapacidad; es decir, afianza el derecho de estabilidad laboral ya previsto en el art. 14 del Código de Trabajo.

La disposición en referencia se erige un complemento de importante desarrollo de los arts. 11.2, 47.5 y 330 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su orden establecen: prohibición de discriminación por condición de discapacidad; la garantía de acceso al trabajo de personas en situación de discapacidad en igualdad de condiciones y de manera remunerada en igual trato que a otras personas trabajadoras que ejecuten la misma actividad.

El art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades establece:

Art. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.

En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

[…]

El primer inciso, contempla como ya se manifestó- la garantía de estabilidad reforzada; el segundo

[9] Sentencia de apelación, folios 58-61 del cuaderno de segunda instancia.

[10] Mike Oliver, "¿Están cambiando las relaciones sociales de la producción investigadora?" en Superar las Barreras de la discapacidad.Len Barton, compilador, Madrid, Ediciones Morata, 2008, p. 2999.

inciso, prevé a su vez, una indemnización por la vulneración de esa garantía. Se debe precisar, que el legislador ha previsto que la indemnización procede siempre que la terminación de la relación laboral sea de carácter injustificado o arbitrario; esto significa, que una relación laboral entre una persona empleadora natural o jurídica- y una persona trabajadora en situación de discapacidad, puede terminarse por razones justificadas y legales, caso en el que, como es obvio, la indemnización no procedería. Por tanto, en caso de terminación de la relación laboral con una persona en situación de discapacidad, es al empleador a quien le corresponde demostrar que el vínculo terminó de manera justificada, legal y legítima.

Ahora bien, como se puede observar, la disposición en cita, para la procedencia de la indemnización por estabilidad especial, no contempla requisito de notificación al empleador sobre la situación de discapacidad, por tanto, de acuerdo a una interpretación *pro homine* y de favorabilidad para el ejercicio de los derechos de las personas, el quehacer jurisdiccional no puede crear barreras ahí donde la Constitución ni la ley lo han hecho. La interpretación que pretende el casacionista, implica crear un requisito no establecido en la Constitución ni en ley, y por tanto, resulta improcedente. Exigir requisitos no previstos en la Constitución o en la ley atenta contra los principios de aplicación de los derechos (art. 11 núm. 3, 4, 5, 6 y 8 CRE).

Aunado a esto, se debe manifestar que para la procedencia de la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no se ha exigido requisito previo de notificación de la situación de discapacidad del trabajador hacia su empleador; esto por una simple razón, si una persona en situación de discapacidad inicia una relación laboral a propósito de la inclusión laboral de que trata la referida ley orgánica, es evidente que esa persona consta en los registros del empleador como un trabajador en situación de discapacidad, *máxime* que como en el presente caso, la condición de discapacidad de la accionante (año 2010) es anterior al inicio de la relación laboral (año 2012).

II.II De otro lado, la empresa recurrente en su libelo, insinúa que en este tipo de casos, se debe actuar en analogía con lo establecido para mujeres en estado de gestación; o sea, que la persona trabajadora debe notificar al empleador como presupuesto de acceso a la indemnización por estabilidad reforzada conforme el art. (154 CT). Ante esta interpretación planteada, es necesario precisar lo siguiente:

En primer lugar, que el requisito de comunicación o notificación al empleador, consta en la legislación; en segundo lugar, por desarrollo jurisprudencial y teniendo en cuenta la discriminación histórica en contra de las personas en estado de gestación y los roles reproductivos de la mujer, es que, se ha realizado un ejercicio hermenéutico respecto de la disposición contenida en el art. 154 inciso tercero del Código de Trabajo, en el sentido que la emisión del certificado de embarazo puede ser extendido por cualquier médico y por cualquier medio de comunicación; incluso, si el estado de gestación es evidente y manifiesto, se ha dicho que en ciertos casos la notificación es innecesaria, pues se entiende que el empleador conoce del hecho. La Resolución N° 06- 2016 de triple reiteración proferida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia:

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 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*.[11] (cursivas son del tribunal de casación)

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 despido por esa condición, 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. [12]

[11] Resoluciones publicada en el Suplemento de Registro Oficial N° 873 de 31 de octubre de 2016

[12] Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia Juicio 441-14, Resolución 390-16 (Zambrano vs Supermercados de Computadoras Compubussines Cía Ltda.); juicio 1472-14 (Rojas Rey vs. Cooperativa de Ahorro y Crédito Progreso C

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 despida 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)

Finalmente, se puede concluir entonces, que en tratándose de condiciones, categorías o situaciones de la persona prohibidas de discriminación, como la etnia, el sexo, discapacidad, enfermedades catastróficas, el empleador debe reforzar las garantías de los derechos laborales y es a él a quien le corresponde probar que la terminación de la relación laboral se encuentra justificada.

En el caso en análisis, el tribunal de apelación concluye que existe despido intempestivo, premisa fáctica que no ha sido controvertida ni discutida por la empresa recurrente, por lo que, con base en el análisis que se acaba de exponer la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades tiene plena procedencia.

En un asunto similar se pronunció ya este organismo, manifestando que la procedencia de la indemnización prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, no se encuentra supeditada a condición o requisito de notificación, pues esta no es una exigencia prevista en la ley. Específicamente, dentro del juicio No. 2121-16 (Osorio Rodríguez vs Industrias Ales C.A.) se manifestó:

[…] si la ley no ha exigido como requisito para la procedencia de la indemnización por estabilidad laboral de personas en situación de discapacidad, la notificación de esta condición por parte del trabajador a su empleador; entonces, por el principio de aplicación progresiva de los derechos, en concordancia con la prohibición constitucional de regresión de derechos y de una interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos de las personas; este tribunal considera, que ningún órgano puede crear una barrera que no ha sido previamente diseñada por el legislador.

III. Finalmente, el recurrente sostiene que la falta de notificación de la situación de discapacidad al empleador atenta contra el principio de seguridad jurídica y estimularía el "abuso de derecho" por parte de "la supuesta discapacidad" de la ex trabajadora en particular y de las personas en situación de discapacidad en general.

Como se vio, el requisito de notificación no consta previsto en la ley, por tanto, además de un ejercicio hermenéutico de favorabilidad ya analizado, por el propio postulado constitucional de seguridad jurídica no se podrían aplicar requisitos no previstos, esto implicaría actuar en contra de lo que el recurrente alega; dicho de otro modo, si existe una norma clara, previa, pública y conocida en la que no se exige el requisito de notificación, entonces, por el principio de seguridad jurídica, no se puede adicionar una condición a lo establecido con anterioridad.

El ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, en modo alguno suponen un abuso del derecho; al contrario, los derechos de los grupos minoritarios se encuentran configurados para eliminar las brechas de desigualdad estructural y por tanto la exclusión y los abusos en su contra. Por lo que, la indemnización ordenada pagar en segunda instancia como consecuencia del irrespeto a la garantía de estabilidad especial o reforzada de una personas en situación de discapacidad no supone un enriquecimiento ilícito, sino la condena a la empresa recurrente por incumplir con su obligación constitucional y legal de respetar los derechos laborales de la ex trabajadora.

En tercer lugar, la situación de discapacidad de la accionante de esta causa no es supuesta, sino que, se encuentra debidamente acreditada con el documento habilitante para el efecto conforme se establece en la sentencia de apelación, y en cumplimiento de los arts. 3 al 6 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades.

IV. Sobre la vigencia del carnet de discapacidad:

La empresa recurrente, para finalizar su exposición manifiesta que además de los argumentos expuestos, de conformidad con el art. 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, el carnet de discapacidad de la accionante se encuentra sin vigencia, toda vez que este se ha emitido en el año 2010, y la disposición en referencia, establece que este tiene una duración máxima de un año.

Al respecto, es necesario transcribir el texto legal del reglamento, que en su segundo inciso prevé:

La determinación de la deficiencia o condición discapacitante la realizarán los médicos especialistas del sistema nacional de salud, acreditados expresamente por la autoridad sanitaria nacional. En el certificado que se emita reconociendo tal situación, se hará constar obligatoriamente la fecha

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de caducidad del mismo, identificando la deficiencia o condición discapacitante y su porcentaje. En ningún caso podrá ser superior a un año.
De la disposición en cita se desprende que la vigencia de un año del carnet se refiere a una condición discapacitante, y no de la vigencia del carnet de discapacidad. Una condición discapacitante es una condición de carácter temporal que impide a la persona trabajar, debido a la temporalidad de la condición, es que hace sentido que la vigencia del carnet sea solo de un año; en tanto que, la discapacidad es una condición humana permanente, ya sea adquirida o congénita de diferentes tipos (visual, intelectual, física, auditiva, psicosocial) y grados (desde el 30% hasta el 100%) que no impiden a la persona trabajar; es claro que las tareas laborales deberán ser acordes a las capacidades y potencialidades de las personas y tomando en cuenta su diversidad funcional. Esta diferenciación se encuentra claramente definida en los arts. 6 y 7 de la propia Ley Orgánica de Discapacidades.
La Disposición Transitoria Undécima ídem, prevé que el carnet de discapacidad tendrá una vigencia de cinco años, luego de lo cual, ya no será necesaria la presentación del carnet para la aplicación de la Ley Orgánica de Discapacidades, porque esta información deberá constar en la cédula de identidad de la persona.
Debido a que las entidades encargadas de ese cruce de información, CONADIS y Registro Civil, continúan en ese proceso, el Pleno del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades ha emitido la Resolución No. 0005-CONADIS-2018, extendiendo la vigencia del carnet hasta el 31 de diciembre de 2019, sea que este haya sido emitido por el CONADIS, sea que este se haya emitido por parte del Ministerio de Salud Pública. Por tanto, el carnet de discapacidad de la accionante tiene plena vigencia; rechazándose el cargo a este respecto.
3. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por las consideraciones expuestas a lo largo de esta resolución, el 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 recurrida, y que fuera dictada el 25 de agosto de 2016; las 12:20, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Habiéndose consignado caución a efectos de suspender la ejecución de la sentencia pronunciada en segunda instancia, en aplicación del art. 12 de la ley de casación, negado que ha sido el recurso extraordinario de casación, se dispone proceder a su cancelación y entrega de la totalidad del monto cubierto por la empresa accionada a la actora de esta causa, señora Blanca Elizabeth Saa Pacheco. Sin costas ni multa que regular. Con el ejecutorial, devuélvase en forma inmediata al tribunal de origen. Intervenga el secretario/a a quien le corresponda por renuncia del titular. **Notifíquese.**
f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E).

ACLARACIÓN

Juicio No. 2717-2016

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO LABORAL.-
Quito, jueves 25 de octubre del 2018, las 09h36.-
VISTOS: El Ing. Kléver Vaca Garzón, por sus propios derechos y por lo que representa de la compañía MAQUINARIAS Y VEHÍCULOS S.A. MAVESA, en su calidad de Presidente del Directorio, María Gabriela Vaca Rodríguez e Ing. Jorge Rodríguez, por sus derechos personales, han comparecido solicitando aclaración de la sentencia emitida por este tribunal de casación el 02 de octubre de 2018; las 16:52 y notificado el 03 de octubre de 2018. Con la oposición de la accionante al recurso horizontal, se considera:
Los comparecientes requieren que este órgano aclare la resolución dictada en dos puntos que se resumen en lo mismo, esto es, que si la accionante, señora Blanca Saa Pacheco debió -o no- informar a su patrono sobre su condición de discapacidad y "entregar" el carnet emitido por el CONADIS

que lo acredite, como presupuestos para acceder a la indemnización por despido prevista en el art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Esta cuestión es exactamente igual a la que se planteó no solo en el libelo de casación, sino a lo largo de las instancias procesales, y que fuera debidamente resuelta por este tribunal de casación en la sentencia de la que ahora se solicita aclaración.

Tanto es así, que el problema jurídico planteado por este órgano de justicia, fue si para acceder a la indemnización prevista en la Ley Orgánica de Discapacidades como consecuencia de despido a una persona en situación de discapacidad, se requiere de notificación previa al empleador de esa condición. Esta discusión ha sido resuelta con suficiencia, pues se emitieron argumentos de orden histórico, jurídicos y prácticos; la decisión es contextualizada en cuanto asocia y relaciona con pertinencia las premisas de hecho a las fuentes de derecho aplicables.

En este sentido, el recurso horizontal de aclaración no se compadece con el art. 282 del Código de Procedimiento Civil, la resolución emitida es perfectamente clara e inteligible, por lo que, se rechaza la solicitud por no tener argumento o sustento alguno, disponiendo sujetarse a lo resuelto. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E); Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

VIII

Causa Nro. *1055-2017*
Resolución Nro. *0441-2018*
Fecha**:** *10 de julio del 2018*

TEMA: Impugnación de la resolución de visto bueno. El empleador debe demostrar, que el trabajador incumplió con el reglamento interno de trabajo; y al no hacerlo procede la impugnación que hace el trabajador de la resolución de visto bueno.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Comparece el actor impugnando el trámite de resolución de visto bueno presentado por su ex empleador, señalando que la impugnación lo realiza por cuestiones de fondo como por ausencia de validez del mismo. Afirma que empezó a trabajar desde el 18 de abril de 2008 con el cargo de chofer, cumpliendo con su jornada laboral, sufrió un accidente de trabajo, suceso que se escapó de sus manos, puesto que cumplió con las leyes de tránsito. Que el 26 de febrero le notifican con el trámite de visto bueno, impulsado por la compañía accionada y que el 18 de marzo del 2016 se resolvió el mismo a favor de su patrono, que desconoce el Reglamento Interno de la Compañía. Que impugna el visto bueno por estar contrario a derecho y ser falto de motivaciones que en la solicitud de visto bueno se señala que el fundamento es la desobediencia al Reglamento Interno, por haber irrespetado las leyes de tránsito por exceso de velocidad, sin embargo no se adjuntó el trámite con el informe, en el que supuestamente indicaba que marcaba la velocidad de 55 k/h. Para el Juez de primera instancia, en el expediente se probó la impugnación al trámite y resolución de visto bueno formulado por el accionante, que la resolución del mismo no se consideró por parte de la autoridad administrativa la falta de justificación, toda vez que el solicitante no probó la responsabilidad imputada al trabajador en el accidente de tránsito sufrido, ni tampoco probó que el trabajador conducía a exceso de velocidad, evidenciándose que no se probó la causal para requerir la terminación de la relación laboral. Por otro lado la accionada justificó haber cancelado al actor los valores correspondientes a los beneficios sociales, es decir reconocido con el acta de finiquito suscrita por las partes y con la declaración del propio accionante, quien admitió haberlas cobrado. En el análisis de los documentos presentados en el proceso de solicitud del visto bueno, se le imputó una conducta que debió ser justificada fehacientemente en el expediente en cuestión y al no hacérselo, se violentó el derecho del trabajador a la presunción de inocencia y a la intangibilidad de sus derechos laborales al concederle al patrono, sin dicha acreditación fehaciente por parte de éste, la supuesta responsabilidad en el accidente de tránsito sufrido. La prueba analizada ha sido valorada en su conjunto como exige el artículo 164 ibídem, lo que le permite al juez llegar a la convicción plena de la procedencia de la impugnación del visto bueno, estableciéndose la presunción judicial en torno a los actos y circunstancias suficientemente acreditados en autos que en su conjunto adquieren significación conduciendo unívocamente a la autoridad judicial al convencimiento de los hechos, tal como lo requiere el Art. 172 del Código Orgánico General de Procesos. Por lo tanto se considera procedente la impugnación a la resolución de visto bueno y por lo tanto que ha lugar a la reclamación por despido intempestivo y bonificación por desahucio señaladas en los Arts. 188 y 185, en su

orden del Código del Trabajo. Por las consideraciones que anteceden, el juez de primera instancia declara parcialmente con lugar la demanda presentada por el actor, en contra de la Compañía MAMUT ANDINO C.A., disponiéndose que el accionado pague a favor del actor la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión de primera instancia la entidad demandada interpone recurso de apelación, señala que: " el Juez de Primer Nivel, no ha considerado la impugnación que realiza a los hechos alegados por el actor, que impugna la sentencia por falta de consideración de parte del juzgador a la validez del trámite de visto bueno, lo que ha derivado en la asignación de la indemnización de y bonificación por desahucio". El Tribunal de Apelación, argumenta que no cabe la impugnación que realiza el accionante a la resolución de visto bueno otorgado a favor de la empleadora; la parte demandada alega la falta de motivación del juzgador de primer nivel y que analiza erradamente los insumos de prueba ya que el actor no admitió que manejaba a 55 km /h y que a través del trámite de visto bueno en favor del empleador, se demuestra que la relación laboral culminó por dicha razón y que la posterior acta de finiquito suscrita por el actor bajo su voluntad sin vicio en el consentimiento demostrado, culmina pues precisamente el trámite de visto bueno, siendo que la parte actora aceptó en la audiencia que los documentos que deplora no pidió en ningún momento peritaje alguno, dejando entrever claramente que no ha acudido a lo dispuesto en los Arts. 160, 221 y 227 del COGEP. De igual forma dentro de esta acta de diligencia de investigación de visto bueno se desprende por ende el trámite administrativo de visto bueno y en que igual obrando el acta investigativa que consta de autos el visto bueno, se colige que al ser convocadas las partes, la actora no acudió a su solicitud, en su libelo de demanda el actor manifiesta que impugna el trámite de visto bueno, más no ningún párrafo, línea o enunciado pertinente que impugne al acta de finiquito, documento que se presume y admite conforme a ley y derecho con el Art. 595 del Código del Trabajo, suscrita con el consentimiento de las partes, pormenorizada y solemnizado pertinentemente, de haber existido vicio el actor debió impugnar el viciado documento y someterlo a peritaje correspondiente, pero de autos no existe ninguna forma o intención de enervar el documento por parte del actor, mismo que se reputa de válido por cumplir con lo dispuesto en el Art. 595 del Código del Trabajo, de igual forma en el documento de finiquito en la que en su párrafo segundo se lee textualmente:"(...) fecha en la que concluyó la relación laboral por voluntad del empleador previo visto bueno (…)". Por lo expuesto y analizado, no se declara derecho alguno a favor del demandante de recibir indemnización que señala el artículo 188 del Código del Trabajo, así como la bonificación por desahucio que prescribe el artículo 185 del mismo cuerpo de normas. El Tribunal de Apelación en criterio unánime resuelve revocar la sentencia recurrida de primer nivel, aceptando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, declarando sin lugar la demanda por impugnación del visto bueno propuesto por el actor en contra de la Compañía demandada.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor interpone recurso de casación, recurso que fue admitido a trámite únicamente por el caso cinco del Art. 628 del Código Orgánico General de Procesos. Considera que el tribunal ad quem ha infringido por errónea interpretación el artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo; al otorgarle un alcance mayor y distinto que el previsto por el legislador, al considerar como requisito sine qua non, que para acceder a lo establecido

en la referida norma," ….se debe obligatoriamente también impugnar el acta de finiquito, interpretando de alguna forma equivocada el artículo, cuando lo que busca el legislador es establecer que la única manera para acceder al artículo 183 es la existencia de una resolución de visto bueno la cual será impugnada". El actor también señala que existe aplicación indebida el artículo 595 del Código del Trabajo; considera que este precepto normativo no guarda relación con el objeto de la controversia, que es la impugnación del visto bueno. En relación con la información entregada por el Coordinador de Seguridad Industrial de la empresa demandada y que consta en el acta de diligencia de investigación de visto bueno, se debe señalar que sus afirmaciones no se encuentran respaldas con prueba documental que justifique sus asertos. Además el tribunal advierte una contradicción entre el informe ampliatorio de accidente de tránsito suscrito por el Coordinador de Seguridad Industrial, en el que señala que el volcamiento se produjo por "causas desconocidas", con la versión prestada en la diligencia de investigación en el trámite de impugnación de visto bueno, en el que establece que conductor y trabajador de empresa MAMUT ANDINO C.A. se encontraba conduciendo a 55 km/h cuando en el sector la velocidad máxima permitida era de 40 km, esto es con exceso de velocidad; discordancia que deviene en la imposibilidad de que el Tribunal genere la convicción necesaria para acreditar los hechos narrados así como tampoco la responsabilidad del conductor(trabajador y actor de este proceso). De lo expuesto, el Tribunal concluye que no existe prueba alguna que permita evidenciar que el conductor(trabajador), conducía a exceso de velocidad o que la velocidad permitida en el sector haya sido de 40 Km/h, y que el entonces trabajador haya incurrido en inobservancia de las leyes de tránsito o del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa demandada, siendo improcedente establecer responsabilidad alguna por el accidente de tránsito suscitado en el que se vio involucrado el vehículo que conducía, por lo que se considera procedente la impugnación a la resolución del Visto Bueno, por lo tanto casa la sentencia, a lugar a la reclamación por despido intempestivo y bonificación por desahucio señaladas en los Arts. 188 y 185, en su orden, del Código del Trabajo.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 1472-2014

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, martes 10 de julio del 2018, las 16h36.-
VISTOS: ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio oral de trabajo seguido por Daglin Vivero Maldonado en contra de Martinod Morales Jacques Fernando, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía MAMUT ANDINO C.A., en su calidad de Presidente Ejecutivo; la parte actora interpone recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 30 de enero de 2018, a las 13h39, la cual revoca la sentencia de primer nivel y acepta el recurso de apelación de la parte demandada declarando sin lugar la demanda por impugnación de visto bueno propuesta por el actor.

b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de 11 de mayo de 2018, las 10h26, la doctora Rosa Álvarez Ulloa, Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, resolvió admitir a trámite parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora.

c) Cargos admitidos: El recurso de casación interpuesto por el actor, fue admitido a trámite únicamente por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por la doctora María Consuelo Heredia Yerovi, doctor Merck Benavides Benalcázar y doctora Katerine Muñoz Subía (ponente), es competente para conocer y resolver el recurso de casación de conformidad con la Resolución Nº 004-2012 de 26 de enero de 2012; Resolución N° 01-2018 de 26 de enero de 2018; artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial Suplemento 38 de 17 de julio de 2013; Resolución N° 04-2017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017; y, 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 por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo";* en concordancia con el artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos; y del sorteo que obra a fs. 8 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido 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; por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, y de conformidad con la reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87 Ibídem, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 28 de junio de 2018, las 09h30; y, una vez finalizado el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 Ut supra.

TERCERO.- Fundamentos del recurso de casación: El casacionista fundamenta su recurso en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, considera que el tribunal ad quem ha infringido por errónea interpretación el artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo; por falta de aplicación la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010; y, por aplicación indebida el artículo 595 del Código del Trabajo.

CUARTO.- Del recurso de casación: La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene por objeto impugnar la sentencia o autos recurridos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Cortes Provinciales o por los Tribunales Distritales, debiendo cumplir con los requisitos determinados en la ley para su calificación, admisión y procedencia. Se encuentra normado desde el artículo 266 al 277 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el Registro Oficial Suplemento Nº 506 de 22 de mayo de 2015 y 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. Al respecto, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre el recurso de casación, refiere que sus finalidades pueden ser: *"…de naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido…"* (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35). Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado: *"…El recurso de casación constituye un mecanismo extraordinario, que tiene como objetivo principal analizar si en una sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. En tal sentido, el papel que cumple la Corte Nacional de Justicia, al ser el tribunal de casación, es fundamental, ya que realiza el control del producto de la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia, es decir, el contenido de sus sentencias".* (Sentencia de N° 331-15-SEP-CC. Caso Nº 2202-13-EP, de 30 de septiembre de 2015, p. 8); también ha referido que *"…es imperioso para los jueces de la Corte Nacional de Justicia tener especial atención en aplicar*

la normativa específica del recurso de casación, así como los principios procesales durante el trámite que se otorgue a cada etapa, pues aquello garantizará la observancia del trámite propio de cada procedimiento judicial que garantizará el pleno cumplimiento de los cauces procesales correspondientes, protegiendo, además, la seguridad jurídica". (Sentencia N° 169-15-SEP-CC CASO. Caso N° 0680-10-EP, p. 10). En este contexto se debe precisar que, el reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, consagró cambios profundos en cuanto a la organización y funcionamiento de las instituciones que lo conforman, así la Función Judicial a través de juezas y jueces tiene la obligación de efectivizar los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad judicial y los que informan la sustanciación de los procesos.

QUINTO: ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO.-

5.1. Caso cinco del artículo 268 de COGEP.- Con fundamento en este caso, el casacionista Daglin Vivero Maldonado, acusa al tribunal ad quem haber incurrido en las siguientes infracciones:

5.1.1. Errónea interpretación del artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo, al otorgarle un alcance mayor y distinto que el previsto por el legislador, al considerar como requisito sine qua non que para acceder a lo establecido en la referida norma *"…se debe obligatoriamente también impugnar el acta de finiquito, interpretando de una forma equivocada el artículo, cuando lo que busca el legislador es establecer que la única manera para acceder al artículo 183 es la existencia de una resolución de visto bueno la cual será impugnada".*

5.1.2. Falta de aplicación de la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010, al no considerar que el actor impugnó la resolución de visto bueno emitida en su contra ante el órgano judicial competente, proceso en el que según su criterio *"…logró demostrar que la resolución de visto bueno fue emitida violentando los derechos del trabajo, además del debido proceso, y la motivación por falta de congruencia entre lo expuesto en la solicitud de visto bueno, los elementos probatorios y la motivación del inspector".*

5.1.3. Aplicación indebida del artículo 595 del Código del Trabajo, pues considera que este precepto normativo no guarda ninguna relación con el objeto de la controversia *-que es la impugnación del visto bueno-,* y en este sentido manifiesta que lo señalado por los jueces de segunda instancia, esto es, que el actor debía impugnar también el acta de finiquito, no es correcto, pues aquella tiene como finalidad establecer que los valores que se reflejan en dicha acta contienen un error o carece de validez por haber sido suscrita con error, fuerza y dolo. En este contexto precisa que las infracciones cometidas respecto de los preceptos normativos antes citados, han influido en la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al desconocer el derecho que tiene el trabajador para impugnar la resolución de trámite de visto bueno, lo que ha sido determinante para concluir en un fallo incongruente que perjudica sus derechos.

5.2.- Problema jurídico a resolver.- De conformidad con los cargos admitidos a trámite, corresponde a este Tribunal, dilucidar el siguiente problema jurídico: Determinar si el tribunal ad quem incurrió en errónea interpretación del artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo; falta de aplicación de la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010; y, aplicación indebida del artículo 595 del Código del Trabajo, al resolver que la impugnación de visto bueno no procede ya que el actor al no haber impugnado el acta de finiquito, no enervó el referido documento por lo que se reputa válido, y en consecuencia niega el pago de la indemnización y bonificación previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

5.3. Consideraciones sobre el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.- El recurso de casación por el caso cinco 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.";* es decir que este caso está reservado 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 han subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa pertinente, porque se ha aplicado una norma jurídica improcedente (indebida aplicación), porque no se ha aplicado la que corresponde (falta de aplicación), o porque aplicando la adecuada se ha interpretado de manera

errada al momento de emitir el fallo (errónea interpretación).

5.4. Examen de los cargos: Determinar si el tribunal ad quem incurrió en errónea interpretación del artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo; falta de aplicación de la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010; y, aplicación indebida del artículo 595 del Código del Trabajo, al resolver que la impugnación de visto bueno no procede ya que el actor al no haber impugnado el acta de finiquito, no enervó el referido documento por lo que se reputa válido, y en consecuencia niega el pago de la indemnización y bonificación previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

5.4.1. Los jueces de segunda instancia, en el considerando décimo tercero, numeral 13.1, al analizar la impugnación del visto bueno, manifiestan que del acta de diligencia de investigación de visto bueno se colige que Daglin Vivero Maldonado, no asistió a la misma, agregan que el actor posteriormente a través de su demanda impugnó el trámite de visto bueno, más no impugnó el acta de finiquito, *"documento que se presume y admite conforme a la ley y derecho con el artículo 595 del Código del Trabajo, suscrita con el consentimiento de las partes, pormenorizada y solemnizado pertinentemente, de haber existido vicio el actor debió impugnar por viciado el documento y someterlo a peritaje correspondiente, pero, de autos no existe ninguna forma o intención de enervar el documento por parte del actor, mismo que se reputa válido por cumplir lo dispuesto en el artículo 595 del CT, de igual forma en el documento de finiquito en su párrafo segundo se lee textualmente "[…] fecha en que concluyó la relación laboral por voluntad del empleador previo visto bueno […]. Por lo expuesto y analizado, no se declara derecho alguno a favor del demandante de recibir la indemnización que señala el artículo 188 del Código del Trabajo, así como la bonificación por desahucio que prescribe el artículo 185 del mismo cuerpo de normas"*, por lo que resuelve revocar la sentencia de primer nivel y aceptar el recurso de apelación de la parte demandada, declarando sin lugar la demanda por impugnación de visto bueno propuesta por Daglin Vivero Maldonado en contra de la compañía MAMUT ANDINO C.A., en la interpuesta persona de su representante legal.

5.4.2. En cuanto a las normas que el recurrente considera infringidas, se observa que: El artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo, señala: *"…La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio"*. Por su parte, la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010, dispone en el considerando cuarto que *"…de acuerdo con la resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 412 del 6 de abril de 1990, la misma que textualmente dice: 'Que en los casos en que el juez del Trabajo desechará en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo del trabajo'."*; y, en el considerando quinto, manifiesta que si bien la resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, la citada resolución de la Corte Suprema de Justicia, que se encuentra vigente, establece la obligatoriedad de previamente impugnar la resolución de visto bueno.

De la disposición normativa y resolución citadas, se desprende que el valor jurídico de la resolución de visto bueno dictada por el inspector del trabajo, es el mismo de un informe y por lo tanto, es susceptible de ser impugnado ante el juez competente, que es el Juez del Trabajo, quien lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas aportadas en el juicio; y en el caso de que el órgano jurisdiccional deseche el visto bueno concedido por el inspector del trabajo, procede el pago de la indemnización por despido intempestivo de quien lo hubiere reclamado.

Ahora bien, en el caso sub judice se evidencia que Daglin Vivero Maldonado ha presentado su acción por impugnación de visto bueno ante el Juez competente de la provincia del Guayas, la misma que luego del trámite pertinente y en atención al recurso de apelación incoado por la compañía MAMUT ANDINO C.A. en contra de la sentencia de primera instancia que aceptó parcialmente la demanda, ha merecido el pronunciamiento del tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, declarando sin lugar la demanda, bajo el argumento de que el accionante pese a impugnar la resolución de visto bueno no ha impugnado el acta de finiquito, la misma que al no haber sido enervada se reputa

como válida, razón por la que el órgano jurisdiccional niega el pago de la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio.
Al respecto, cabe señalar que el tribunal de segunda instancia *-al sostener que la impugnación de visto bueno prevista en el artículo 183 del Código del Trabajo, no procede ya que el actor al no haber impugnado el acta de finiquito, no enervó el referido documento por lo que se reputa válido-*, incurrió en errónea interpretación del artículo 183 del Código del Trabajo y falta de aplicación de la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010, pues en el primer caso, comete un error de hermenéutica jurídica al haber atribuido al precepto normativo previsto un sentido y alcance que en realidad no lo tiene, al convalidar la resolución de visto bueno en favor del empleador manifestando que el acta de finiquito ha sido suscrita por el actor bajo su voluntad sin vicio en el consentimiento, y más aún cuando la misma no ha sido impugnada; y, en el segundo caso ha desconocido que es procedente el pago de las indemnizaciones por despido intempestivo, en los casos en los que el juez desecha en su fallo el visto bueno concedido, siempre y cuando hubiere mediado la impugnación de lo resuelto por el Inspector del Trabajo, por lo que proceden los cargos.
5.4.3. En cuanto a la aplicación indebida del artículo 595 del Código del Trabajo, que dispone*: "El documento de finiquito suscrito por el trabajador podrá ser impugnado por éste, si la liquidación no hubiere sido practicada ante el inspector del trabajo, quien cuidará de que sea pormenorizada"*, se observa que el tribunal de segunda instancia en el considerando octavo, al referirse a los antecedentes de hecho y contestación a la demanda, señala: *"En su libelo inicial comparece el actor DAGLIN VIVERO MALDONADO para manifestar en lo principal que impugna el trámite y la resolución de visto bueno presentado por su ex empleador en su contra…"*, pretensión clara y concreta que obliga a los administradores de justicia a pronunciarse sobre el asunto sustancial del proceso en base a las peticiones realizadas por las partes; constatándose en el presente caso que el tribunal de segunda instancia se ha pronunciado sobre la impugnación del acta de finiquito, hecho fáctico que no formó parte del controvertido, lo cual devino en la aplicación indebida de la norma antes referida.
De lo expuesto en líneas precedentes, al haberse admitido los cargos formulados por el recurrente al amparo del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, corresponde a este Tribunal casar la sentencia impugnada de conformidad con lo previsto en el artículo 273 numeral 3 ibídem; y, artículos 4 y 6 de la Resolución 07-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 21 del 23 de junio de 2017.
SEXTO: Consideraciones adicionales de la Corte Nacional de Justicia, previo a dictar la sentencia en mérito de los autos.-
6.1. El artículo 1 de la Constitución de la República, reconoce al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, acepciones fundamentales sobre las cuales se levanta la organización política y jurídica del Estado y que han determinado las modificaciones en relación a la concepción tradicional del derecho y de la ciencia jurídica (Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC, Caso N° 0999-09-JP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 351 del miércoles 29 de Diciembre de 2010); así en observancia de las garantía normativas previstas en la Constitución, la Asamblea Nacional ha procedido a 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 (artículo 84 de la Constitución), de este modo se han reformado y derogado textos jurídicos que no guardaban conformidad con los preceptos constitucionales y se han creado otros al amparo de la norma normarum.
Precisamente, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015, que entró en vigor luego de una vacatio legis de 12 meses, esto es el 23 de mayo del 2016, según lo previsto en la Disposición Final Segunda, fue expedido *"…en acatamiento del principio de supremacía constitucional, sumado a la integración concreta entre los derechos de las personas, la voluntad popular como fundamento para la administración de justicia, y el entendimiento de que el sistema procesal significa justicia y permite la resolución imparcial y expedita de los conflictos propios de la convivencia social…" (Exposición de motivos del Código Orgánico General de Procesos, epígrafe II. Conformidad Constitucional y Legal).* El referido Código en el Libro III, Título IV, Capítulo IV, regula todos los aspectos relacionados con el recurso de casación, enumerando

taxativamente en el artículo 268, los cinco casos previstos por el legislador para la procedencia de esta impugnación. Por su parte el artículo 273 Ibídem, prevé que una vez finalizado el debate *-en audiencia-*, los jueces de casación deben pronunciar su resolución en los términos previstos en la norma adjetiva procesal civil, señalando en el numeral 1 que cuando se trate de casación por infracción de normas procesales que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión *[caso 1 del artículo 268 del COGEP],* debe devolverse el proceso al órgano judicial que corresponda, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho; en el numeral 2 precisa que cuando la casación se fundamente en la infracción de normas de valoración de la prueba *[caso 4 del artículo 268 del COGEP],* el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda; en el numeral 3 dispone que si la casación se fundamenta en los demás casos *[2, 3 y 5 del artículo 268 del COGEP],* 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 en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos; y, finalmente en el numeral 4 refiere que el Tribunal de casación, debe casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutiva, si aparece que en la motivación del fallo se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación.

De lo expuesto se colige que, en un primer momento, los jueces de casación realizan el control de legalidad de las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, así como de las providencias expedidas por dichos órganos jurisdiccionales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, a través de la declaratoria de aceptación o rechazo del recurso; luego de lo cual y en los casos en los que se haya declarado procedente el recurso, en uso de las facultades concedidas por el artículo 273 del COGEP, emite una sentencia en mérito de los autos, resolviendo el asunto de fondo, excepto cuando se trata de infracción de normas procesales que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, pues en este caso lo que procede es la declaratoria de nulidad y devolución al órgano judicial correspondiente, como quedó expuesto en líneas precedentes. (Cfr. María Rosa Merchán Larrea. El recurso de casación en el ámbito civil. En: Revista Diálogos Judiciales 5. Medios de Impugnación. Julio Diciembre 2017. Corte Nacional de Justicia. p. 102).

6.2. En este contexto es relevante y pertinente referirise a la Resolución N° 07-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 21 del 23 de junio de 2017, que entre otros considera 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…",* por lo que resuelve en el artículo 1 que *"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 [CASO 2], 3 [CASOS 2, 3 Y 5], y 4*** [casos en los que se corrige la motivación aunque no modifique la pate resolutiva] ***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" (énfasis fuera del original). En el artículo 4 señala que una vez casada la sentencia en aplicación del numeral 3 del artículo 273 del COGEP *[casos 2, 3 y 5],* 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; y, el artículo 6, determina que 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.

Esta nuevas regulaciones introducidas en el ordenamiento jurídico en cuanto al recurso extraordinario de casación, permiten concluir que en el nuevo modelo de estado vigente en el Ecuador, en el que impera el principio de supremacía constitucional, el recurso de casación, efectivamente replanteó sus objetivos estableciendo que además de la función de defensa de la legalidad, los jueces debían garantizar de manera efectiva los derechos constitucionales del recurrente y particularmente su derecho material al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; en este sentido se ha señalado que: *"El recurso de casación tendrá por finalidad la protección de los derechos constitucionales, el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de legalidad de los autos y sentencias impugnables, la unidad e integralidad del ordenamiento jurídico mediante el establecimiento de precedentes jurisprudenciales obligatorios; y, la reparación de los agravios inferidos a los recurrentes".* (Paulina Aguirre Suárez. El proceso laboral y los medios de impugnación en el Código Orgánico General de Procesos. En: Revista Diálogos Judiciales 5. Medios de Impugnación. Julio Diciembre 2017. Corte Nacional de Justicia. p. 63). Lo manifestado implica que el profesional en derecho construya *"…una nueva visión de la casación que, alejada de simples tecnicismos, se asiente en los valores objetivos que se expresan en nuestra Constitución…".* (Carlos Miguel Ramírez Romero. Los medios de impugnación y la casación. En: Revista Diálogos Judiciales 5. Medios de Impugnación. Julio Diciembre 2017. Corte Nacional de Justicia. p. 22).

6.3. Este Tribunal al amparo del análisis que consta en los numerales 6.1 y 6.2 de este considerando, manifiesta:

6.3.1. Los cargos formulados por el recurrente en el recurso extraordinario de casación interpuesto de conformidad con el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, fueron admitidos por el tribunal casacionista, como se manifestó en el considerando 5.4 de este fallo, determinando que el tribunal ad quem infringió por errónea interpretación el artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo; por falta de aplicación de la Resolución N° 05-2006, dictada por la Primera Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, E.E. 82-30-X-2010; y, por aplicación indebida del artículo 595 del Código del Trabajo, lo que devino en la negativa de pago de la indemnización y bonificación previstas en los artículos 188 y 185 del Código del Trabajo.

6.3.2. Como quedó expuesto en líneas anteriores, el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con la doctrina utilizada para el análisis de los recursos de casación, corresponde a un error de juzgamiento conocido como *"in iudicando"*, esto es cuando se produce en la sentencia la violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios, por lo que no cabe ninguna consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la correcta estimación de ambos por parte del tribunal ad quem.

No obstante lo señalado, cabe precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 273 numeral 3 del COGEP, en concordancia con la Resolución N° 07-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 21 del 23 de junio de 2017, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, debe promover la defensa de la legalidad, pero también 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, por lo que debe dictar sentencia en mérito de los autos, expresión técnica cuya interpretación legal correcta, abarca el análisis de la demanda, contestación, excepciones y la valoración de la prueba (artículo 6 de la Resolución).

En este sentido vale la pena mencionar que, inclusive la doctrina desarrollada con anterioridad al

nuevo modelo de estado concebido en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador y mientras se encontraba vigente la Ley de Casación, previó que si el Tribunal de casación determina que la sentencia de segunda instancia no contuviere los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles (causal quinta), o es incompleta o excesiva (casual cuarta), o ha incurrido en violación directa (causal primera) o indirecta del derecho sustancial (causal tercera), se produce el *"iudiciom rescissorium",* por lo que la sala de casación se convierte momentáneamente en tribunal de instancia casando la sentencia y resolviendo el asunto de fondo, debiendo observar que *"…cuando en el fallo de instancia el juzgador ha distorsionado los hechos, sea porque prescindió de pruebas que acreditaban determinados hechos, o porque dio por existentes pruebas que no obran del proceso y en base a estas pruebas inexistentes dio por establecidos hechos que no se han acreditado en el proceso, o finalmente porque tomó en cuenta las pruebas actuadas en forma diminuta, en estas hipótesis el Tribunal de Casación no podrá dictar el fallo que corresponda con base a los hechos establecidos distorsionadamente en el fallo casado (…) y por esta razón se halla en capacidad de reexaminar toda la prueba actuada y darle una nueva valoración (…). Son numerosos los casos en que se ha resuelto que el tribunal de casación, actuando como tribunal de instancia, está facultado para revisar el proceso in integrum y si, de este examen, concluye que los hechos establecidos en la resolución casada no corresponden a la realidad procesal, sea porque se ha prescindido de pruebas legalmente actuadas, o se las ha distorsionado o fragmentado, para no declarar la existencia de determinados hechos que sirven de fundamento de las pretensiones de las partes, o porque se declara hechos en base a pruebas inexistentes, procederá en primer lugar a establecer los hechos para a continuación subsumirlos en la norma correspondiente y de esta manera dictar una sentencia que corresponda a la verdad procesal"* (Santiago Andrade, Ob. Cit. pp. 287-291). Es así que la doctrina imperante durante la vigencia de la Ley de Casación, no excluyó de forma absoluta la posibilidad de que los jueces en circunstancias muy particulares, puedan revisar de manera integral el proceso que había llegado a su conocimiento a través del recurso extraordinario de casación.

6.3.3. En el caso sub examine, de la revisión del fallo de segunda instancia, se constata que los jueces al resolver que la impugnación de visto bueno no procede ya que el actor al no haber impugnado el acta de finiquito, no enervó el referido documento por lo que se reputa válido, omitieron analizar la pretensión principal del recurrente que precisamente radica en la impugnación de la resolución de visto bueno dictada por el Inspector del Trabajo del Guayas; evidenciando este Tribunal que los hechos establecidos en la resolución casada no corresponden a la realidad procesal, pues se ha ratificado la responsabilidad del trabajador en el accidente de tránsito, sin considerar la oposición realizada por éste en la demanda de impugnación de visto bueno, así como tampoco se ha efectuado un análisis integral de la prueba agregada al proceso, por lo que procede dictar sentencia en mérito de los autos, debiendo precisar que en primer lugar se establecerán los hechos, para a continuación subsumirlos en la norma correspondiente.

SÉPTIMO: SENTENCIA EN MÉRITO DE LOS AUTOS, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 273.3 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.-

Este Tribunal de casación de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con la declaratoria de procedencia del recurso de casación y en atención al principio dispositivo, realiza el análisis en torno a las cuestiones de fondo alegadas por el actor en su demanda de impugnación de visto bueno, en los siguientes términos:

7.1. Validez procesal.- El expediente se ha tramitado respetando las garantías básicas del debido proceso, con sujeción al trámite preestablecido, y sin omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión, por lo que se declara su validez.

7.2. Consideraciones relevantes de orden constitucional:

7.2.1. Nuestro ordenamiento constitucional es claro en señalar normas y principios mínimos que deben ser respetados dentro de un proceso en donde se determine el reconocimiento de derechos y obligaciones, pues la Norma Suprema aprobada en el año 2008 reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia, y tiene como deber primordial garantizar sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales; por lo tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos constitucionales que son de aplicación directa e inmediata, sin que para su ejercicio deban exigirse condiciones o requisitos que no estén establecidos

en la Constitución, o falta de norma para justificar su violación (artículos 1 y 11 de la Constitución de la República).

7.2.2. El artículo 167 de la Constitución de la República señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución; el 169 Ibídem, prevé que el sistema procesal *-esto es, el conjunto de reglas que sirven para la tramitación de una controversia judicial-* es un medio para la realización de la justicia, por lo tanto las normas procesales además de consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, harán efectivas las garantías del debido proceso, precisando que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, pues en el Estado constitucional de derechos y justicia, no es admisible que se afecten los derechos del justiciable por la existencia de vicios o defectos formales en la presentación de peticiones, demandas y recursos (Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 003-15-SCN-CC, Caso N° 0460-12-CN)

7.2.3. El artículo 75 de la Constitución de la República, garantiza a las personas el derecho de acceso gratuito a la justicia y tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses; y, el artículo 172 Ibídem, determina que juezas y jueces deben administrar justicia con sujeción al texto constitucional, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley; en este sentido el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, al referirse al principio de imparcialidad, prevé que la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial debe ser imparcial, respetando la igualdad ante la ley. Señala también que en todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Por su parte la Corte Constitucional del Ecuador, al referirse a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas, ha señalado: *"A la hora de definir e interpretar el alcance de la tutela jurisdiccional efectiva, se podría indicar en términos generales que este constituye el derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas,* ***se obtenga una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas".*** (El énfasis fuera del original). (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 006-13-SEP-CC, Caso N° 614-12-EP). Por lo tanto, jueces y tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos controvertidos que han sido sometidos oportuna y debidamente a la decisión judicial, a fin de cumplir con el principio de congruencia, que implica que la sentencia debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones y excepciones oportunamente presentadas en el proceso judicial, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto.

7.2.4. Cabe señalar que la tutela judicial efectiva como el derecho de acceso a la justicia y de protección de los derechos y garantías ciudadanas, tendientes a materializar en forma real sus derechos individuales y sociales, objetivo que se cumple a través del principio de interdependencia que lo vincula con el derecho al debido proceso, que es transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto garantiza la protección de otros derechos constitucionales, encaminados principalmente a tutelar que todas las personas cuenten con un proceso justo y para ello se demanda la existencia de un sistema jurídico válido y eficaz, que cuente con normas previas, claras y públicas que lleven a la praxis la denominada seguridad jurídica. El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes…."*. La Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la naturaleza del derecho al debido proceso, en los siguientes términos: *" … en relación al derecho al debido proceso plasmado en el artículo 76 de la Constitución de la República, se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujeten a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Carta Suprema, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución, y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo,*

basada en derecho". (Sentencia N° 0034-09-SEP-CC, de 9 de diciembre de 2009).

7.2.5. Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, previsto en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, que prevé: *"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",* norma concordante con el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece como una facultad jurisdiccional esencial de las juezas y jueces, motivar sus decisiones. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, ha expresado que para que una sentencia se encuentre debidamente motivada, se precisa la concurrencia de tres elementos como requisitos indispensables: razonabilidad; lógica; y, comprensibilidad; entendiéndose: *"(...) razonable, en el sentido de que la decisión se fundamente en lo dispuesto en la Constitución de la República; lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión general del caso; comprensible, en lo que se refiere al lenguaje que se utilice en la decisión, mismo que debe ser dirigido hacia el entendimiento por parte de la ciudadanía"* (Sentencia No. 073-14-SEP-CC, caso No. 0846-11-EP, de 16 de abril de 2014, p. 12). Por lo tanto, el derecho al debido proceso en la garantía básica de la motivación, impone a juezas y jueces el deber de expresar en la sentencia los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan lo decidido, a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica y que deben ser expuestos con razonabilidad, lógica y comprensibilidad, con el objeto de que las partes tengan la convicción de que se dictó una resolución de fondo, basada en derecho.

7.3. El trámite de visto bueno previsto en el Código Laboral, como una causa de orden legal para la terminación del contrato individual de trabajo.-

7.3.1. El Código Laboral en el artículo 169 enumera las causas de orden legal para la terminación del contrato individual de trabajo, estableciendo como dos de ellas las constantes en los numerales 7 y 8 de esa norma, esto es, por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 del Código de Trabajo; o, por voluntad del trabajador según el artículo 173 ibídem, en ambos casos previo visto bueno.

7.3.2. El trámite de visto bueno se halla previsto en el artículo 621 del Código Laboral y prevé que el Inspector de Trabajo que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo de conformidad con los artículos 172 y 173 ut supra, debe notificar al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste la petición; luego, con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y finalmente, dictará su resolución motivada dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno, de conformidad con lo señalado en el artículo 183 del cuerpo normativo antes referido. Se debe considerar que si el visto bueno es peticionado por la parte empleadora, ésta podrá solicitar de ser pertinente, la suspensión inmediata de relaciones laborales, siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, la misma que será entregada al trabajador si el visto bueno fuere negado; en este caso, además, el empleador deberá reintegrarle a su trabajo, so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo, de conformidad con lo previsto del artículo 622 ibídem.

7.3.3. El artículo 183 del Código del Trabajo, también dispone que la resolución del Inspector de Trabajo, no impide el derecho de acudir ante el Juez de la materia, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio. En referencia a esta norma, la Corte Suprema de Justicia, dictó el 8 de marzo de 1990, la Resolución publicada en el Registro Oficial No. 412 el 6 de abril del mismo año, en la que señaló: *"Que en los casos en que el Juez del Trabajo desechare en su fallo el visto bueno concedido por el inspector del ramo, es procedente el pago de indemnizaciones por despido o abandono, según el caso, a favor de quien las hubiere*

reclamado, previa la impugnación de lo resuelto por el funcionario administrativo del trabajo".

7.3.4. De lo expuesto se colige que el visto bueno, es uno de los mecanismos para dar por terminado el contrato de trabajo, y consiste en una diligencia de carácter administrativo que se realiza ante el Inspector de Trabajo, quien tiene facultad privativa para conceder la autorización respectiva a fin de que se dé por terminada una relación laboral cuando una de las partes ha incurrido en una o varias de las causales previstas en los artículos 172 o 173 del Código del Trabajo, respectivamente. Por tanto, el visto bueno al ser una institución de orden legal debe seguir el trámite respectivo para que la autoridad administrativa laboral, esto es el Inspector de Trabajo, luego de cumplir con el debido proceso, conceda o niegue el visto bueno, lo que en derecho significa que aquella autoridad en estricto derecho lo que hace es autorizar o no la terminación de la relación laboral a quien lo solicita.

7.4. El derecho al trabajo y la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales.- El artículo 33 de la Constitución de la República reconoce que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía; en este contexto el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, puntualiza uno de los principios en los cuales se sustenta el derecho del trabajo al señalar: *"…2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario".* Al respecto, el tratadista Américo Plá Rodríguez señala que en aplicación del principio de irrenunciabilidad se produce: *"…la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio"* (Los principios del derecho del trabajo, Edición Actualizada, Biblioteca de Derecho Laboral, p. 67); sobre esta misma institución del derecho laboral el doctor Julio Cesar Trujillo expresa: *"Por renuncia de derecho se entiende el acto jurídico en virtud del cual, el titular de un derecho se despoja o desprende de él en favor o beneficio de otra persona…".* (Derecho del Trabajo, Tomo 1, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Centro de Publicaciones PUCE, Quito- Ecuador, 2008, p. 46). Por otro lado, el principio de intangibilidad consiste en *que "… los derechos otorgados a los trabajadores en los convenios internacionales, reglamentos, contratos colectivos, no pueden ser desconocidos o desmejorados por otros convenios, reglamentos, contratos colectivos posteriores"* (Ob. Cit. p. 52).

En efecto, el derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial, ya que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción, puede ser objeto de vulneración de sus derechos. En este sentido, nuestra legislación constitucional y legal, otorga una protección especial al derecho del trabajo, consagrando entre sus principios, el de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, lo que se complementa con la protección judicial y administrativa establecida en el artículo 5 del Código del Trabajo, que implica la obligación de toda autoridad judicial y administrativa, en el marco de sus competencia, a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos, lo que lleva implícito el deber de verificar la satisfacción de derechos laborales.

7.5. Enunciación resumida de los antecedentes de hecho:

7.5.1. Demanda de impugnación de visto bueno.-

El actor en la demanda que deduce en contra de la compañía MAMUT ANDINO C.A. (fs. 57 a 60), manifiesta.

a) Que impugna el trámite y la resolución de visto bueno por la causal segunda del artículo 172 del Código del Trabajo, emitida por el Inspector del Trabajo de Guayaquil abogado Wilfrido Resabala Quintero, el 18 de marzo de 2016 en favor de los demandados, por ser contraria a derecho, adolecer de falta de motivación y falta de relación de causalidad entre los hechos y las pruebas rendidas dentro del proceso administrativo. Afirma que empezó a trabajar desde el 18 de abril de 2008, con el cargo de chofer, cumpliendo un horario de trabajo rotativo y que su última remuneración fue de USD $ 848,64. En relación a los hechos que motivaron la petición de visto bueno por parte de su empleador, el legitimado activo señala: *"El día 28 de enero del presente año [2017] aproximadamente entre las 12h30 y las 13h00, en cumplimiento de mi jornada laboral, en el kilómetro 22 1/5 vía Aloag Santo Domingo, me encontraba conduciendo el cabezal M-470 con la bañera BA-210 vehículo de placas GBH-652, cargado de Puzolana (Roca volcánica fragmentada),* ***al entrar a una curva la bañera del tráiler se me alzó por lo que perdí la estabilidad y me viré a un costado de la vía,*** *suceso que escapó de mis manos puesto que había cumplido con las leyes de tránsito y no había irrespetado el máximo*

de velocidad permitido alegado por mi ex empleador en la solicitud de visto bueno". Agrega el legitimado activo que, con fecha 26 de febrero de 2016 le notificaron con el trámite de visto bueno, el mismo que fue resuelto por el abogado Wilfrido Resabala Quintero, Inspector de Trabajo de Guayaquil, el 18 de marzo de 2016, aceptando la casual segunda del artículo 172 del Código del Trabajo, esto es por indisciplina o desobediencia grave a los reglamentos internos legalmente aprobados, acotando que no conoce los mismos y que jamás le fueron entregados; afirmando además que existe falta de concordancia y pruebas entre la resolución de visto bueno y los hechos alegados por el empleador en su solicitud, que se resumen en la desobediencia del reglamento interno por haber irrespetado las leyes de tránsito por exceso de velocidad, sin embargo no se adjuntó al trámite de visto el informe del GPS del vehículo, el cual supuestamente indicaba que marcaba la velocidad de 55 kilómetros por hora; que según la declaración de accidentes de vehículos a la aseguradora SEGUROS EQUINOCCIAL no se manifiesta que el mismo haya sido producto del exceso de velocidad, hecho que tampoco se advierte del informe ampliatorio emitido por la empresa, ni del parte elevado por el Jefe de Tránsito del Cantón Mejía.

b) Que existe ausencia de validez del proceso administrativo de visto bueno, por falta de personería del solicitante, pues señala que Julio de Blas Caballero (Vicepresidente Ejecutivo) y Jorge Carlos Murillo Zambrano (Vicepresidente Financiero), no tienen la representación legal, judicial y extrajudicial de la Compañía, pues aquella le corresponde de manera individual al Presidente Ejecutivo.

El actor en su demanda establece como pretensiones:

1.- Se declare sin efecto por ilegal la resolución de visto bueno.
2.- Se conceda la impugnación al visto bueno Nº 244039-2016.
3.- Se ordene el pago de: despido intempestivo, desahucio vacaciones, décimo cuarto 2016 proporcional; décimo cuarto 2015 y décimo tercero 2016 proporcional.

7.5.2. Contestación a la demanda y excepciones.-

La parte demandada, a través del abogado Carlos Julio Terán Illescas, al contestar la demanda reconoce la relación laboral mantenida con el actor, el tiempo de servicios y la remuneración percibida por aquel; indica que no adeuda valor alguno al accionante y manifiesta que la relación laboral entre los debatientes finalizó mediante resolución de visto bueno favorable a la compañía MAMUT ANDINO C.A., por lo que niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; rechaza y niega la impugnación del trámite de visto bueno, por ser innecesaria, impertinente y sin fundamentación alguna.

7.5.3. Trámite administrativo y resolución de visto bueno Nº 244039-2016, solicitado por MAMUT ANDINO C.A. en contra de Daglin Vivero Maldonado.-

La petición del empleador de visto bueno consta de fs. 10 del expediente y dice: *"Es el hecho, Señor Inspector, que el día 28 de enero del 2016 a las 12H50 aproximadamente, el señor Daglin Vivero Maldonado estaba conduciendo el cabezal M-470 con la bañera BA-210, la cual estaba cargada de Puzolana (Materia prima para fabricación de cemento), con destino a la ciudad de Guayaquil. Encontrándose a la altura del Km 23. Vía Aloag-Santo Domingo antes de entrar a una curva, su velocidad era de 55Km/h; es decir, un evidente exceso de velocidad con total falta de precaución y cuidado, lo cual desembocó en un accidente que produjo que se volcara la bañera y el cabezal hacia el lado izquierdo causando graves daños en la cabina del equipo y en la bañera. Cabe recalcar que no hubo más personas implicadas en el hecho, por ende el señor Daglin Vivero tiene responsabilidad directa en la infracción"*, a continuación fundamenta su petición en los artículos 172 numeral 2 y 46 literal a) del Código del Trabajo; y, 28 y 25 del Reglamento Interno de Trabajo, por lo que en atención a lo previsto en el artículo 169 del COGEP, la carga de la prueba le correspondía a la empresa MAMUT ANDINO C.A.

A fs. 25 se encuentra agregada la contestación a la denuncia de visto bueno, formulada por Dagli Vivero Maldonado, en la que rechaza, impugna y redarguye de falso lo manifestado por los directivos de la empresa y solicita la práctica de pruebas.

Las pruebas producidas en el trámite de visto bueno son:

a) Compulsas del Reglamento Interno de la Compañía Mamut Andino (fs. 33 a 37).
b) Compulsas de las fotografías de una cartelera que contiene el reglamento interno de trabajo (fs. 39-41).
c) Copia a colores de la matrícula del vehículo de placa GBH0652, de propiedad de la compañía Mamut Andino (fs. 43 a 44);

d) Parte elevado al señor Jefe de la Subjefatura de Tránsito del cantón Mejía, de 26 de enero de 2016;

e) Informe ampliatorio de accidentes / incidentes, suscrito por el Psic. Ind. Iván Blackman Briones, Coordinador de Seguridad Industrial de la Empresa Mamut Andino C.A.; Declaración de accidente de vehículo de Seguros Equinoccial (fs. 49-50)..

A continuación, a fs. 54 del expediente aparece el acta de diligencia de investigación de visto bueno, suscrita por el Inspector del Trabajo del Guayas, abogado Wilfrido Resabala Quintero, en la que se deja constancia de la falta de comparecencia de Daglin Vivero Maldonado a la diligencia a pesar de haber sido notificado en legal y debida forma. Luego de la intervención del abogado Carlos Julio Terán Illescas, realizada a nombre y en representación de Julio de Blas Caballero y Jorge Carlos Murillo Zambrano, Vicepresidente Ejecutivo y Vicepresidente Financiero de la compañía MAMUT ANDINO C.A., en la que se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud de visto bueno, solicitando que se considere como prueba a su favor la que obra del expediente administrativo, así como el testimonio del señor Teodoro Iván Blakman Briones, Coordinador de Seguridad Industrial de la empresa MAMUT ANDINO C.A., quien manifiesta entre otros que el día 28 de enero del presente año -léase 2016- , aproximadamente a las 13h05, recibió una llamada en la que se le indica que el señor Vivero se había volcado, razón por la que acudió al área de monitoreo y solicitó el informe del GPS del vehículo, del que pudo observar que el último reporte marcaba 55 Km/h, además indica que dos días después, se trasladó al lugar del accidente, percatándose que antes de la curva del volcamiento habían letreros que indicaban que la velocidad máxima permita en ese sector era de 40 Km/h, precisando que *"…el trabajador entró a una velocidad de 55Km/h en un curva de 40 Km/h…"*.

Finalmente consta la resolución de visto bueno, suscrita por el Inspector del trabajo que conoció el trámite, quien en el considerando sexto señala: *"Del estudio de autos, se desprende que las acciones cometidas por el trabajador, detalladas en la solicitud inicial, y en el desarrollo de la audiencia de investigación, su conducta se adecúa a la petición de visto bueno"*, a continuación, en el considerando octavo manifiesta: *"…habiendo demostrado en forma plena y fehaciente que la conducta del accionado se ha encuadrado en la causal segunda del artículo 172 del Código del Trabajo, y en virtud de lo señalado en el literal b) del artículo 636 del mismo cuerpo legal"* resuelve conceder el visto bueno solicitado por los representante de la compañía MAMUT ANDINO C.A. en contra del señor DAGLIN VIVERO MALDONADO, autorizando la terminación de la relación laboral que los une.

7.5.4. Análisis motivado de la prueba y pronunciamiento en torno a la impugnación de visto bueno Nº 244039-2016 y pretensiones del accionante.

En el presente caso, se tienen como hechos probados de conformidad con el artículo 161.1 del COGEP, el tiempo de servicios: esto es desde el 18 de abril de 2008 hasta el 28 de enero de 2017; y, la remuneración percibida por el entonces trabajador en la cantidad de USD $ 848,64.

El punto a dilucidar es establecer si procede o no la impugnación al trámite y resolución de visto bueno formulada por el actor en su demanda, para el efecto, este tribunal previo a resolver el asunto sustancial del proceso, procede a valorar la prueba que obra del expediente de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del COGEP, que establece que aquella debe ser valorada en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que ha decir de Eduardo J. Couture: *"…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).

En este contexto, se observa lo siguiente:

a) El parte elevado al Jefe de la Subjefatura de Tránsito del cantón Mejía, suscrito por el Sargento Segundo de Policía Jairo Coral Reyes y por el Cbop. de Policía Stalin Pallo Sampedro, informa sobre el accidente de tránsito ocurrido el 28 de enero de 2016, en el kilómetro 23 de la vía Aloag

Santo Domingo, sin que en el mismo se establezca circunstancia alguna de la que se pueda inferir la responsabilidad del conductor Vivero Maldonado Daglin, a quien inclusive las autoridades policiales antes identificadas, le entregaron el vehículo por no existir daños personales ni destrucción a la propiedad pública.

b) En el informe ampliatorio *"ACCIDENTES / INCIDENTES"*, emitido por la empresa MAMUT ANDINO C.A., suscrito por el Psic. Ind. Iván Blakman Briones, el 28 de enero del 2016, a las 12h50 *-día en que ocurrió el accidente de tránsito-, consta bajo el título "Descripción de lo ocurrido"* que *"El conductor circulaba por la vía Aloag- Santo Domingo, a la altura del Km. 23 al coger una curva por causas desconocidas el cabezal y la bañera se volcaron provocándole heridas en el antebrazo y mano izquierda. El conductor fue llevado a la clínica 'Dr. Moncayo' en donde le dieron atención inmediata otorgándole permiso médico por cinco días",* sin que en el mismo conste información relacionada con la velocidad a la que conducía el trabajador en el momento del accidente, la velocidad máxima de circulación en el sector; y, menos aún se determine algún tipo de responsabilidad del conductor. c) En el formulario "DECLARACIÓN DE ACCIDENTE DE VEHÍCULOS" emitido por la empresa MAMUT ANDINO C.A. a la Empresa Seguros Equinoccial, en el apartado titulado datos del accidente, se lee*: "Explique detalladamente como ocurrió el accidente: El cabezal M-470 se dirigía con destino a Guayaquil y a la altura del Km. 23 de la Vía Aloag-Sto. Domingo al tomar una curva se vuelca hacia el lado izquierdo, provocando daños en la cabina de equipo y en la bañera BA-210"*, documento en el cual tampoco constan las circunstancias que han sido descritas en la solicitud de visto bueno.

d) En la diligencia de investigación realizada dentro del trámite de visto bueno compareció como informante el antes mencionado Psic. Ind. Iván Blakman Briones, Coordinador de Seguridad Industrial de la empresa MAMUT ANDINO C.A., quien informó que *"El día 28 de enero del presente año, aproximadamente a las 13h05, recibo una llamada del Jefe de Operaciones, en la cual me indica que el señor Vivero, se había volcado, por lo que inmediatamente, llamo al celular del señor Vivero, para preguntarle su estado de salud indicándome que se encontraba algo golpeado…después de esto acudo al área de monitoreo y solicito el informe del GPS, del Vehículo que el conducía, y pude observar que el último reporte del GPS, marcaba 55 kilómetros por hora, siendo esto en una curva, dos días después me trasladé al lugar del accidente a verificar la señalética…que indicaba que la velocidad máxima permitida en ese sector era de 40km por hora…"*; información que ha sido referida por el Coordinador de Seguridad Industrial de la empresa solicitante del visto bueno, sin respaldo alguno que justifique el exceso de velocidad a la que circulaba el vehículo de carga asignado y conducido por Daglin Vivero, así como tampoco ha demostrado la velocidad máxima de circulación permitida en el sector.

e) También constan agregados al proceso los siguientes documentos: compulsa del reglamento interno de trabajo de la compañía MAMUT ANDINO C.A., compulsa de las fotografías del reglamento interno de trabajo debidamente exhibido; compulsa de la matrícula de la unidad M-470; y, compulsa del comprobante de aprobación emitido por la Empresa Pública Municipal de Tránsito de Guayaquil, los cuales no justifican ni demuestran lo manifestado por los representantes de la compañía MAMUT ANDINO C.A. en la solicitud de visto bueno.

De lo manifestado, este Tribunal concluye que de la valoración de la prueba en conjunto, la compañía MAMUT ANDINO S.A., a través de sus representantes, no ha demostrado con prueba útil, pertinente y conducente, los hechos alegados en la solicitud de visto bueno, esto es el exceso de velocidad, la falta de precaución y cuidado del trabajador en el accidente de tránsito, y por tanto no se ha justificado la responsabilidad directa en la infracción por inobservancia del artículo 28 del Reglamento Interno de Trabajo que en su numeral 4 dispone que se considera como falta grave el *"Descuidar el cumplimiento de su trabajo o el cuidado de los bienes de la COMPAÑÍA confiados a su guarda, administración, custodia o utilización"; y en el artículo 30 de la misma norma reglamentaria se dispone que es falta grave "Quien se encuentre como responsable directo de un accidente que cause daño al vehículo y/o maquinaria o a terceros, y siempre que cause lucro cesante para LA EMPRESA"*; pues como ha quedado señalado en líneas precedentes, ni del parte elevado al Jefe de la Subjefatura de Tránsito del cantón Mejía, ni del informe ampliatorio *"ACCIDENTES / INCIDENTES"*, elaborado por la empresa MAMUT ANDINO C.A., suscrito por el Psic. Ind. Iván Blakman Briones, ni del formulario "DECLARACIÓN DE ACCIDENTE DE VEHÍCULOS" emitido por la empresa MAMUT ANDINO C.A. a la Empresa Seguros Equinoccial, se infiere que el conductor

Daglin Vivero, haya incurrido en las faltas que se le imputan en la petición de visto bueno.
En relación con la información entregada por el Psic. Ind. Iván Blakman Briones, Coordinador de Seguridad Industrial de la empresa MAMUT ANDINO C.A., y que consta en el acta de diligencia de investigación de visto bueno, se debe señalar que sus afirmaciones no se encuentran respaldas con prueba documental que justifique sus asertos.
Además de lo expuesto, este tribunal advierte una contradicción entre el informe ampliatorio de accidentes de tránsito suscrito por el Coordinador de Seguridad Industrial, en el que señala que el volcamiento se produjo por *"causas desconocidas*", con la versión prestada en la diligencia de investigación en el trámite de impugnación de visto bueno, en el que establece que conductor y trabajador de empresa MAMUT ANDINO C.A. se encontraba conduciendo a 55 km/h cuando en el sector la velocidad máxima permitida era de 40 km, esto es con exceso de velocidad; discordancia que deviene en la imposibilidad de que este Tribunal genere la convicción necesaria para acreditar los hechos narrados así como tampoco la responsabilidad del conductor Daglin Vivero Maldonado.
De lo expuesto, este Tribunal concluye que no existe prueba alguna que permita evidenciar que el conductor Daglin Vivero Maldonado, conducía a exceso de velocidad o que la velocidad permitida en el sector haya sido de 40 Km/h, y que el entonces trabajador haya incurrido en inobservancia de las leyes de tránsito o del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa MAMUT ANDINO C.A., siendo improcedente establecer responsabilidad alguna por el accidente de tránsito suscitado en el que se vio involucrado el vehículo que conducía, por lo que se considera procedente la impugnación a la resolución del Visto Bueno y por lo tanto a lugar la reclamación por despido intempestivo y bonificación por desahucio señaladas en los Arts. 188 y 185, en su orden, del Código del Trabajo.
Con relación al pago de vacaciones y décimo tercero y cuarto sueldos, se evidencia que los mismos han sido cancelados al actor, conforme consta en el acta de finiquito agregada al proceso, cuya suscripción y cobro ha sido reconocida por la parte actora en su declaración de parte, por lo que tales pretensiones son rechazadas.

7.5.5. LIQUIDACIÓN:
En cumplimiento de la resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 138 de 1 de marzo de 1999, se procede a cuantificar los rubros que se ordenan pagar en el numeral 7.5.4. del presente fallo, de la siguiente manera:
Fecha de Ingreso: 18 de abril de 2008.
Fecha de Salida: 28 de enero de 2017.
Tiempo de servicios: 8 años, 9 meses, 10 días.
Ultima remuneración percibida: USD $ 848,64

Indemnización por despido intempestivo Art. 188 Código del Trabajo (848,64*9)	USD $ 7.637,76
Bonificación por Desahucio Art. 185 Código del Trabajo (848,64*25%*8)	USD $ 1.697,28
TOTAL A PAGAR	**USD $ 9.335,04**

7. DECISIÓN:
Por 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,** casa la sentencia de la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 30 de enero de 2018, a las 13h39 y en los términos de este fallo, declara parcialmente con lugar la demanda, aceptando la impugnación de visto bueno presentada por Daglin Vivero Maldonado y se ordena a la parte demandada en la forma en que ha sido requerida pague en favor del actor el valor de NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO DÓLARES CON 04/100 (USD. $ 9.335,04), por concepto de indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio. Se regula en el 5% los honorarios del abogado patrocinador del actor. Actúe el Secretario/a relator/a encargado/a. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**
f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL(PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL, Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

IX
Juicio Nro. 17731-2015-2722
Resolución Nro. 621-2018
Fecha: 30 de agosto del 2018

TEMA: Visto bueno. El empleador no podrá ser obligado al pago del despido intempestivo, cuando la demora en la resolución del visto bueno, es atribuible al inspector del trabajo, ya que la resolución de visto bueno al ser un trámite, no es motivo de prescripción.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor señala que prestó sus servicios desde el 18 de agosto de 1993, en calidad de guardia de seguridad, y con el pasar el tiempo paso a ser jefe de campo y luego como administrador de la hacienda, con una remuneración de $ 424,48 teniendo como horario de trabajo de lunes a viernes desde las 04h30 a 17h30, que la compañía demandada le inicia un trámite de visto bueno y que al haber transcurrido 35 días y la Inspectora del Trabajo no ha resuelto dicho visto bueno, configurándose así el despido intempestivo. Probada la relación laboral correspondía al demandado justificar los pagos que le correspondía. El actor demanda el pago de los proporcionales de los beneficios sociales del último período laborado, y de la revisión del proceso no existe constancia que esos rubros hubieren sido acreditados al trabajador, razón por la que se dispone su acreditación de estos rubros más intereses de ley. Respecto del despido intempestivo se considera, que al haber transcurrido más de 35 días y la Inspectora no ha resuelto el visto bueno en su contra, se ha configurado el despido en su contra, donde se observa que dicho trámite se ha iniciado el 21 de julio del año 2014, hasta el 21 de octubre del 2014, han transcurrido 90 días aproximadamente. La resolución del Inspector del Trabajo, es viciada carece de eficiencia jurídica al haberse excedido el tiempo para que opere su pronunciamiento y, en consecuencia se reconoce el derecho del trabajador a recibir las indemnizaciones correspondientes contempladas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo. Además el actor reclama el pago de la jubilación patronal proporcional más los beneficios de ley. Respecto a la prima de productividad se le concede este derecho al actor, pues ha sido reconocido por la entidad demandada en el acta de finiquito que obra de autos. Referente al pago de los 22 días laborados del mes de julio del año 2014, no existe constancia procesal, sin embargo se le reconoce en el acta de finiquito. Con respecto al pago de utilidades, no existe constancia procesal que la entidad demandada las hubiere obtenido por lo que no se dispone su pago. La reclamación de horas suplementarias y extraordinarias no se dispone su pago, en razón de las funciones que realizaba el trabajador conforme lo establece el Art. 58 del Código del Trabajo. Por lo expuesto el Juez de Primer Nivel, acepta parcialmente la demanda y ordena que el demandado pague a la actora los valores determinados en esta resolución.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconformes con la decisión de primera instancia la parte accionada con la adhesión del accionante, interponen recurso de apelación a la sentencia dictada por el Juez de Primer Nivel, el Tribunal de apelación, una vez analizada el proceso, llega a la conclusión que el actor ha laborado 20 años 11 meses y 4 días, para la misma empleadora, y ha exigido mediante su demanda la jubilación patronal, el Tribunal ad quem concede de manera

proporcional de acuerdo a lo prescrito en el inciso séptimo del Art. 188 del Código del Trabajo, que estipula:" que el trabajador que hubiere cumplido 20 años de trabajo ininterrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal de acuerdo a las normas del Código del Trabajo, con las directrices del Art. 216 ibídem", más ante la falta de documentación del accionante que permita comprobar su edad y establecer el coeficiente determinado en el Art. 218 del Código del Trabajo se dispone que el rubro sea liquidado por el Juez de Primera Instancia, quien además debe ordenar el pago de las pensiones jubilares mensualizadas y adicionales a partir del mes de agosto del 2014, hasta el momento de su ejecución.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado interpone recurso de casación, el mismo que lo fundamenta por las causales primera y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, considera infringidas las siguientes normas de derecho: artículos 76 numeral 7 literal 1 y 82 de la Constitución de la República de Ecuador, Arts. 183 y 185 del Código del Trabajo; y, Art. 180 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial. El empleador en su recurso argumenta que la conducta del trabajador se ha enmarcado en lo prescrito en el numeral 2 del artículo 172 del Código del Trabajo, por lo que solicita la suspensión de la relación laboral con el trabajador, mediante visto bueno, como lo prevé el artículo 622 del Código del Trabajo, así con fecha 22 de julio de 2014, la Inspectora de Trabajo admitió a trámite la petición de visto bueno presentado por el empleador, procediendo a notificar al trabajador el día 23 de julio de 2014, según consta en el proceso y, con fecha 20 de octubre de 2014, la Inspectora de Trabajo dicta la resolución aceptando el visto bueno formulado por el empleador. El visto bueno es uno de los mecanismos para dar por terminado el contrato de trabajo y consiste en la diligencia de carácter administrativo laboral que se la realiza ante el Inspector del Trabajo, quien tiene la facultad para conceder la autorización respectiva a fin de que se dé por terminada la relación de trabajo cuando una de las partes ha incurrido en una o varias de las causales previstas en los artículos 172 o 173 del Código del Trabajo. Por lo tanto el visto bueno al ser una institución de orden legal debe seguir el trámite respectivo para que la autoridad administrativa laboral, es decir el Inspector del Trabajo, luego de cumplir con el debido proceso, conceda o niegue el visto bueno, lo que en derecho significa que aquella autoridad en estricto derecho lo que hace es autorizar o no la terminación de la relación laboral a quien lo solicita. A la luz de las disposiciones legales señaladas, se observa que el hecho que el inspector de trabajo no resuelva la solicitud de visto bueno en el cual se haya dispuesto por la ley, sino en dos meses y veintiocho días, como ocurre en la presente causa, no significa que su efecto sea de reconocimiento de una indemnización de despido intempestivo. En el caso de estudio al no haber justificado la existencia del despido intempestivo alegado, se ha evidenciado que la relación laboral concluyó según lo previsto en el Art. 169 numeral 7 del Código del Trabajo, es decir por visto bueno formulado por la parte empleadora y concedido por la Inspectora de Trabajo, en consecuencia no procede el pago de la indemnización por despido intempestivo, ni la bonificación por desahucio y la indemnización jubilar proporcional, como lo señala el Art. 188 del Código del Trabajo. En relación con los otros rubros, las décimo terceras y décimos cuartas remuneraciones, vacaciones proporcionales, pago de la diferencia de la prima de productividad, el pago de los 22 días del mes de julio laborados y no cancelados, con el triple de recargo, pago de horas suplementarias y extraordinarias y utilidades empresariales del año 2014, se estará a lo ordenado por los Jueces del Tribunal Ad quem. La Sala Especializada de lo Laboral, una

vez revisada y analizada la resolución del Tribunal de apelación, Casa parcialmente la sentencia y declarando sin lugar el pago de la indemnización por despido intempestivo, bonificación por desahucio y pensión jubilar proporcional, ratificando los valores ordenados y mandados a pagar por los jueces de segunda instancia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17731-2015-2722

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, jueves 30 de agosto del 2018, las 14h14.-
VISTOS: ANTECEDENTES: **a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada:** En el juicio de trabajo que sigue Ángel Crisanto Rodríguez Segovia, en contra de la Compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., en la persona de su Gerente General, Álvaro González Acevedo, quien además es demandado por sus propios y personales derechos; el accionado interpone recurso de casación en contra de la decisión emitida por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de fecha 4 de septiembre de 2015, las 11h43, notificada el mismo día, la cual reforma la sentencia recurrida, sujetándose a la liquidación practicada en el fallo, que dispone que los demandados paguen al actor, la parte proporcional de la décima tercera y décima cuarta remuneraciones, vacaciones, de la prima de producción, indemnización por despido intempestivo, desahucio, remuneración impaga, más la condena al empleador moroso, según lo previsto en el artículo 94 del Código de Trabajo, valores que suman un total de USD.$. 28.096,87
b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de 22 de septiembre de 2016, a las 10h04, el doctor Roberto Guzmán Castañeda, Conjuez de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia, admitió el recurso de casación interpuesto.
c) Cargos admitidos: El recurso interpuesto fue admitido a trámite por las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:
PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las Juezas, doctoras: María Consuelo Heredia Yerovi, Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, de acuerdo con el oficio 0691-SG-CNJ de 26 de abril de 2018; y Katerine Muñoz Subía, es competente para conocer y resolver el recurso de casación de conformidad con la Resolución N° 01-2018 de fecha 26 de enero de 2018; artículo 183 sustituido por el artículo 8 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial Suplemento 38 de 17 de julio de 2013; Resolución N° 04-2017 publicada en el Suplemento N° 1 del Registro Oficial N° 962 de 14 de marzo de 2017; Resolución Nº 004-2012 de 26 de enero de 2012; y, 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 por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo"*; en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Casación, el artículo 613 del Código del Trabajo; y, del acta de sorteo cuya razón obra a fs. 18 del cuaderno de casación.
SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación: El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, y considera infringidas las siguientes normas: artículos 76 numeral 7 literal l y 82 de la Constitución de la República de Ecuador; artículos 183 y 185 del Código de Trabajo; y, artículos 180 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.
TERCERO.- Del recurso de casación: La casación es un recurso extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, que tiene por objeto impugnar la sentencia o autos recurridos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados

por las Cortes Provinciales o por los Tribunales Distritales, debiendo cumplir con los requisitos determinados en la Ley de Casación, para su calificación, admisión y procedencia. 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. Al respecto, el tratadista Santiago Andrade Ubidia, al abordar sobre el recurso de casación, refiere que sus finalidades pueden ser: *"…de naturaleza pública, la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia; hay otro interés adicional, de naturaleza privada, el procurar la reparación de los agravios inferidos a las partes por el fallo recurrido…"* (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35). Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador, ha manifestado: *"La citada institución como mecanismo procesal de impugnación, conforme lo determina la Constitución de la República compete a la Corte Nacional de Justicia, y tiene por objeto analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley sustantiva o procesal, por incurrir en cualquiera de las causales mencionadas en el artículo 3 de la Ley de Casación. Así, el papel que cumple el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, al ser el tribunal de casación, es fundamental, ya que realiza 'el control del derecho en actividad de los jueces, que éstos, en el desempeño de sus actividades específicas de administrar justicia, actúen con estricto sometimiento al ordenamiento legal'. (…) Así pues, la finalidad del recurso de casación es la de otorgar certeza y seguridad jurídica, como la igualdad ante la ley, que puede darse principalmente manteniendo la estabilidad de las decisiones judiciales de última instancia, las cuales deben surgir como producto de una correcta interpretación y aplicación de la norma. De manera que el recurso tiene como objetivos inmediatos y principales, la uniformidad de la jurisprudencia, dotar de seguridad jurídica a la sentencia, la observancia de la legalidad, propio de los Estados constitucionales de derecho y justicia".* (Sentencia de N° 161-16- SEP-CC. Caso Nº 1792-13-EP, de 18 de mayo de 2016, p. 11 y 12). Al respecto se debe precisar que, el reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, consagró cambios profundos en cuanto a la organización y funcionamiento de las instituciones que lo conforman, así la Función Judicial a través de juezas y jueces tiene la obligación de efectivizar los derechos de los justiciables y dar vida a los principios constitucionales que rigen la actividad judicial y los que informan la sustanciación de los procesos.

CUARTO.- ANÁLISIS DEL RECURSO INTERPUESTO: Se debe precisar que este tribunal examinará las causales de casación invocadas por el recurrente en contra de la sentencia impugnada, en el orden lógico que deben observar los juzgadores al momento de resolver el recurso, esto es, en primer lugar se analizará la causal quinta y finalmente la primera.

4.1.- ACUSACIONES CON CARGO A LA CAUSAL QUINTA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN: El casacionista fundamenta su recurso en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, manifestando que la sentencia dictada por el tribunal de alzada adolece de falta de motivación *"Al fundamentarse la Calificación jurídica (considerar despido intempestivo indirecto) de un hecho (una demanda interpuesta contra una Resolución de visto bueno no dictada a la fecha de calificación de la misma), en fallos que no tienen carácter de obligatorios, se incumple el deber de debida motivación que debe tener toda resolución de un poder público, conforme la Constitución y la ley. (…)"*, para el efecto, cita el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, que señala que los autos y sentencias decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal. Además, el casacionista sostiene que los jueces de segunda instancia, al pretender motivar la sentencia omiten hacerlo sobre un punto esencial, que se refería a la demanda presentada con anterioridad, a la resolución de visto bueno, que dio por terminada la relación laboral.

4.1.1.- Problema jurídico a resolver: Bajo los términos del recurso de casación formulado por el demandado, corresponde dilucidar si la sentencia dictada por el tribunal ad quem, incumple con el requisito de la motivación, al haber reconocido la existencia de despido intempestivo fundamentándose en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, que no tiene el carácter de obligatorio.

4.1.2.- Consideraciones sobre la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación: 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 de 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. De otro lado, 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 resolutiva, ya que entre la una y la otra debe existir una relación de causa efecto y formar una unidad. Otro vicio imputable a la sentencia por medio de esta causal quinta, es la falta de motivación, garantía del derecho a la defensa de las personas que forma parte del debido proceso, según el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, norma concordante con el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.1.3.- Examen de los cargos: Dilucidar si la sentencia dictada por el tribunal ad quem, incumple con el requisito de la motivación, al haber reconocido la existencia de despido intempestivo fundamentándose en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, que no tiene el carácter de obligatorio.

4.1.3.1.- Para resolver el cargo de falta de motivación que se erige en contra de la sentencia impugnada, este Tribunal observa: a) El artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, prevé: *"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",* norma concordante con el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece como una facultad jurisdiccional esencial de las juezas y jueces, motivar sus decisiones. De la norma constitucional se colige que la motivación de la sentencia es una garantía del derecho de las personas a la defensa que forma parte del debido proceso, la cual impone a la autoridad pública la obligación de sustentar razonadamente sus decisiones, enunciando las normas o principios jurídicos en que se funda y explicando la pertinencia de la aplicación a los antecedentes de hecho. Al respecto, la Corte Constitucional para el período de transición ha manifestado que *"La necesidad de motivación de las sentencias no solamente radica en el hecho de que ésta se encuentre conforme con la ley, sino que en la motivación se hace presente la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial, pues, como señala Alfredo Gozaíni: 'la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa'. Corresponde al Juez argumentar los contenidos de su pronunciamiento con razones suficientes para que las partes tengan el convencimiento de que la decisión es justa (…)"* (Sentencia Nº 018-SEP-CC, Caso Nº 342-2009-EP; citada también en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional Nº 024-13-SEP-CC, Caso No. 1437-11-EP; y, Nº 113-SEP-CC, Caso 312-13-EP); por tanto, la motivación de las sentencias es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciables, así los primeros deben argumentar sus sentencias con las razones que ofrece el derecho para adoptarla, a fin de que las partes procesales tengan el convencimiento de que la decisión es justa, lo cual dota de legitimidad a las mismas.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, ha expresado que para que una sentencia se encuentre debidamente motivada, se precisa la concurrencia

de tres elementos como requisitos indispensables: razonabilidad; lógica; y, comprensibilidad; entendiéndose: "(...) razonable, en el sentido de que la decisión se fundamente en lo *dispuesto en la Constitución de la República; lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión general del caso; comprensible, en lo que se refiere al lenguaje que se utilice en la decisión, mismo que debe ser dirigido hacia el entendimiento por parte de la ciudadanía"* (Sentencia No. 073-14-SEP-CC, caso No. 0846-11-EP, de 16 de abril de 2014, p. 12; ver también Sentencia No. 009-14-SEP-CC, Caso No. 526-11-EP). Por lo tanto, el derecho al debido proceso en la garantía básica de la motivación, impone a juezas y jueces el deber de expresar en la sentencia los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan lo decidido, a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica y que deben ser expuestos con razonabilidad, lógica y comprensibilidad, con el objeto de que las partes tengan la convicción de que se dictó una resolución de fondo, basada en derecho.

4.1.3.2.- Bajo la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, el demandado sostiene que el tribunal de segunda instancia incumplió el deber de motivar la sentencia materia de este recurso, señalando que sustenta el despido intempestivo en un fallo de la Corte **Suprema de Justicia, que según el recurrente no tienen el carácter de obligatorio.**

4.1.3.3.- La sentencia dictada por los jueces de segunda instancia, respecto del despido intempestivo se pronuncian de la siguiente manera:

"5.6).- Corresponde analizar la eficacia del Visto Bueno en contra del trabajador, el cual ha sido impugnado ante la autoridad judicial, por ende lo allí actuado debe ser sometido al cumplimiento del debido proceso y a los principios de la Verdad Procesal, Tutela Judicial Efectiva de los Derechos y Seguridad Jurídica, por lo que la Sala realiza el siguiente análisis: a).- De fojas 214 a 265, consta el expediente integro de Visto Bueno tramitado en contra del trabajador hoy demandante remitido por el Departamento de Registro y Archivo del Ministerio de Trabajo, por medio del cual se ha concedido las pretensiones del empleador por considerar la Inspectora de Trabajo Abg. Roxana Zúñiga Rodríguez, que la conducta del trabajador se ha enmarcado en lo prescito en el numeral 2 del Art. 172 del Código del Trabajo que prescribe: 'Causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato.- El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno, en los siguientes casos: 2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados.' b).- Del precitado trámite se observa que este fue propuesto el 21 de julio del 2014 (fs. 215 vta), en el cual se solicitó la suspensión de labores del trabajador por el periodo de un mes (fs. 251 vta), siendo aceptado a trámite el 22 de julio del 2014, citándose al hoy actor el 23 de julio del 2014 (fs. 259); siendo resuelto a favor de la entidad hoy demandada el 20 de octubre del 2014 a las 15h30 (fs. 263 a 264). c).- De lo analizado se colige que el referido trámite de visto bueno con suspensión de labores tardó 2 meses y 28 días, por ende aquella resolución carece de eficacia jurídica, pues así lo señala la jurisprudencia de aplicación obligatoria, citándose de tantas, la constante en el Prontuario de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No 3 página 345, L.90.100 que entre otras cosas dice que: '…vencido el plazo garantizado por la consignación patronal para suspender la relación laboral al iniciar el trámite de visto bueno la resolución del inspector del trabajo carece de eficacia' [Gaceta Judicial No 3 página 345, L.90.100]; y por ello se ha configurado así el despido intempestivo aducido por el actor, y se ordena el pago de la indemnización establecida en el Art. 188 del Código del Trabajo y bonificación del Art. 185 ibídem.-"

4.1.3.4.- Para resolver el cargo formulado, es necesario remitirse a lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Casación, que dice: *"**Publicación y precedente**: Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia. La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema. Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o*

tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución.".

De la norma legal citada se coligen dos puntos fundamentales para el análisis materia de este recurso, el primero, que se refiere a que toda sentencia dictada dentro del recurso de casación tiene el carácter de precedente para la aplicación de la Ley; y, el segundo, que la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, con excepción de la propia Corte Suprema de Justicia. En concordancia con la norma referida, la Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia, el 1 de abril de 2009, en la que dicta las normas de procedimiento respecto del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial No. 572, del 17 de abril de 2009, en su artículo 4, señala lo siguiente: "Jurisprudencia Obligatoria: La jurisprudencia obligatoria expedida con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República, se rige por las norma prevista en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley de Casación, mientras que la nueva, por los artículos 185 de la Constitución y 182 del Código Orgánico General de la Función Judicial.". La Corte Nacional de Justicia, en el artículo 4 de la referida resolución, aclara la aplicación de los precedentes jurisprudenciales expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República, señalando que se rigen por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley de Casación, esto es, que la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes; mientras que la nueva jurisprudencia estará a lo dispuesto en el artículo 185 de la norma suprema y artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir, 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 si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

4.1.3.5.- En este contexto, el fallo dictado por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, sustentan su reconocimiento de la indemnización por el despido intempestivo, en la *"jurisprudencia de aplicación obligatoria, citándose de tantas, la constante en el Prontuario de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No. 3 página 345, L.90.100"*; como se puede constatar, el tribunal de alzada afirma que existe jurisprudencia de aplicación obligatoria, y únicamente se refiere a una sentencia, cuando el inciso segundo del artículo 19 de la Ley de Casación, dispone que la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante, de esta manera, para respaldar que dicho criterio tiene tal efecto, correspondía referirse a tres fallos y no solamente a uno; pues al determinar la procedencia de la indemnización por despedido intempestivo, fundados en la tesis que *"vencido el plazo garantizado por la consignación patronal para suspender la relación laboral al iniciar el trámite de visto bueno la resolución del inspector del trabajo carece de eficacia"*, *sin tomar en cuenta el inciso segundo del artículo 19 ibídem, por lo que la conclusión arribada por los jueces de segunda instancia es arbitraria, constatándose de esta manera, que el fallo recurrido no cumple el requisito de razonabilidad. En relación al criterio de lógica, este Tribunal observa que el fallo bajo examen, tampoco satisface con este requisito, pues la sentencia pierde coherencia al aplicar a los hechos demostrados, una jurisprudencia, que según el tribunal ad quem es de carácter obligatorio y vinculante, sin tener presente el inciso segundo del artículo 19 de la Ley de Casación, lo que conlleva que la conclusión arribada, respecto de la procedencia de la indemnización de despido intempestivo, no esté debidamente sustentado con las normas aplicables al caso concreto.* Por último, el elemento de comprensibilidad del fallo, si es verdad que la sentencia está redactada en un lenguaje claro y sencillo, que permite entender el contenido de la misma, al no haber cumplido con los parámetros de motivación necesarios, lleva como resultado que la sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, vulnera lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República, que establece como garantía del debido proceso, que toda autoridad pública motive sus resoluciones; así como lo dispuesto en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe que las sentencias y en los autos, decidirán con claridad los puntos materia de la controversia, fundándose en la ley, en mérito del proceso, a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios,

y, en los principios de justicia universal; por ende, los cargos formulados por el recurrente proceden, por lo que corresponde casar la sentencia.

4.2.- ACUSACIONES CON CARGO A LA CAUSAL PRIMERA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN: Con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, el demandado ha señalado que los jueces del tribunal de apelación inaplicaron lo dispuesto en el artículo 183 del Código del Trabajo, al declarar con lugar la demanda a pesar que no impugnó una resolución de visto bueno, sino su trámite, el cual estaba pendiente de resolución a la fecha de presentación de la demanda. Según lo expuesto por el casacionista, no es procedente impugnar un trámite de visto bueno no resuelto, no es susceptible de impugnación, pues equivale a un conjunto de actos de simple administración. En relación al cargo señalado, el recurrente afirma que a la fecha de impugnación del trámite de visto bueno, el vínculo de trabajo entre el accionante y la compañía demandada no había concluido. Además la parte demandada reitera que el tribunal de alzada, inaplicó normas de la Constitución de la República del Ecuador y del Código Orgánico de la Función Judicial, al tomar en consideración un fallo de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial No 3 página 345, L.90.100, el cual no tiene el carácter de obligatorio, pues según el recurrente, la Corte Nacional de Justicia es el organismo al que le corresponde determinar que precedentes jurisprudenciales tienen el carácter de obligatorios, según lo previsto en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.2.1.- Problema jurídico a resolver: De conformidad con el planteamiento del recurso, corresponde determinar si el tribunal ad quem ha incurrido en falta de aplicación del artículo 183 del Código del Trabajo, al aceptar la demanda de impugnación del trámite de visto bueno, previo a que el inspector de trabajo emita la resolución correspondiente.

4.2.2.- Consideraciones sobre la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación: 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 parte dispositiva";* está reservada a los errores de juzgamiento conocidos como "in iudicando", cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva, 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, se trata de tres tipos de transgresión, esto es, a) Aplicación indebida que se configura cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla y que según Humberto Murcia Ballén: *"Emana, pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica"* (Recurso de Casación Civil, 4ta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966, p. 322) o como señaló la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, al decir: *"Cuando el Juzgador entiende rectamente la norma, pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido"*. (Dr. Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 183). b) Falta de aplicación, se produce en el momento que quien juzga no aplica la norma que corresponde al caso que se está litigando, por lo que se conoce a este error como de omisión; de ahí que la misma Primera Sala de lo Civil y Mercantil al referirse a esta clase de transgresión expreso: *"Cuando el juzgador deja de aplicar en el 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 acogida"*. (ob. cit. p. 183); y, c) Errónea interpretación, que tiene lugar cuando siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, quien juzga le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley y por ello la Sala de lo Civil y Mercantil referida señaló que se produce en este vicio de juzgamiento: *"Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene" (ob. cit. p. 183). En este sentido Humberto Murcia Ballén expresó: "Muy distinta a las dos anteriores es la esencia de la violación*

por interpretación errónea de la ley. No se trata, en esta clase de quebranto, como ocurre en las dos atrás analizadas, de un yerro de 'diagnosis jurídica', o de uno de relación entre el hecho especifico concreto y el hecho hipotetizado por la norma jurídica, sino de un error acerca del contenido de ésta". (ob. cit. p. 324). 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, y que sobre ello el doctor Santiago Andrade Ubidia sostuvo*: "Respecto a la causal primera, también es imprescindible realizar la 'proposición jurídica completa': no es suficiente señalar una norma de derecho sustantivo, sino que deberá examinarse si ella contiene una proposición jurídica."* (ob. cit. p. 203) y para que ello ocurra es necesario que se precisen todas las disposiciones legales que la constituyen; de modo que si se fundamenta el Recurso en esta causal se debe puntualizar el vicio o yerro, teniendo en cuenta que éstos 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.

4.2.3.- Examen de los cargos: Determinar si el tribunal ad quem ha incurrido en falta de aplicación del artículo 183 del Código del Trabajo, al aceptar la demanda de impugnación del trámite de visto bueno, previo a que el inspector de trabajo emita la resolución correspondiente.

4.2.3.1.- Respecto del cargo formulado por el casacionista, que hace referencia a la indebida aplicación del artículo 183 del Código del Trabajo, señala que la parte accionante impugna el trámite de visto bueno, más no su resolución.

4.2.3.2.- El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en relación al artículo 183 del Código de Trabajo, señala lo siguiente: *"QUINTO: Argumentación.- 5.1).- Por la naturaleza de esta demanda, la relación de trabajo no ha sido motivo de controversia, puesto que esta causa versa sobre la impugnación de un trámite administrativo de Visto Bueno en contra del trabajador; impugnación que es factible ante la jurisdicción de los jueces laborales conforme lo determina el segundo inciso del Art. 183 del Código de Trabajo que prescribe: 'La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio.'. Para determinar la antigüedad de labores del accionante, se estará a la petición de Visto Bueno en la que se corrobora la fecha expuesta en los fundamentos de hecho de la demanda lo cual se verifica a fojas 250, y con la historia laboral del actor, la cual consta de fojas 202 a 208, corroborándose la antigüedad de labores, por ello se establece que la relación laboral inició el 18 de agosto de 1993, con una última remuneración de $924,48 dólares."*

4.2.3.3.- El recurso de casación de la parte demandada, argumenta que existe falta de aplicación del artículo 183 del Código de Trabajo, pues desde el punto de vista del recurrente, no es procedente impugnar el trámite administrativo de visto bueno, sino la resolución emitida de dicho proceso, por lo tanto, considera que la acción legal iniciada por el demandante es prematura. Para analizar este recurso, se debe partir que la parte accionante ha demandado el despido intempestivo a la Compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., objetando el trámite de visto de bueno No. 170345-2014, que se sustanció ante la Inspectora de Trabajo de Ríos - Quevedo, Roxana Zúñiga Rodríguez, en el que se dispuso la suspensión de la relación laboral, argumentando que había transcurrido 35 días desde la fecha de calificación de la petición de visto bueno, sin que la autoridad de trabajo, emita la resolución correspondiente, de esta manera demanda el pago de la indemnización por despido intempestivo, desahucio, jubilación patronal y demás derechos laborales. Bajo los argumentos del accionante, el tribunal ad quem, en el considerando quinto del fallo recurrido, señala que: *"Por la naturaleza de esta demanda, la relación de trabajo no ha sido motivo de controversia, puesto que esta causa versa sobre la impugnación de un trámite administrativo de Visto Bueno en contra del trabajador; impugnación que es factible ante la jurisdicción de los jueces laborales conforme lo determina el segundo inciso del Art. 183 del Código de Trabajo (…)".* Este Tribunal constata que los jueces de segunda instancia han incluido dentro de las consideraciones del fallo recurrido lo dispuesto en el artículo 183 del Código Laboral, es decir, han aplicado dicha disposición legal para llegar a determinar que es factible impugnar el trámite administrativo de visto bueno; no obstante las falencias en la interposición del recurso de casación de la parte demandada, este fue admitido a trámite por el Conjuez de la Sala Laboral de la Corte Nacional

de Justicia, y en observancia del principio de preclusión de la fase de admisibilidad, el Tribunal de Casación se pronunciará respecto del fondo del recurso, centrando el punto en discusión en determinar si es procedente impugnar el trámite de visto bueno, previo a que el inspector de trabajo emita la resolución correspondiente. Al respecto, el artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo, señala *que "La resolución del inspector no quita el derecho de acudir ante el Juez del Trabajo, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio."*. Siendo el visto bueno una causa para la terminación del contrato individual, el artículo 183 inciso segundo del Código Laboral, busca que el órgano jurisdiccional revise la actuación del inspector de trabajo, a través de la resolución emitida respecto de la petición de visto bueno formulada por el empleador, para garantizar que la forma en que concluyó el vínculo laboral no esté apartada de los principios y garantías previstas a favor de los trabajadores. De esta manera, la norma legal citada, establece el derecho a impugnar ante el juez de trabajo competente, las resoluciones emitidas por el inspector de trabajo dentro del trámite administrativo de visto bueno, para el efecto, otorga a la decisión tomada por el inspector de trabajo el carácter de informe, el cual deberá ser apreciado por el juzgador, contrastando con la prueba practicada por las partes dentro del proceso judicial. En el caso bajo examen, el tribunal de alzada en la sentencia materia de este recurso, manifestó que la acción propuesta por Ángel Crisanto Rodríguez Segovia, con la cual impugna el trámite administrativo de visto bueno iniciado en su contra por la Compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., es *"factible"* según el artículo 183 inciso segundo del Código del Trabajo, afirmación que este Tribunal no comparte, pues la norma legal señalada tutela el derecho del trabajador para acudir al juez competente e impugnar la resolución emitida por el inspector de trabajo, pero no del trámite pendiente de resolución pues de manera lógica se establece que en ese momento no hay una decisión administrativa que cause gravamen a la accionante, por lo tanto, el tribunal ad quem incurrió en un yerro al aceptar la demanda de impugnación del trámite de visto bueno.

4.2.3.5.- En relación al cargo que el tribunal de alzada, inaplicó normas de la Constitución de la República del Ecuador y del Código Orgánico de la Función Judicial, al tomar en consideración un fallo de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Prontuario de Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial No 3 página 345, L.90.100, el cual no tiene el carácter de obligatorio, pues según el recurrente, la Corte Nacional de Justicia es el organismo al que le corresponde determinar que precedentes jurisprudenciales tienen el carácter de obligatorio, según lo previsto en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, se debe advertir que este ya fue resuelto anteriormente. Este Tribunal observa que el recurso interpuesto por la parte demandada, sustenta un mismo punto de la sentencia al amparo de dos causales diferentes del artículo 3 de la Ley de Casación, pretendiendo en esta causal reeditar el problema jurídico ya analizado en la causal quinta, en oposición a la ley y la doctrina que sostienen que dada la naturaleza técnica jurídica del recurso de casación, y por la vigencia del principio dispositivo, que exige que los recurrentes formulen cada cargo dentro de la respectiva causal, señalando los fundamentos en los que apoya el recurso, explicando de qué manera ha influido en la parte dispositiva de la sentencia cada uno de los cargos alegados, y sin que exista la posibilidad de combinar las causales para estructurar el mismo cargo en dos o más de ellas, por lo que las acusaciones formuladas devienen en improcedentes.

QUINTO.- SENTENCIA DE MÉRITO:

5.1. Demostrados los cargos formulados en contra de la sentencia, es procedente el recurso de casación, por lo que en virtud del artículo 16 Ley de Casación hay mérito para casar la sentencia impugnada y en su lugar emitir la que en derecho corresponda corrigiendo estos errores y para hacerlo se considera: 5.2. Antecedentes: Con fecha con fecha 27 de agosto de 2014, Ángel Crisanto Rodríguez Segovia demanda en juicio laboral a la Compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., manifestando que trabajó para la empresa referida desde el 18 de agosto de 1993, iniciando en calidad de guardia de seguridad, luego como jefe de campo, hasta llegar a la posición de administrador de una hacienda de propiedad de la accionada. De igual manera afirma que hasta 22 de julio de 2014, fecha en la cual es notificado con una petición de visto bueno, con suspensión de la relación laboral solicitado por el empleador, la misma que excedió el tiempo en que debía ser resuelta, por lo tanto, considera que fue despedido intempestivamente. El accionante en su pretensión solicita el pago de la indemnización por despido

intempestivo, bonificación por desahucio, las decimoterceras y decimocuartas remuneraciones, vacaciones proporcionales, pago de la diferencia de la prima de productividad, los 22 días de julio laborados y no cancelados, con el triple de recargo, jubilación patronal proporcional, horas suplementarias y extraordinarias y utilidades empresariales del año 2014.

5.3. Hechos probados: En el presente juicio se establecen como hechos probados los siguientes:

5.3.1. La existencia de la relación laboral no fue objeto de discusión, pues la parte demandada no negó que existiera este vínculo, incluso el proceso se centró en la eficacia jurídica del trámite de visto bueno propuesto por la compañía demandada en contra del trabajador.

5.3.2. La fecha de inicio de la relación laboral es 18 de agosto de 1993, la cual fue acreditada por la petición de visto bueno, fs. 250, y con la historia laboral del actor, la misma que consta de fs. 202 a 208, corroborándose el tiempo de servicio.

5.4. De fs. 214 a 265, se observa copias certificadas del expediente administrativo del trámite de visto bueno signado con el número 170345-2014, presentado el día 21 de julio de 2014 ante el Inspector de Trabajo de Los Ríos con sede en Quevedo, que por el sorteo correspondiente conoció Roxana Zúñiga Rodríguez, Inspectora de Trabajo, el cual fue propuesto por la compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., en contra de Ángel Crisanto Rodríguez Segovia, alegando que la conducta del trabajador se ha enmarcado en lo prescito en el numeral 2 del artículo 172 del Código del Trabajo, además solicitando la suspensión de la relación laboral, según lo previsto en el artículo 622 del Código del Trabajo; con fecha 22 de julio del 2014, la inspectora de trabajo admitió a trámite la petición de visto bueno presentado por el empleador, procediendo a notificar al trabajador el día 23 de julio de 2014, según se constata a fs. 259; y, con fecha 20 de octubre de 2014, la Inspectora de Trabajo dicta la resolución aceptando el visto bueno formulado por el empleador, según se desprende de fs. 263 a 264.

Al respecto, el Código Laboral en el artículo 169 enumera las causas de orden legal para la terminación del contrato individual de trabajo, estableciendo como dos de ellas las constantes en los numerales 7 y 8 de esa norma, esto es, por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 del Código de Trabajo; o, por voluntad del trabajador según el artículo 173 ibídem, en ambos casos previo visto bueno. El trámite de visto bueno se halla previsto en el artículo 621 del Código Laboral y prevé que el Inspector de Trabajo que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo de conformidad con los artículos 172 y 173 ut supra, debe notificar al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste la petición; luego, con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y finalmente, dictará su resolución motivada dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno, de conformidad con lo señalado en el artículo 183 del cuerpo normativo antes referido. Se debe considerar que si el visto bueno es peticionado por la parte empleadora, ésta podrá solicitar de ser pertinente, la suspensión inmediata de relaciones laborales, siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, la misma que será entregada al trabajador si el visto bueno fuere negado; en este caso, además, el empleador deberá reintegrarle a su trabajo, so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo, de conformidad con lo previsto del artículo 622 ibídem. Por otra parte, el artículo 183 del Código del Trabajo, también dispone que la resolución del Inspector de Trabajo, no impide el derecho de acudir ante el Juez de la materia, pues, sólo tendrá valor de informe que se lo apreciará con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio. De lo expuesto se colige que el visto bueno, es uno de los mecanismos para dar por terminado el contrato de trabajo, y consiste en una diligencia de carácter administrativo que se realiza ante el Inspector de Trabajo, quien tiene facultad privativa para conceder la autorización respectiva a fin de que se dé por terminada una relación laboral cuando una de las partes ha incurrido en una o varias de las causales previstas en los artículos 172 o 173 del Código del Trabajo, respectivamente. Por tanto, el visto bueno al ser una institución de orden legal debe seguir el trámite respectivo para que la autoridad administrativa laboral, esto es el Inspector de Trabajo, luego de cumplir con el debido proceso, conceda o niegue el visto bueno, lo que en derecho significa que aquella autoridad en estricto derecho lo que hace es autorizar o no la terminación de la relación laboral a quien lo solicita.

A la luz de las disposiciones legales señaladas, se observa que el hecho que el inspector de trabajo no resuelva la solicitud de un visto bueno, en el cual se haya dispuesto la suspensión de la relación

laboral del trabajador, dentro del plazo dispuesto por la ley, sino en dos meses y veinte y ocho días, como ocurre en la presente causa, no significa que su efecto sea el reconocimiento de la indemnización de despido intempestivo, pues el artículo 622 del Código del Trabajo dispone que: *"En los casos de visto bueno el inspector podrá disponer, a solicitud del empleador, la suspensión inmediata de las relaciones laborales, siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, la misma que será entregada al trabajador si el visto bueno fuere negado. En este caso, además, el empleador deberá reintegrarle a su trabajo, so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo."*; en consecuencia, la citada disposición legal únicamente refiere tal efecto, en el caso que el visto bueno fuere negado por el inspector del trabajo y el empleador no reintegre al trabajador a su puesto de trabajo; de igual manera, acoger el argumento del accionante, implicaría castigar al empleador y peticionario al transferir una responsabilidad que no le corresponde asumir, pues la dilación en el despacho de la resolución incumbe al inspector de trabajo competente y no a las partes; por último, una vez presentada la petición de visto bueno por parte de la compañía REYBANPAC REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., era su derecho recibir atención y respuesta motivada, como consta consagrado en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República.

Como ha quedado expuesto, el actor al no haber justificado la existencia del despido intempestivo alegado en su libelo de demanda, pues se ha evidenciado que la relación laboral concluyó según lo previsto en el artículo 169 numeral 7 del Código del Trabajo, esto es, por visto bueno formulada por la parte empleadora y concedido por la inspectora de trabajo de los Ríos con Sede en Quevedo, abogada Roxana Zúñiga Rodríguez, según la resolución dictada el 20 de octubre de 2014, en consecuencia no procede el pago de la indemnización por despido intempestivo, ni la bonificación por desahucio y la indemnización jubilar proporcional, conforme lo señala el artículo 188 del Código del Trabajo en su parte pertinente dispone: *"Art. 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala: (…) 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. (…) 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. (…)"*.

En relación a los demás rubros, las decimoterceras y decimocuartas remuneraciones, vacaciones proporcionales, pago de la diferencia de la prima de productividad, el pago de los 22 días de julio laborados y no cancelados, con el triple de recargo, pago de horas suplementarias y extraordinarias y utilidades empresariales del año 2014, se estará a lo ordenado por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

DECISIÓN:

Por 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,** casa parcialmente la sentencia dictada por la Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, de fecha 4 de septiembre de 2015, y declarando sin lugar el pago de la indemnización por despido intempestivo, bonificación por desahucio y pensión jubilar proporcional, ratificando los valores ordenados y mandados a pagar por los jueces de segunda instancia. De conformidad con el artículo 17 de la Ley de Casación, se dispone la entrega del cincuenta por ciento de la caución a favor de Ángel Crisanto Rodríguez Segovia, y el otro cincuenta por ciento se devolverá al demandado. Sin costas, ni honorarios que regular. Actúe el Secretario/a relator/a encargado/a. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi; JUEZA NACIONAL; y, Dra. Rosa Jacqueline Alvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E).

Gaceta Judicial

año 2018

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Causa Nro. *12331-2016-00845*
Resolución Nro.*158-2018*
Fecha: *5 de septiembre del 2018*

TEMA: Reivindicación de inmueble. Para la singularización del inmueble existen varios elementos que el juzgador deberá sopesar, las diferencias mínimas en las dimensiones del bien que se pretende reivindicar no son motivo suficiente para afirmar que dicho bien no está debidamente singularizado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora demanda la reivindicación de un inmueble; señala que adquirió el cincuenta por ciento de derechos y acciones fincados en el mismo. Que los demandados se encuentran en posesión sin su consentimiento. Los demandados contestan y reconvienen y solicitan se declare a su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. El juzgador de primera instancia considera que no se demuestra que las demandadas se encuentren en posesión pacífica e ininterrumpida. La prueba presentada por la actora no cumple los requisitos, ya que el informe pericial señala que el área del terreno no coincide con lo manifestado por la actora en su demanda; además de que la misma actora reconoce que uno de los demandados ha desocupado el inmueble. Por lo que se declara sin lugar la demanda y sin lugar la reconvención.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Inconforme con tal decisión la actora presenta recurso de apelación. El Tribunal de apelación encuentra que la actora solicita la reivindicación de un predio de 525 metros cuadrados, y que la parte demandada solicita la prescripción adquisitiva de dominio de un predio de 525 metros cuadrados. El informe pericial señala una cabida de 480 metros cuadrados; por lo que consideran que ni la demanda ni la contrademanda cumplen con el requisito de singularización del inmueble. En consecuencia confirma en todas sus partes la sentencia de primer nivel.

SÍNTESIS DE CASACIÓN

La parte actora presenta recurso de casación al amparo del caso 2 del artículo 268 del COGEP, por vulneración del artículo 95.7 de ese Código. Sostiene que la sentencia carece de motivación; que tiene derecho de propiedad de la cuota determinada en el terreno. Que determinó con claridad las medidas, linderos y cabida de bien objeto de la demanda. El Tribunal de casación señala que los jueces se limitan a realizar un análisis genérico de los hechos, y citan disposiciones legales, pero omiten mencionar precedentes jurisprudenciales obligatorios, no se realiza un razonamiento lógico sobre la singularización del inmueble; por lo que se acepta el cargo, casa la sentencia y emite la correspondiente de mérito.

La actora demuestra ser la dueña del bien, mediante la escritura pública de compraventa. Respecto a la singularización del bien, señalan la Resolución No. 525-2011 emitida por la ex Segunda Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, que señala que para la identificación de un inmueble existen varios elementos, de modo que el juzgador sopesará todos los aspectos para determinar la identificación del inmueble, las pequeñas diferencias en linderos, no son razón suficiente para señalar que el bien

no está debidamente singularizado. Consecuentemente declara con lugar la demanda y dispone la entrega del bien.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 12331-2016-00845

Juez Ponente: Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, miércoles 5 de septiembre del 2018, las 15h44.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

Luisa Cecilia Abad Mata presentó demanda de reinvindicación en contra de Hercilia María, Rosa Janeth Carpio Rosado y Ángel Esteban Carpio Andrade. El Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, mediante sentencia de 30 de junio de 2017, las 16h10, declara sin lugar la demanda; la parte actora interpone recurso de apelación de la sentencia, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, en fallo de 21 de noviembre de 2017, las 13h01, rechaza el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia subida en grado.

2. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. Sustanciación del recurso

De la decisión de última instancia, la señora Luisa Cecilia Abad Mata interpuso recurso extraordinario de casación, que ha sido admitido parcialmente a trámite por la doctora María Alejandra Cueva Guzmán, Conjueza Nacional, mediante auto dictado el 31 de mayo de 2018, las 16h16, razón por la cual accede, previo sorteo, a este Tribunal para su conocimiento y resolución.

2.2. Cargos admitidos

El cargo admitido se encuentra fundamentado en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, esto es: por vulneración del Art. 95.7 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3. Audiencia oral y pública

De conformidad con el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos se convocó a audiencia oral de fundamentación de la presente impugnación, llevada a efecto el 8 de agosto de 2018, las 15h30.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Tribunal de esta Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, conformado por el Conjuez Nacional, Wilman Gabriel Terán Carillo, en reemplazo de Beatriz Suárez Armijos, mediante oficio No. 1352-SG-CNJ-ROG de 30 de julio de 2018, Conjueza Nacional, María Alejandra Cueva Guzmán, en reemplazo de María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, mediante oficio No. 1410-SG-CNJ-ROG, de 8 de agosto de 2018 y, el juez nacional encargado doctor Carlos Teodoro Delgado Alonzo, en virtud del oficio No. 398-SG-CNJ de 26 de febrero de 2018, quien actúa como ponente, es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud del sorteo previo realizado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en coherencia con los artículos 183 y 190 del Código Orgánico de la Función Judicial y las Resoluciones dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2018 de 26 de enero de 2018 y No. 02-2018 de 1 de febrero de 2018.

4. RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

La casación es un recurso limitado, extraordinario y supremo, de competencia exclusiva de la Corte Nacional de Justicia, establecido para el control de legalidad en determinadas decisiones judiciales dictadas en última instancia. Es también un recurso eminentemente formalista, que depende en su estructuración de la debida observancia de las exigencias técnicas previstas en la norma específica y la jurisprudencia aplicable, pues sus falencias imposibilitan a la Sala de Casación efectuar el correspondiente control de legalidad. La oportunidad en su activación y correcta interposición determinan la procedencia del mismo en armonía con las causales invocadas, siendo su objetivo atacar la decisión que se recurre para casarla (invalidarla o anularla) por los vicios de fondo o forma que puedan ser detectados en el examen casacional.

5. ALEGACIÓN POR PARTE DE LA RECURRENTE

La casacionista al fundamentar su recurso en audiencia con apego al documento escrito, sostiene:

- Que la sentencia carece de motivación y que esto influyó para que se declare sin lugar la demanda; que ella tiene el derecho de propiedad de la cuota determinada en el terreno en Litis y que, este derecho se encuentra acreditado "*(…) con la escritura pública de compraventa y aclaratoria, agregada a la demanda, que acreditó mi derecho de propiedad, instrumentos públicos que dan fe en forma pública y notoria";* que la sentencia contiene motivación inadecuada, incongruente con la verdad procesal.
- Con sustento en el artículo 933 del Código Civil señala que "*(…) en la demanda, determiné con claridad las medidas, linderos y cabida del bien a reivindicar, cumpliéndose ese elemento sine quanon de la reivindicación, en tal razón es indebidamente motivada y no guarda coherencia con lo actuado en el proceso, pues, que exista una diferencia de 45 metros cuadrados entre la singularización determinada en la demanda y la superficie resultante del Informe Pericial, no significa que no se haya singularizado y tampoco significa que esa diferencia constituya falta de identidad material entre el bien descrito en la demanda y el bien inspeccionado, como erradamente lo sostiene la sentencia (…);* siendo esto, un error de cálculo en la determinación de la superficie.
- Que el derecho a que se reivindique la posesión de la cuota de terreno proindiviso de cosa singular ocupada por los demandados, es un derecho determinado en los Arts. 934 al 936 del Código Civil; Art. 321 de la Constitución de la República del Ecuador y que se "*(…) requiere protección por sobre cualquier error o falencia matemática de poca relevancia, cuando es claro que el inmueble inspeccionado es el mismo materia de la Litis. Más bien se aprecia de la sentencia el vicio de incongruencia, con un excesivo rigurismo en cuanto a la superficie de la cuota mismo que se reclama en la demanda, se pretende que entre uno y otro, no existe coincidencia, algo muy distinto a que entre lo reclamado y lo inspeccionado, exista diferencia de superficie, lo cual es perfectamente aceptable en razón de los errores de los seres humanos en cuanto a precisar superficies (…)"*
- Afirman que, en la sentencia el Tribunal de Alzada señala "*(…) no existe identidad material entre el inmueble descrito en la demanda, y lo manifestado por el perito (…)"* y que "*(…) Respecto a que los demandados sea la persona que se encuentre en posesión del predio que se quiere reivindicar; esto se encuentra justificado con la contestación dada a la demanda (…)"* sosteniendo que tanto el bien inmueble en posesión como el que fue objeto de la inspección judicial, es el mismo terreno, aduciendo incongruencia en la sentencia impugnada.

Con estos antecedentes, el análisis y decisión que corresponde a este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo, de inmediación y concentración establecido en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, queda restringido a los términos expuestos por el recurrente en la audiencia oral pública de fundamentación del recurso de casación.

6. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

En virtud de los puntos a los cuales la casacionista contrae el recurso, al Tribunal, le corresponde resolver:

6.1 ¿Procede la acción reivindicatoria, cuando existen pequeñas diferencias de metros en los linderos del bien a reivindicar, entre el certificado emitido por el Registrador de la Propiedad y el informe pericial de Inspección Judicial efectuado en el juicio, pese a la identificación previa de elementos de ubicación, cabida, colindante y posesión del demandado, del bien inmueble?

7. ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

7.1. Corresponde a este tribunal, referirse a la acusación sustentada en el caso dos del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: "*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 el requisito de motivación.",* que refiere exclusivamente a los vicios que afectan la sentencia; contempla la violación de normas relativas a la estructura, contenido y forma de la sentencia; enfocándose de dos maneras: 1.-Por defectos de la estructura del fallo, es decir por falta de requisitos exigidos por la Ley para la sentencia; y, 2.-Por la adopción de disposiciones contradictorias en la parte dispositiva.

7.2. La Constitución de la República, entre los derechos de protección, establece el debido proceso, que promueve las garantías básicas, entre estas el derecho a la motivación, consagrado en el artículo 76 numeral 7 letra l) que dispone: "*Las resoluciones*

de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho."

7.3. El artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, obliga a las juezas y jueces a ejercer las atribuciones jurisdiccionales: *"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.".*

7.4. El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 89, dispone "*(…) 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."*

7.5. Desde la perspectiva constitucional, la motivación es el elemento más importante del fallo, pues es en ella donde debe armonizar los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho, respaldando la decisión del juez. "*La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de la 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..."*[1].

7.6. Desde esa óptica, la recurrente manifiesta que la sentencia impugnada carece de motivación, ya que es ilógica y absurda; al respecto, la Corte Constitucional en sentencia No. 010-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1250-11-EP, señaló que "*(…) la motivación tiene condiciones mínimas a saber: debe ser razonable, lógica y comprensible; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar conflictos, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniencia de los enunciados normativos utilizados".* Sobre estos requisitos, el Pleno de la Corte Constitucional en sentencia No. 017-14-SEP-CC dictada dentro se la causa No. 0401-13-EP expresó*: "(…) 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."*

7.7. Para el efecto, el caso en estudio, es una acción reivindicatoria, que precautela el derecho del propietario no poseedor para que el poseedor no propietario le restituya la cosa que le pertenece, por lo que en esta clase de juicios, la actora lo que persigue es la defensa y reconquista de su propiedad. Esta institución jurídica proporciona al propietario del bien o la cosa, el derecho a recuperarla de manos de terceras personas, así lo señala el Dr. Juan Larrea Holguín "*(…) con la reivindicación se pretende proporcionar la más común defensa de los derechos reales. Primeramente de la propiedad (…)"*[2] la propiedad considerada como la "*(…) facultad de usar, gozar y disponer de una cosa, no siendo contra las leyes o derecho ajeno (…)"*[3].

7.8. El jurista Leonardo Rivas Cadena, señala que *"(...) lo medular de la figura reivindicatoria se centra en ser una acción, y una acción real, de dominio, mediante la cual el propietario persigue la cosa suya que no la tiene en posesión; carencia de posesión que puede ocurrir ya porque no le ha sido entregada por quien le fue transferido el derecho a ella, o porque ha sido privado de la que ya la tenía"*[4]

7.9. El artículo 933 del Código Civil,[5] establece tres presupuestos fundamentales de cumplimiento obligatorio, para que prospere una acción

---

[1] De la Rúa, Fernando, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, p.146.
[2] Larrea Holguín Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, 2002, pág. 495.
[3] Couture Eduardo, Vocabulario Jurídico. 3ra. Edición, 2004, pág. 601.
[4] Leonardo Rivas Cadena, Derecho Civil, Tomo III, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1982, p.175.
[5] Art. 933 del Código Civil.La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

reivindicatoria: a. Dominio de parte de quien reclama; b.- Posesión actual del demandado; c.- Singularización del bien. Al respecto, la jurisprudencia en este sentido se ha pronunciado que "*(…) para su procedencia se requiere de tres requisitos, el dominio de parte del actor, la posesión del demandado y la singularización de la cosa, en forma tal de cualquiera de ellas torna improcedente la acción (…)*"[6]

7.10. En la sentencia impugnada, los jueces que la emiten, se limitan a realizar un análisis genéricos de los hechos, y citar disposiciones legales, pero omiten mencionar precedentes jurisprudenciales obligatorios adecuados al caso, para subsumir los hechos en la norma legal, dejando de realizar un razonamiento lógico y jurídico sobre la singularización del inmueble, que sirvió para fundamentar su decisión y declarar sin lugar la demanda de reivindicación, expresando que: "*(…) 3) de fojas 385 a 391 consta el informe pericial el mismo que en sus conclusiones ha manifestado que el bien inspeccionado tiene un área de terreno de 480 metros cuadrados, por lo que se concluye, que el inmueble que se pretender reivindicar no es el mismo, por tanto no se encuentra debidamente identificado y singularizado ; por lo que se encuentra incumplido este requisito no existe identidad material entre el inmueble descrito en la demanda, y lo manifestado por el perito. (…)*". (Sic). En razón de aquello, se acepta el cargo propuesto y de conformidad con en el artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, dicta sentencia de mérito, en los siguientes términos:

7.10.1. Para que opere la reivindicación o acción de dominio, se debe cumplir los requisitos fundamentales establecidos en los artículos 933, 937 y 939 del Código Civil. Que, quien la ejerza tenga la propiedad plena, o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. De los recaudos procesales se evidencia que la actora justifica en legal y debida forma ser la legítima propietaria del bien inmueble en litigio, con la escritura pública de compraventa celebrada entre Jorge Adalberto Calderon Castillo, representante de la Iglesia de Dios Pentecostal Movimiento Internacional Región Ecuador, a favor de Luisa Cecilia Abad Mata, el 10 de marzo del 2016, en la Notaría Novena del cantón Guayaquil (fs. 14 a 43); documento público que fue inscrito en el Registro Municipal de la Propiedad del cantón Quevedo, el 17 de agosto de 2016 (fs. 345 a 346).

7.10.2. Con referencia al segundo requisito, esto es, la singularización del bien inmueble en juicios de reivindicación, la ex Segunda Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional, ha señalado que "*(…) para la identificación del bien inmueble existen varios elementos como son la ubicación, cabida, linderos y colindante, de modo que el juzgador deberá sopesar todos estos aspectos para determinar si existe clara identificación del bien objeto de la demanda con aquello que está en posesión del demandado, según la verificación que se realice en la inspección judicial y con la ayuda de peritos,* ***sin que pequeñas diferencias en los linderos, como son de unos metros, aun tratándose de predios rurales de grandes extensiones, sea suficiente para declarar, como en el presente caso, que el bien no está debidamente singularizado;*** *pues es necesario considerar que el bien inmueble descrito en la demanda y que es el objeto de la acción reivindicatoria tiene la misma ubicación, el sitio…, parroquia… del cantón…, en sus linderos corresponde a los mismos colindantes, posesión de la demandada, existiendo mínimas diferencias en cuanto a las dimensiones(…)*" (R.O.S. No. 406 de 6 de marzo de 2013. Resolución No. 525-2011). (el énfasis nos corresponde).

En el caso en análisis, se cumple con el requisito de singularización, al verificar la existencia total del bien inmueble, en su ubicación, cabida, colindantes y la posesión de los demandados; pues, el informe técnico pericial de inspección judicial efectuado por el perito designado Ing. Jimmy Humberto Reyes Caisapanta (fs. 385 a 391), señala que según levantamiento realizado el área de terreno es de "…A= 480,00 m2."; y, el certificado emitido por el Registrador de la Propiedad del cantón Quevedo (fs. 345 a 346), señala que: "…la superficie de 525,00m2…". Por lo que, el hecho de existir diferencias mínimas entre sus dimensiones parciales, no es motivo suficiente para afirmar que no guarda similitud con las consignadas por la actora en su escrito de demanda.

7.10.3. La posesión del inmueble por parte de los demandados, se ha acreditado con la propia contestación a la demanda que determina "… *por cuanto he estado en posesión del bien inmueble materia de la Litis, desde el año 1972, de forma ininterrumpida*

[6] Colección de Jurisprudencia, Ediciones Legales, 1998, pág. 50

por más de quince años …"(fs.116 a 118)*;* inspección judicial cuya acta obra de fs. 380 del cuaderno de primer nivel.

8. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, CASA la sentencia dictada por el tribunal de jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, el 21 de noviembre de 2017, las 13h01 y al dictar sentencia de mérito, en sujeción a lo dispuesto en el artículo 273.3 del Código Orgánico General de Procesos, declara con lugar la demanda y dispone que los demandados Hercilia María, Rosa Janeth Carpio Rosado y Ángel Esteban Carpio Andrade, entreguen a la actora Luisa Cecilia Abad Mata, en el plazo de treinta días, el bien inmueble ubicado frente la carretera Quevedo - Macuchi, parroquia San Camilo (actualmente parroquia San Cristóbal), cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte: Vía a Valencia con 10.50m; Sur: Alejo Chon Qui, con 10.50m; Este: Rosa Isabel Rosado, con 50.00m; Oeste: Grupo Grandes Cía. 50.00m; cuya superficie total es 525,00 m2. De existir medidas cautelares, se levanten las mismas. Sin costas que regular.

f) Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, JUEZ NACIONAL (PONENTE E.) ; Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo, CONJUEZ NACIONAL (E); Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, CONJUEZA NACIONAL (E).

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

II

Juicio Nro. *17711-2016-0751*
Resolución Nro. *006-2018*
Fecha: *9 de enero de 2018*

TEMA: Reivindicación. La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio procede contra título inscrito, sin que para ello importe el cambio de titularidad en el decurso del tiempo. El tracto sucesivo no impide la posesión, ésta subsiste independiente de la titularidad del dominio.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora demanda la reivindicación de un inmueble, que dice haber adquirido mediante compraventa en el año 2008. La demandada presenta excepciones y reconviene la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ya que alega poseer el bien por más de 17 años. De las pruebas aportadas se deduce que la legítima propietaria es la actora, y con las declaraciones de testigos, confesión judicial e inspección se concluye que la demandada está en posesión del bien. Por lo que se desecha demanda de reivindicación y se acepta la reconvención de prescripción extraordinaria de dominio.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La actora presenta recurso de apelación. En la prueba presenta su título de dominio consistente en dos contratos de compraventa, el último a su favor, por lo que está debidamente comprobada la su titularidad de dominio. El Tribunal concuerda con la sentencia de primera instancia al corroborar el dominio de la actora y por otro lado, la posesión de la demandada por el tiempo y en las condiciones para que opere la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Por lo que desecha el recurso de apelación, acepta la reconvención de prescripción adquisitiva de dominio.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora presenta recurso de casación al amparo de la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, alega errónea interpretación de los artículos 933, y 2410 del Código Civil, 937, 2403 del mismo cuerpo legal; falta de aplicación del artículo 105 del Código de Procedimiento Civil.
Con fundamento en la causal tercera acusa falta de aplicación del artículo 165, errónea interpretación del artículo 207 y falta de aplicación del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha conducido a la falta de aplicación de los artículos 933, 937 y 939 del Código Civil.
Señala que el artículo 933 del Código Civil establece la reivindicación a favor del dueño que no está en posesión, para que el poseedor sea condenado a restituirla. Que se reconoce el título de propiedad, pero se ignora el precepto legal del artículo 937, que dispone que la acción de dominio corresponde al que tiene propiedad plena o nuda; que solo consideran el hecho de la posesión.
Que el artículo 939 del Código Civil señala que la reivindicación se dirige contra el actual poseedor, que se acepta la posesión, al punto de que la propone como reconvención, lo que establece el segundo de los requisitos.

Falta de aplicación del artículo 2403 del Código Civil que conduce a la errónea interpretación del artículo 105 del CPC, obra del proceso la citación, requisito para la interrupción de la posesión con pretensiones de prescribir, el resultado no puede ser soslayado por ningún tribunal.
Del análisis realizado, el Tribunal señala que se ha valorado el contrato de compraventa que confiere la titularidad del inmueble a la demandante, se le ha dado el carácter de prueba, por lo que no procede el cargo de falta de aplicación del artículo 165 CPC, se lo desecha.
Respecto a la prueba testimonial, el Tribunal señala que la acusación planteada carece de sustento por cuanto los testimonios refieren la posesión de la demandada, sirven para sustentar el requisito de la posesión tanto de la reivindicación como de la prescripción.
No procede el cargo de falta de aplicación del artículo 939 del Código Civil.
Añade que la reconvención tiene como finalidad el examen jurisdiccional de la pretensión formulada por la demandada, los roles del sujeto activo y pasivo se invierten. La sentencia reconoce la existencia de un título de dominio a favor de la actora, la demandada admite la posesión del predio, se establece la identidad del inmueble, de ello devendría una sentencia favorable si no se hubiese propuesto una contrademanda de prescripción, en la cual la actora en la reivindicación se convierte en demandada, sujeto pasivo de la prescripción que enerva la acción principal, no por no reunir las condiciones, sino porque el derecho de dominio se ha extinguido por el transcurso del tiempo, y en virtud de la aceptación de la reconvención.
Concluye señalando que la prescripción extraordinaria de dominio procede contra título inscrito, sin que para ello importe el cambio de titularidad en el decurso del tiempo. El tracto sucesivo no impide la posesión, ésta subsiste independiente de la titularidad del dominio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17711-2016-0751

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-
Quito, martes 9 de enero del 2018, las 08h45.-
VISTOS:
ANTECEDENTES
En el juicio ordinario que por reivindicación de un inmueble sigue Andrea Estefanía Ayala Larco en contra de María Fabiola Jácome Luna; la actora interpone Recurso de Casación impugnando la sentencia dictada el 13 de junio de 2016, las 15h03; por un tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que desecha la demanda y acepta la reconvención de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.
Concedido el recurso de casación por el tribunal de instancia, y remitido el expediente al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, el Conjuez de esta Sala, en quien por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, lo acepta a trámite, al considerar que el recurso cumple con los requisitos de forma previstos en la Ley de Casación.
FUNDAMENTOS DEL RECURSO
La recurrente funda su recurso en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, acusando errónea interpretación de los artículos 933 y 2410 del Código Civil y falta de aplicación de los artículos 939, 937, 2403 del mismo cuerpo legal y falta de aplicación del artículo 105 del Código de Procedimiento Civil.
Con fundamento en la causal 3, acusa falta de aplicación del artículo 165, errónea aplicación del artículo 207 y falta de aplicación del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha

conducido a la falta de aplicación de los artículos 933, 937 y 939 del Código Civil.

Alega que el artículo 933 del Código Civil, establece la reivindicación a favor del dueño de una cosa singular de la que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla; que además, fija los parámetros a los cuales se ajusta la causa que ha propuesto, que, la escritura pública debidamente inscrita, con la que ha adquirido el inmueble, la convierte en titular del dominio de aquel que es materia de reivindicación y del que la demandada se encuentra en posesión sin respaldado de justo título.

Que el tribunal expresamente reconoce el título de propiedad con lo que se cumple el primer requisito para la acción de dominio, a pesar de lo cual distorsionan el texto imperativo de la norma, al no subsumir el hecho en la norma que lo ampara.

Sobre la acusación de falta de aplicación del artículo 937 del Código Civil, norma que dispone que la acción de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; la recurrente argumenta que los jueces de instancia, luego de señalar que está probada la titularidad de dominio a favor de la actora, de manera deliberada ignoran el precepto legal, dejando como mero enunciado, para considerar únicamente el hecho de la posesión; omitiendo su obligación de adaptar la normativa pertinente, al caso sometido a juicio.

Con respecto a la acusación de falta de aplicación del artículo 939 del Código Civil, alega que la norma determina que la acción de reivindicación se dirige contra el actual poseedor, y que la demandada ha aceptado el hecho de la posesión, al punto que la propone como reconvención, lo que lejos de otorgarle derechos contribuye a establecer el segundo de los requisitos, el de actual poseedor del inmueble a reivindicarse; que, de manera contraria al imperativo de la norma, los jueces de alzada, omiten su aplicación, favoreciendo a la demandada, permitiendo dar un vuelco al objetivo de la acción, alterando los elementos sustanciales de la misma, por tanto, su falta de aplicación, cambia el sentido que debió darse a la resolución.

Acusa también violación directa por falta de aplicación del artículo 2403 del Código Civil, *"Interrupción civil es todo recurso judicial por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor. Solo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción, y ni aún él en los casos siguientes: Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal"* señalando que aquella conduce a la errónea interpretación del artículo 105 del Código de Procedimiento Civil, ya que obra en el proceso citación a la demandada, realizada en legal y debida forma, la que determina el cumplimiento del requisito exigido para producir irremediablemente la interrupción de la posesión con pretensiones de prescribir los derechos sobre el bien, que el resultado matemático no puede ser soslayado por ningún tribunal, que hacerlo solo evidencia el yerro de la sentencia, por obrar en contradicción a ella. Que tan efectiva es la citación y la interrupción civil de la posesión, que la demandada reconviene la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, en reconocimiento expreso de la existencia de uno de los requisitos para que prospere la acción reivindicatoria; que, en el evento de que hubiese existido algún derecho se aniquiló, desapareció, por la interrupción civil como efecto de la citación. Sostiene que, al contestar la reconvención alegó expresamente la prescripción extintiva de la mencionada reconvención, presupuesto procesal que le ubica en la posición jurídica prevista en la norma; que, al no contemplar tales antecedentes se yerra por falta de aplicación de una norma imprescindible en la confrontación del hecho y el derecho discutidos, cuya aplicación determinaría la desestimación de la reconvención; que los juzgadores revierten el orden procesal para favorecer a la demandada, dando lugar a la reconvención carente de legalidad, que se la considera una acción contra la recurrente, sabiendo que, es un proceso autónomo de la accionante y cuyo desenlace no puede ser otro que la admisión o rechazo de la demanda y nada más porque el artículo 105 del Código de Procedimiento Civil dispone que en la contestación a la demanda puede el demandado reconvenir al demandante por los derechos que tuviese contra el accionante, pero después de ella, solo puede hacerlos valer en otro juicio. Que el desenlace del fallo no puede ser otro que la restitución del bien; que la sentencia que impugna, contradice hasta la más elemental lógica trastocando el sentido de la acción que se ventila y concede sin juicio, sin proceso, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio a la demandada.

Con fundamento en la misma causal, acusa errónea interpretación del artículo 2410 del Código Civil, *"El dominio de comerciales que no han sido adquiridas por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria (…)"*, la que cabe contra título

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

inscrito y cuando quien la alega, pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por quince años. Que su título inscrito, data del 18 de septiembre de 2008, tiempo desde el cual no se cuentan quince años de posesión necesarios para que proceda la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que por ello es errada la decisión del tribunal de conceder a la demandada la propiedad del bien. Que efectuada la citación se produjo como consecuencia la interrupción civil de la prescripción, la que habiendo sido interrumpida, es inepta para ella, porque su requisito esencial es que sea continua, pública, pacífica e ininterrumpida, condiciones que no cumple la pretendida por la demandada.

Invocando la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, acusa falta de aplicación del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, señalando que para que prospere la reivindicación, es indispensable que consten en el proceso tres elementos fundamentales, la propiedad o dominio de la cosa, posesión actual del demandado y la identificación clara e incontrovertible de la misma. Que, ha incorporado en tiempo oportuno la escritura pública, autorizada con las solemnidades legales, la que agregada a juicio por orden judicial y con notificación a la parte contraria, hace fe y constituye prueba, que en la sentencia impugnada así lo reconocen los jueces; que, este expreso reconocimiento no se refleja en la decisión, habiendo omitido su valoración, lo que ha conducido a la inaplicación del artículo 933 del Código Civil, que aceptando la existencia del primer requisito necesario para la reivindicación, el tribunal desconoce la prueba pertinente al caso. Acusa además, errónea interpretación del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, argumentando que era obligación de los jueces apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos en el contexto del juicio de reivindicación, las que favorecen a la acción reivindicatoria porque justifican la actual posesión de la demandada; que la reconvención es un hecho incidental, que concurre a configurar el derecho de reivindicación conforme al artículo 939 del Código Civil. Que la sentencia es arbitraria porque se sale de lo que es objeto fundamental del fallo la demanda de reivindicación; que con prueba que es favorable a la pretensión dan cabida a un hecho tangencial que por ley de orden público debía ser ventilado en otro juicio en una simple operación de carácter técnico procesal.

Alega también falta de aplicación del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, lo que conduce a la falta de aplicación del artículo 933 del Código Civil; asevera que, la inspección judicial hace prueba en los asuntos que versan sobre localidades, linderos y asuntos análogos. Que en el caso, para que proceda la reivindicación es necesaria la identificación clara e incontrovertible de la cosa, la que se efectúa con la inspección judicial, cuyo cumplimiento se recoge en el fallo, en reconocimiento del segundo requisito necesario para la reivindicación; que haciendo una apreciación arbitraria y fuera del contexto de la causa, desestima ese medio de prueba en su verdadero alcance, que es verificar el cumplimiento del requisito sustancial de identificación y singularización exigido en la norma que ha dejado de aplicarse. (Artículo 933 del Código Civil).

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

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza 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 la 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, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

2.1. Si aceptar la reconvención de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio formulada dentro de una acción reivindicatoria, vulnera los artículos 933, 937, 939 y 2403 y 2410 del Código Civil; y si, la citación con la demanda de reivindicación interrumpe la posesión, de tal manera que no puede alegársela como contrademanda.

3. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SUS ANÁLISIS

3.1. Para resolver, este Tribunal considera necesario dejar sentado su criterio sobre los siguientes temas:
3.1.1. La demanda, como manifestación del ejercicio del derecho a la acción, se traduce en una petición formulada con interés legítimo, al órgano jurisdiccional, para obtener, que en juicio, se resuelva favorablemente las pretensiones que en ella se contienen.
La pretensión procesal, la define Carnelutti[1], como la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio. Ha dicho que el conflicto de intereses se convierte en litigio en virtud de una actitud específica de las partes, una de las cuales pretende, mientras que la otra resiste a la pretensión. El conflicto de intereses es un litigio, jurídicamente calificado, siempre que una de esas partes formule una pretensión y la otra le oponga resistencia.
3.1.2. La reconvención es una contrademanda, que formulada por el demandado al contestar la demanda, constituye una forma de ejercicio del derecho a la contradicción, si la pretensión que se formula en ésta, se presenta incompatible con la contenida en la demanda, la excluye, como cuando a una demanda reivindicatoria se opone una reconvención prescriptiva de dominio.
3.1.3. Las excepciones son alegaciones que introducen a la Litis, hechos o circunstancias relacionadas con la pretensión, para frenarla o destruirla.
3.1.4. La fundamentación del recurso, sustentada en la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, debe basarse en la infracción de preceptos jurídicos de valoración de la prueba, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; con la ineludible obligación de demostrar que su vulneración ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de determinadas normas de derecho en la sentencia o auto.
3.1.5. Constituyen preceptos jurídicos de valoración de la prueba, aquellas disposiciones legales que dan determinado valor probatorio a un medio de prueba, regulando su eficacia; la acusación de vulneración de un precepto de esta naturaleza tiene por objeto denunciar que a un especifico medio de prueba no se le ha reconocido el valor que la ley le otorga o por el contrario que se le ha dado uno que la Ley no prevé, provocando con ello la vulneración indirecta de normas de derecho sustantivo.
4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS, EN RELACIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO
4.1. CARGOS CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL 3 DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CASACIÓN.
4.1.1. Invocando la causal 3, la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada, hay de falta de aplicación de la norma contenida en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, la que determina la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, aseveración que la fundamenta en el supuesto de que en una acción reivindicatoria, justificado el dominio con un título escriturario legamente otorgado, procede se declare con lugar la demanda, y que no hacerlo constituye violación indirecta del artículo 933 del Código Civil.
Al respecto, este Tribunal de Casación, luego de revisada la sentencia de segundo nivel señala, que, en ella se valora el contrato de compraventa contenido en el instrumento público, escritura traslaticia de dominio que confiere la titularidad del inmueble a la demandante, dándole el carácter de prueba plena, según lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, ello se desprende de las consideraciones del tribunal, al dar por probado el dominio de la demandante sobre el inmueble objeto del litigio, como un supuesto de procedencia, no solo de la acción reivindicatoria, sino también como requisito de procedibilidad de la reconvención de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la que, tiene como legítimo contradictor al demandante titular de dominio del inmueble que por un lado se pretende reivindicar, y por otro, adquirir por prescripción extraordinaria. En la sentencia se ha aplicado la norma de valoración probatoria referida a los instrumentos públicos, el que en este caso, agregado a juicio, da fe que el dominio del inmueble corresponde a quien formula la acción reivindicatoria, por lo que, no procede el cargo de falta de aplicación del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, por tanto, se lo desecha.

[1] Carnelutti Francesco. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Oxford University Press. Biblioteca Clásicos del Derecho. Primera Serie. Volumen 5.P.132.

4.1.2. Con respecto a la acusación de errónea interpretación del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, referente a la prueba testimonial, con el fundamento de que aquella al ser favorable a la pretensión reivindicatoria, porque justifica la actual posesión de la demandada en el inmueble en litigio, no se la considera, al dar cabida al hecho tangencial de la reconvención, que por ley de orden público debía ser ventilado en otro juicio en una simple operación de carácter técnico procesal, carece de sindéresis; las declaraciones testimoniales prueban los hechos del proceso a los que se refieren, así si las declaraciones testimoniales refieren la posesión de la demandada, sirven para sustentar el requisito de la posesión tanto para la procedencia de la reivindicación cuanto, para la de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, cuando dan fe de la tenencia material y el ánimo por el tiempo y con las condiciones previstas en la Ley; esto por el principio de comunidad de la prueba, así la acusación planteada, carece de sustento por lo que se la desecha.

4.1.3. Sobre la acusación de falta de aplicación del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, que ha conducido a la falta de aplicación del artículo 933 del Código Civil; cabe señalar que, individualizado el predio en la diligencia de inspección judicial como el de propiedad de la actora, en posesión de la demandada, se ha cumplido a más de un requisito para la procedencia de la reivindicación con uno para la procedencia de la prescripción adquisitiva de dominio, que impide la aplicación de la norma que regula la reivindicación, en virtud de haber operado la prescripción extraordinaria por el transcurso del tiempo. Ello implica la aplicación de la norma procesal de valoración probatoria, que regula la práctica de la inspección judicial, prueba común del proceso, a favor de la pretensión de la demandada, explicitada en la reconvención, y no su falta de aplicación, por ello, se desecha el cargo.

4.2. Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente, formula cuatro cargos contra la sentencia, alegando en primer término que en ella se hace una errónea interpretación del artículo 933 del Código Civil, al haberse reconocido expresamente su titularidad de dominio y sin embargo amparar en su posesión sin justo título a la demandada.

4.2.1. Sostiene al respecto, que los jueces distorsionan el contenido de la norma, su texto, lo desatienden, sesgan su contenido, *"e incurren en el error de no subsumir tal elemental hecho a la norma que me ampara, configurando de tal modo el cargo que justifica la casación del fallo que impugno"*; olvidando que al fundamentar los cargos con sustento en la causal 3, argumentó, que aquellos condujeron a la falta de aplicación del artículo 933 del Código Civil, entonces, si la norma no se aplicó, no pudo haberse interpretado erróneamente.

Sobre ello, este Tribunal de Casación deja sentado que con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial, sin consideración a los hechos probados. Devis Echandía, refiriéndose a los vicios de violación directa de la Ley, enseña *"Son totalmente extrañas cualquier consideración acerca de los medios de prueba que aparezcan en el proceso, porque desde el momento en que sea necesario* ***contemplar este aspecto, se tratará ya de violación indirecta y en consecuencia la acusación resultará mal propuesta."***, agregando con respecto al vicio de errónea interpretación que este se refiere al ***"contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia de la cuestión de hecho, o sea sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma."***[2]

Interpretar en términos elementales, constituye una labor intelectual a través de la cual, se entienden y se explican los acontecimientos, actitudes, o palabras, presentes en las actividades humanas, atribuyéndoles un significado. La interpretación jurídica, más allá de ello, implica desentrañar el verdadero sentido y alcance de una norma legal, aplicando para ello las reglas previstas en la Ley.

El vicio de errónea interpretación de normas de derecho, se configura en una decisión judicial, cuando siendo la norma, cuya transgresión se acusa, la pertinente al caso, el juzgador la entiende y la aplica dándole un sentido que no le corresponden o un mayor o menor contenido del que efectivamente tiene. De La Plaza, sostiene que *"La censura de la sentencia, por este concepto específico no podrá*

[2] Devis Echandía, Hernando. Estudios de Derecho Procesal. Zavalia Editor. Buenos Aires-Argentina.Pp.74, 75.

hacerse otro modo que poniendo de *manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al Juez se ofrecieron."*[3]

La recurrente, considera que la no subsunción de la prueba de su dominio, en la norma contenida en el artículo 933 del Código Civil, constituye errónea interpretación de su texto, alejándose completamente del supuesto jurídico de la errónea interpretación; en la sentencia, el tribunal, no interpreta de forma errónea el artículo 933 del Código Civil, simplemente no lo hace actuar, no lo aplica a los hechos del proceso, porque considera que procede la reconvención de prescripción adquisitiva de dominio, si la Sala de Apelación no aplica la norma en la sentencia, por la razón expuesta, el cargo de su errónea interpretación queda sin sustento, pues no puede haber interpretado erróneamente una norma que no aplica, razón por la cual, se desecha el cargo.

4.2.2. Sobre la acusación de falta de aplicación del artículo 939 del Código Civil, que prevé que la acción reivindicatoria se dirige contra el actual poseedor, con la alegación de que a pesar de la proclamación expresa de la demandada, al proponer la reconvención, los jueces no han ordenado la reivindicación, ignorando la norma, dando un vuelco al objetivo de la acción alterando los elementos sustanciales de aquella; este Tribunal de Casación señala, que el hecho de la posesión probada en el proceso, por un lapso de más de quince años, genera derechos a la posesionaria y que planteada como reconvención, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no procede la aplicación del artículo 939 del Código Civil.

El Tribunal señala además, que la reconvención o contrademanda, tiene como finalidad provocar el examen jurisdiccional de la pretensión formulada por la demandada, en la que los roles del sujeto activo y pasivo se invierten en forma simultánea y conjunta con la inicialmente formulada. José María Torres Traba, citando a Lino Enrique Palacio (La reconvención en el proceso Civil y Comercial) apunta, *"es una acción con individualidad y existencia propias pero con modalidades impuestas por su carácter de contracción que debe resolverse dentro de un mismo proceso que así la enmarca, limitándola por condicionamiento, el menos posible, para no destruir su esencia vital"* [4]

Siguiendo a Alsina ha de decirse que, cuando en un proceso convergen acción y reconvención, se pueden dar algunos supuestos: 1) Que el juez encuentre que la demanda y reconvención son fundadas, en cuyo caso la sentencia será de condena para ambas partes; 2) Que una y otra sean infundadas, y declaradas sin lugar; 3) Que la demanda sea fundada y la reconvención no, en ese caso la sentencia otorgará o confirmará el derecho del actor y condenará al demandado; 4) Que la demanda sea infundada y la reconvención procedente, en cuyo caso condenará al actor y otorgará derecho al demandado reconviniente; entonces, corresponde a los jueces en sentencia resolver simultáneamente las dos pretensiones.[5] Las afirmaciones de la recurrente, con respecto a que la sentencia debió limitarse a resolver la acción principal y que al aceptar la reconvención, se pronuncia sobre hechos ajenos a la Litis, son contrarias a mandatos expresos contenidos en los artículos 105 y 106 del Código de Procedimiento Civil que en su orden, disponen *"En la contestación podrá demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio."* y, *"Las excepciones y la reconvención se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia."*; por ello, la sentencia emitida por el tribunal de instancia, al aceptar la reconvención, se sujeta a las normas legales transcritas.

En el caso en análisis, la sentencia impugnada reconoce la existencia de un título de dominio a favor de la actora, lo cual le da legitimación en la causa y en el proceso; la demandada admite su posesión en el predio, se establece la identidad entre el inmueble que se pretende reivindicar y el de la posesión, ello devendría en una sentencia favorable a la pretensión reivindicatoria, si, en la causa no se hubiese

[3] De La Plaza, Manuel. La Casación Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1944. P. 215.
[4] Torres Traba, José María. Et al. Defensas y Excepciones. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Primera Edición. 2007.P
[5] Alsina, Hugo. Tratado teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial. Editorial Ediar. Argentina. Segunda Edición. 1961. P. 205.

propuesto una contrademanda de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, basada en una posesión pública, pacifica e ininterrumpida por un lapso superior a los quince años, en la cual, la actora en la reivindicación, se convierte en demandada, sujeto pasivo de la prescripción que enerva la acción principal, no en razón de no reunir las condiciones para su procedencia, sino porque el derecho de dominio se ha extinguido por el transcurso del tiempo, y en virtud de la aceptación de la reconvención. Por ello, no procede la acusación de vulneración de las normas de derecho que regulan la reivindicación.

4.3. Sobre la acusación de violación directa del artículo 2403 del Código Civil, por falta de aplicación, la que ha conducido a la errónea interpretación del artículo 105 del Código de Procedimiento Civil, este tribunal deja sentado en primer término, que la violación directa de normas de derecho, no produce como efecto la vulneración indirecta de normas procesales; que, los supuestos contrarios constituyen una proposición jurídica completa necesaria para sustentar la vulneración de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a la violación indirecta de normas de derecho.

La norma contenida en el artículo 2403 del Código Civil, prevé *"Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aún él en los casos siguientes: 1. Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal; 2. Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años; y, 3. Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.*

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda." Sostiene la recurrente que por efectos de la citación con la demanda realizada en legal y debida forma, se produce irremediablemente el efecto de interrumpir la posesión, por lo que considera que aún si hubiese existido algún derecho para demandar prescripción, este se aniquiló o desapareció por efectos de la citación con la demanda reivindicatoria.

La tesis de la recurrente se construye sobre el supuesto de que citada la demandada con la acción reivindicatoria, por efectos del artículo 2403, se interrumpe inmediatamente la posesión, como resultado matemático que no puede ser soslayado por ningún tribunal; desapareciendo los elementos para que prospere la pretensión de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, aún como reconvención. Como anota la recurrente, y señaló este Tribunal, en líneas anteriores, el artículo 105 del Código de Procedimiento Civil, dispone *"En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere, pero después de tal contestación solo podrá hacerla valer en otro juicio"* ello implica que citada la demandada con la acción de reivindicación, de encontrarse en condiciones fácticas y legales, en la contestación a la demanda, puede reconvenir con la pretensión de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, como lo ha hecho en este caso; pudiendo hacerlo aún por cuerda separada, si omitió formular la pretensión en la contestación. La citación interrumpe la posesión, pero cumplido el tiempo para que opere, puede ser alegada como acción o como excepción, pues sus efectos no son retroactivos ni aniquilan el derecho a accionar o a reconvenir garantizado en la Constitución y la Ley; la sui generis teoría de la recurrente, sobre la improcedencia de la reconvención en virtud de la citación, carece de sustento jurídico y contraviene normas expresas, así como garantías básicas de acceso a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Por las consideraciones que anteceden se desecha el cargo.

4.4. Sobre la alegación de errónea interpretación del artículo 2410 del Código Civil, con sustento en que, la demandante adquirió el dominio mediante título otorgado el 18 de septiembre de 2008, y que desde esa fecha no han transcurrido los 15 años necesarios para que opere la prescripción y que la posesión se ha interrumpido con la citación; este Tribunal señala que los 15 años que establece el texto legal se refieren al tiempo de la posesión en el predio, el que en consecuencia debe contarse desde que ésta (la posesión) se inicia, y hasta la fecha en que se propone la pretensión adquisitiva con la reconvención formulada al contestar la demanda; sin que para ello importe la fecha en la que, la actora adquirió el dominio del inmueble.

La prescripción extraordinaria es un modo originario de adquirir el dominio en virtud de la posesión material y continuada a título de señor y dueño, de un bien raíz, que está en el comercio, procede contra título inscrito, sin que para ello importe el cambio de titularidad en el decurso del tiempo, importa quien la ostenta para establecer el legítimo contradictor, al momento de ejercer la acción

de prescripción y extinguir el dominio del titular, en un debido proceso. El tracto sucesivo de los bienes no impide la posesión, la que no se cuenta en intervalos entre quienes han tenido la propiedad del bien; la posesión como hecho material subsiste independiente de la titularidad del dominio y se cuenta por el transcurso de su ejercicio material.

No alegada de forma debida la errónea interpretación acusada, ni demostrada la misma, procede se rechace el cargo, que como ya se señaló debe fundamentarse en el entendimiento equivocado del contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia de la cuestión de hecho, esto, sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"** NO CASA la sentencia dictada el 13 de junio de 2016, las 15h03; por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. El Tribunal de Apelación cumpla con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Casación. Notifíquese y devuélvase los expedientes de instancia para los fines de ley.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Wilson Andino Reinoso, JUEZ NACIONAL; Dr. Oscar Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

III

Causa Nro. *1753-2014*
Resolución Nro. *0128-2018*
Fecha: *25 de julio del 2018*

TEMA: Daño moral. La cuantificación del daño está determinado en el artículo 2232 del Código Civil; queda a prudencia del juez la determinación del valor. El monto tiene carácter reparador más no sancionador.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora demanda daño moral por incumplimiento de contrato, contra la Universidad San Francisco y el IESS. Manifiesta que mediante concurso ingresó en calidad de médico residente del Hospital Carlos Andrade Marín, para lo cual suscribió el respectivo contrato por un período de cuatro años. Que cuando cursaba su último año de especialidad, el Gerente de docencia del mencionado Hospital les manifestó que se ha suscrito un convenio con la Universidad San Francisco para la obtención del título de especialista derecho en diferentes ramas de la medicina, que el título sería otorgado después de un año, en su caso, en Oftalmología. Que al inscribirse en el programa de post grado dejó de ser médico residente y pasó a ser becaria de la universidad. Sostiene que al terminar el período dispuesto, solicitó la entrega del título, pero se le respondió que estaban en trámite, y continuó como residente del hospital. Al insistir en la entrega de su título se le indicó que había nuevos requisitos para otorgar el título, y debía realizar una monografía, la cual realizó. Que no se le entregó el título por lo cual renunció al hospital pero siguió reclamando su título. Que después de cinco años la universidad le informó que no le entregaría el título de cuarto nivel y que solo le entregarían un título de Especialista de Hecho en Oftalmología, con un sello de la universidad, a lo cual se negó. Sostiene que este hecho le causó grave e irreparable daño moral. Presenta certificados médicos con los que pretende demostrar el sufrimiento causado por la angustia y el engaño. Reclama la cantidad de quinientos mil dólares americanos. La sentencia acepta la demanda y ordena que tanto el IESS y la Universidad paguen la cantidad de ciento sesenta mil dólares como indemnización.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El representante de la Procuraduría General del Estado presenta recurso de apelación, al cual se adhiere el representante del IESS. El Tribunal de apelación cuestiona si es posible ordenar el pago de indemnización de daño moral. El tribunal considera que no consta una enfermedad que haya sufrido la actora producto del supuesto daño moral. Sostiene además que existió un convenio. Añade que la única manera de probar es que el daño sea consecuencia del incumplimiento contractual. Por lo señalado, acepta el recurso de apelación de los demandados, y desecha la demanda por improcedente.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora presenta recurso de casación al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Considera falta de aplicación del artículo 2232 del Código Civil e indebida aplicación de los artículos 1505, 1594, 1561, 1567, 1568, 1594, 1595, 1532, 1597 del mismo cuerpo legal. Manifiesta que se aplicaron normas que no tienen relación con

el daño moral. Por la causal tercera, considera que no se ha valorado la prueba en su conjunto. Añade que es un error considerar que el convenio celebrado entre el IESS y la Universidad San Francisco es un contrato en el que interviene la actora. El Tribunal de casación considera que se omitió la valoración de pruebas como certificados médicos, exámenes de ingreso al programa de postgrado, notas, evaluaciones, testimonios, historia clínica. Por lo que se configura el vicio alegado, en esa virtud, casa la sentencia y emite la correspondiente de mérito. Señala que el convenio suscrito entre el IESS y la Universidad San Francisco, contienen obligaciones atinentes a las dos partes, que la actora no suscribe ese contrato. Por lo que rechaza el cargo por improcedente. Sobre el hipotiroidismo el Tribunal considera que no necesariamente se debe juzgar por las enfermedades resultantes, sino que basta la demostración de los sufrimientos ocasionados. De los elementos del daño moral el Tribunal considera uno: la ansiedad, señala que procede la indemnización por justificada la gravedad del perjuicio y de la falta. Añade que el hecho es grave, que se restringe las metas personales y profesionales por lo que cabe una indemnización. Respecto a la responsabilidad del IESS se desprende que estas se limitan al compromiso de beneficiar a sus ex residentes en prorrogar sus contratos, además el representante del hospital solicitó se agiliten los trámites para el otorgamiento de títulos, por lo que queda exento de pago. Para la cuantificación estima el padecimiento, sentimientos de pena, considera que cada individuo asume y reacciona de manera distinta. En aplicación del artículo 2232 Código Civil, atendiendo el carácter reparador más no sancionador, realiza un cálculo de la remuneración promedio que hubiese recibido la actora con su título de cuarto nivel, por lo que ordena el pago de ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17113-2014-1753
Jueza Ponente: Dra. Beatriz Suárez Armijos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, martes 25 de julio del 2018, las 11h50.-

VISTOS.- En el juicio ordinario que por daño moral sigue Nidian Judith Torres Noboa contra Santiago Gangotena, Canciller de la Universidad San Francisco de Quito y Fernando Guijarro, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; la actora interpone recurso de casación impugnando la sentencia de mayoría, dictada por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 08 de septiembre del 2017, las 15h51, que revocó la expedida en primera instancia, declarando sin lugar la demanda.

Radicada la competencia en éste Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional, integrado por la señora Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional; y los señores doctores Carlos Teodoro Delgado Alonzo y Beatriz Suárez Armijos, Jueces encargados mediante oficios Nº 398-SG-CNJ, de 26 de febrero de 2018; y 191-SG-CNJ de 29 de enero de 2018, respectivamente; y en atención a la admisión del presente recurso de casación en auto de 17 de noviembre de 2017, las 12h31; por agotado el trámite, para resolver se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Corte Nacional de Justicia, ejerce jurisdicción nacional, en el marco de la justicia ordinaria, en todo el territorio del Ecuador, conforme lo establece el Art. 172 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en función del mandato consagrado en el Art. 184.1 de la Constitución de la República.

La competencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, se respalda en el Art. 190 del Código Orgánico de la Función Judicial, que faculta al Tribunal, para conocer de *"Los*

recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil, que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión", en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1.- La recurrente Nidian Torres Noboa, interpone recurso de casación con fundamento en la casual primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del inciso primero del Art. 2232 del Código Civil e indebida aplicación de los Arts. 1505, 1594, 1561, 1567, 1568, 1594, 1595, 1532, 1597 y 1572 ibídem. Sustenta el cargo en el hecho de haberse aplicado indebidamente normas de derecho sustantivo que no guardan relación con el daño moral, señala que el tribunal Ad quem ha incurrido en error al considerar que el Convenio de Cooperación Interinstitucional celebrado entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Universidad San Francisco es un contrato suscrito también por la impugnante.

2.2.- Además, impugna la sentencia con apoyo en la causal tercera de casación, aduciendo que existe falta de aplicación de los Arts. 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, produciendo indebida aplicación del Art. 116 ibídem y la no aplicación de los incisos segundo y tercero del Art. 2232 del Código Civil. Indica que los señores Jueces de la Corte Provincial de Pichincha no valoraron la prueba en su conjunto omitiendo varias pruebas testimoniales y documentales.

Siendo que la fase de admisibilidad ha sido superada, en virtud de la calificación del recurso, al Tribunal le resta tan solo el análisis de fondo, en función del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

TERCERO.- CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

3.1.- El recurso de casación opera únicamente para cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo cual implica la exclusión de los hechos y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas. En palabras del tratadista Efraín Najera Farfán la casación es: *"el recurso extraordinario que se interpone ante el órgano supremo de la organización judicial y por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las sentencias definitivas de los Tribunales de Segunda Instancia, o sobre la actividad realizada en el proceso, a efecto de que se mantenga la exacta observancia de la ley por parte de los Tribunales de Justicia".* Por ende, tiene el objetivo de lograr que las decisiones judiciales dictadas en instancia definitiva, dentro de procesos de conocimiento, sean revisadas por la Corte Nacional de Justicia de Justicia a fin de evitar que las personas sufran perjuicios injustos, a consecuencia de errores *in iudicando* o errores *in procedendo,* en que pudiere haber incurrido el Tribunal de Alzada. En ese sentido, la doctrina ha señalado que este recurso constituye, propiamente, un juicio sobre la sentencia o auto definitivo, por tal motivo, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo.

En casación los jueces procuran alcanzar la recta, genuina e igualitaria aplicación de las leyes, de ahí que se puede decir que la casación es, además, un medio para asegurar el equilibrio social en la medida que la jurisprudencia realiza la elevada tarea de conservar la integralidad de la legislación y la uniformidad de los criterios judiciales. Al respecto Manuel de la Plaza, en su obra La Casación Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pág. 16, ilustra: *"(…) la casación tiene finalidades de dos naturalezas: una pública, que es la primordial, el velar por la vigencia del derecho mediante el control de la legalidad en los fallos de instancia y propiciar la unificación de la jurisprudencia; y otra privada, no menos importante pero instrumental para el logro de las finalidades públicas, cual es la tutela de los derechos de los particulares."*

3.2.- La labor del Tribunal de Casación se halla limitada a cuestiones de puro derecho que el casacionista obligatoriamente debe precisar, señalando, de manera puntual y concreta, dónde se produjo la violación a la Ley. Tanto la derogada Ley de Casación como el actual Código Orgánico General de Procesos contienen en sus disposiciones los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de casación, estableciendo cuatro fases en las que se desarrolla, ante los órganos jurisdiccionales, siendo estas: calificación, admisibilidad, sustanciación y resolución. La Corte Constitucional en sus distintas resoluciones y en específico en la sentencia N.° 234-15-SEP-CC del caso N.° 1897-12-EP, ha señalado: *"(…) el recurso de casación se encuentra constituido por fases previamente definidas dentro de las cuales, la actividad jurisdiccional*

es diferente, por lo que superada una fase, a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes, no puede volverse a ella en una fase posterior, en tanto, aquello, atentaría contra la previsibilidad de la aplicación normativa en los diferentes momentos que componen un proceso. Esta actuación de la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia incurre en una arrogación de funciones y por tanto, en una transgresión del principio de preclusión procesal en tanto que la Sala omite pronunciarse sobre su universo de análisis y efectúa, nuevamente, una verificación de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación. Lo cual genera una vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica, puesto que la decisión judicial impugnada invade un momento procesal que ya fue superado, inobservando las disposiciones jurídicas que regulan al recurso de casación y sus diferentes fases."

CUARTO.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS

El problema jurídico que se resuelve, es el postulado en el libelo y sus respectivas censuras, que imponen el marco dentro del cual se constriñe el análisis, que corresponde despejar, y que en el caso se realiza en la siguiente forma:

4.1.- En aplicación del derecho de tutela judicial efectiva contemplado en los Arts. 75 y 76.1 de la Constitución de la República, reconocido y consagrado además en instrumentos internacionales, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos; correlativo a la prohibición constitucional de indefensión, según señala Alquina Sanchez Rubio, *"(…) no se puede privar a las partes de un proceso, con defensa contradictoria y alegaciones procesales que defiendan sus intereses"* (Sánchez Rubio, A. Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional. Anuario de la Facultad de Derecho, Pag. 601-616). Corresponde examinar la sentencia de alzada en relación con los cargos esgrimidos por la recurrente, observando, que es obligación de los poderes públicos motivar sus resoluciones. En tal virtud el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados, lógicos y bien ponderados por qué considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria, infringe o no, normas legales; o ha incurrido o no en los errores que se acusan por la recurrente al amparo de las causales de casación que invoca.

4.2.- La doctrina y la jurisprudencia orientan la forma de resolver los cargos, cuando se acusa al fallo por varias causales. El Tribunal debe hacerlo según el orden lógico jurídico de los vicios que pudieren afectar la sentencia. Así en el recurso en análisis se inicia por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, relativa a los vicios de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de valoración probatoria que hayan conducido a la violación de una norma sustantiva. Para que la causal proceda es necesario: a).- El yerro ha de consistir, en que el juez o tribunal hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorando la que sí existe en ello o adulterado la objetividad de esta agregándole algo que le es extraño cercenando su real contenido; b).- La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser evidente, esto es contrario a la realidad establecida por las pruebas existentes; y, c).- Que este yerro de apreciación, conduzca al quebrantamiento de los preceptos que guían a la sentencia. Si no se cumplen estos requisitos, no procede el recurso de casación.

La casacionista, con fundamento en esta causal señala que se incurre en falta de aplicación del Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, que a su texto expresa: *"Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio"*; como se observa, esta norma se refiere a la oportunidad de la prueba por lo que no constituye un precepto de valoración probatoria resultando improcedente invocar su violación.

Con respecto a la infracción del Art. 115 ibídem, a cuyo contenido el Tribunal debe remitirse, una vez que en fase de calificación, han sido admitidos los cargos, por ser obligación de los jueces de casación, atender al fondo del asunto que se ventila, sin más reparos. Hay que recordar que ésta disposición legal contiene la expresión de varias necesidades que han de ser cubiertas por el operador de justicia en el ejercicio de la valoración probatoria: 1).- Expresar la valoración conjunta de la prueba, es decir, de todas las pruebas producidas de manera completa, relacionándolas unas con otras y no de forma aislada; 2).- Que la valoración se la realice conforme a las reglas de la sana crítica que consiste en el juicio razonado sobre los hechos, que asume el juzgador, a través de la apreciación y valoración de las pruebas, de la exégesis de la ley, del uso de su experiencia, de las reglas de la lógica, de los principios de la ciencia y de la justicia

universal. En palabras de Couture, *"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 razonamiento"* (Eduardo Couture, 1979. Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II, Pág. 478); y, 3).- Que los juzgadores realicen una valoración de todas las pruebas producidas en el proceso, expresando el grado de credibilidad que confiere a cada una de ellas en relación de los hechos para establecer su veracidad, de tal manera que no es posible referirse a unas pruebas e ignorar otras.

En el libelo casatorio, se aduce la violación de esta norma por falta aplicación al haberse omitido valorar la prueba en su conjunto. Este Tribunal, observa que en los considerandos tercero, séptimo y octavo de la sentencia objetada se realiza una somera descripción de algunas de las pruebas aportadas por los sujetos procesales, además de trascribir los Arts. 113, 114 y 116 del Código de Procedimiento Civil; el Tribunal Ad quem se limita a revisar la copia certificada del *"CONVENIO DE COOPERACIÓN INTERISTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN CIENCIAS DE LA SALUD MEDIANTE PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN CONTINUA, INVESTIGACIÓN BIOMÉDICO SOCIAL Y OTORGAMIENTO DE BECAS PARA INTERNADO ROTATIVO Y ESTUDIOS DE POSGRADO"* constante a fs. 32 a 37 del cuaderno de primer nivel, que fue suscrito entre el señor economista Patricio Llerena Torres en representación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el señor doctor Santiago Gangotena Gonzales el 04 de diciembre de 2001; así como la solicitud de adscripción voluntaria de la actora Nidian Torres Noboa, al Programa de Posgrado del Hospital Carlos Andrade Marín. En este contexto el Tribunal de segunda instancia dirige su análisis probatorio a verificar si existió incumplimiento contractual sobre el convenio celebrado entre la Universidad San Francisco y el Instituto de Seguridad Social. Lo dicho deja ver que la Sala de Apelación en resolución de mayoría, omitió valorar la totalidad de la prueba presentada por la actora: testimonial y documental incorporada al proceso. No se expresa el valor de todos y cada uno de los aportes legalmente actuados; por tanto el grado de convicción que obtuvo es obviamente parcial y por parcial, sesgado y carente de sustento, pues solo a través del examen cabal del acervo probatorio los juzgadores pueden llegar a un convencimiento serio sobre la veracidad de los hechos y si aquellos se adecúan o no al hipotético jurídico previsto en la norma sustantiva, para justificar razonablemente su resolución. No se pude descartar ninguna prueba, dejando de manifestar expresamente su criterio valorativo de si prestan o no mérito, en concordancia con las normas que las instituyen, o ignorarlas, siendo determinantes en el propósito de la causa. En relación a la transgresión de esa disposición legal como motivo de casación, la ex Corte Suprema de Justicia ha expresado el siguiente criterio: *"No hay que olvidar que la valoración de la prueba es una facultad exclusiva y excluyente del Juez de instancia como consecuencia de su independencia soberana, sin que el Tribunal de Casación tenga la facultad de revocarla, salvo el caso de que la valoración sea atroz, contraria a la razón, a las leyes, a la justicia" Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1727, Quito, 19 de Septiembre de 2007).* Cierto que valorar la prueba, es facultad privativa del Tribunal de Instancia, pero no lo es menos que dicha valoración, no pude excluir pruebas que son concluyentes del caso, siendo que la censura en casación procede, cuando ese deber, ha sido omitido. Enrique Véscovi, acerca de la valoración de actos procesales, dice "*…Al tomar el Estado para si la tarea de administrar justicia y regular el proceso, fija su ordenación, y por consiguiente la forma de los actos. Se establece entonces la forma de actuación (modelos típicos), es decir que la ley misma o el tribunal valoriza los actos procesales. Estos modelos pueden ser positivos o negativos según que el acto consista en una acción u omisión. Si los hombres actúan en forma contraria a esa regla legal, se produce una desviación jurídica (Carneluti), que es necesario ponderar y considerar su efecto (o sanción").* (Enrique Véscovi. Teoría General del Proceso, p. 222. Segunda Edición, Editorial Temis Bogotá Colombia, 1999) En este caso, el Tribunal Ad quem, al omitir la valoración de: los certificados médicos, exámenes de ingreso al programa de postgrado en oftalmología de la Universidad San Francisco, las notas de los módulos y evoluciones obtenidas por la actora, certificados personales, monografía de toxoplasmosis ocular, testimonios de distintos médicos y enfermeras, historia clínica de la accionante No. 36-24-42 otorgada por el Hospital Carlos Andrade Marín; provocan una

desviación jurídica, que conduce a un desenlace procesal extraño, que corresponde encarar en sede casacional.

La actividad jurídica del Tribunal de Instancia, -voto de mayoría-, configura el vicio postulado, en cuanto ha ignorado prueba existente, violentando su integridad y quitándole sentido a su cabal contenido, incitando una deducción asentada en prominentes errores axiomáticos de omisión, de espaldas a la realidad concentrada en los aportes completos de las partes. Con una visión parcial del conflicto, no es difícil lógicamente incurrir en yerros de convicción al establecer la vinculación con el tipo jurídico en el que radica el discernimiento del derecho en disputa, favoreciendo su contravención. El Tribunal extravía su atención a la consideración de incumplimiento contractual, soslayando la verdadera dimensión del conflicto en desacato de los preceptos sustantivos que tutelan la acción; elementos que por presentes en el fallo impugnado, contribuyen a la clasificación del vicio alegado. En efecto, la limitación de la valoración de las pruebas mencionadas, es un desajuste generador de defectos que deslegitiman el juicio o criterio que al respecto vierten los Administradores de Justicia, en cuanto desconocen la finalidad jurídica de su incorporación a la litis, habiendo incumplido con las normas particulares que las cobijan, a más de las formalidades de oportunidad y taxatividad; vicios que impiden visibilizar el destino lógico de esas pruebas, en cuanto al derecho sustancial contenido en el Art. 2232 del Código Civil, que deviene en quebrantado, porque el análisis de instancia, jamás alcanzó la correcta estimación de las pruebas, produciendo también el vicio de subsunción, entendida como la operación mental que luego de reducir los hechos a tipos jurídicos conducentes, busca la norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables; más aún, si ésta es la disposición en la que se sustenta la acción, sin haber sido motivo de confrontación con los insumos del juicio. Tales fallas en la construcción el fallo impugnado, determinan la existencia de la causal, al desnudar la omisión de valorar la prueba del proceso y su repercusión en la violación de la norma sustancial de modo indirecto.

Por lo expuesto, el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en atención a lo dispuesto en el Art. 16 de la Ley de casación **CASA** la sentencia impugnada, y procede a pronunciar la que en su lugar corresponde:

4.2.1.- Comparece Nidian Torres Noboa demandando indemnización por daño moral a la Universidad San Francisco de Quito y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Manifiesta que en enero de 1998 ingreso al Hospital Carlos Andrade Marín como médico residente con un contrato de cuatro años y que en el último año de su residencia se le informo de un Convenio Interinstitucional para el Desarrollo de la Educación Superior en Ciencias de la Salud mediante programas de Capacitación Continua, Investigación Biomédico Social y otorgamiento de Becas para internado Rotativo y Estudios de Postgrado suscrito por el Hospital y la Universidad San Francisco de Quito. Es así que presentó la solicitud voluntaria en el programa de posgrado con el objeto de obtener un título de especialista de derecho en oftalmología con lo cual dejo de ser médico residente y pasó a ser becaria por lo que el Hospital Andrade Marín le otorgaba USD 700 de los cuales se le descontaba USD 60 que eran trasferidos a la Universidad San Francisco mensualmente como pensión. Señala que cumplió con todas las condiciones dispuestas por la universidad y el hospital para la obtención de la especialidad, que entre ellas elaboró una monografía sobre Toxoplasmosis ocular-uveítis con lo que concluyó con el programa del postgrado. Sin embargo y pese a que exigió a los Coordinadores de Docencia de la Universidad San Francisco y del Hospital Carlos Andrade Marín se le entregue el título de especialista a ella y a otros 15 becarios se les informó que dichos títulos se encontraban en trámite por lo que debían continuar como residentes en el Hospital y que finalmente la Universidad San Francisco le dio a conocer que no entregaría los títulos de cuarto nivel y que solo podía colocar el sello de la Universidad en el Titulo de Especialista de Hecho en Oftalmología que le fue conferido el 05 de septiembre de 2002 por el Directorio del Colegio Médico de Pichincha, a lo cual se negó pues había realizado sus estudios para obtener un título por una especialidad de derecho en oftalmología. Por tales razones considera que ambas entidades le ocasionaron grave daño moral toda vez que al no contar con un título de cuarto nivel se le impido acceder a cargos que requieren especialidad dejando de percibir ingresos acordes a su nivel profesional lo que le ha causado trastornos emocionales. En sentencia de 05 de mayo de 2011 el Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha dictó sentencia de mérito ordenando a los demandados el pago de ciento sesenta mil dólares

como compensación por daño moral a la actora, sentencia de la que apelan los demandados y la actora se adhiere.

4.2.2.- En la fundamentación del recurso de apelación el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Procuraduría General del Estado alegan nulidad procesal porque se les dio el término de 15 días para contestar la demanda cuando las instituciones públicas tiene 20 días para hacerlo. Sin embargo de la revisión del proceso se tiene que la Procuraduría General del Estado contestó la demanda dentro de los quince días señalados con lo cual convalido el error en que incurrió el juzgador a quo, mientras que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tomando en cuenta que se le citó con la última boleta el 17 de octubre de 2008, no contestó dentro de los quince ni veinte días término, sino que comparece meses después el 30 de junio de 2009 solicitando se practiquen varias diligencias En ningún acápite de su escrito se alega nulidad procesal; tal conducta procesal, de acuerdo al Art. 103 del Código de Procedimiento Civil se la tiene como negativa simple de los fundamentos de la demanda. En la tramitación del proceso, no se ha omitido ninguna de las solemnidades contempladas en el Art 349 ibídem que influya en la decisión de la causa por lo que observadas las normas del debido proceso se declara su validez.

4.2.3.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, es obligación del actor probar afirmativamente los hechos propuestos en la demanda, y además, es obligación del demandado, probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o calidad de la cosa que se litiga; y, conforme el artículo 117 del mismo Código, solo la prueba debidamente actuada, esto es, la que ha sido solicitada, proveída y evacuada legalmente hace fe en el proceso. En el caso en análisis y de la prueba aportada por las partes consta: Por la parte actora.- 1) Copia certificada del Convenio Interinstitucional para el Desarrollo de la Educación Superior en Ciencias de la Salud mediante programas de Capacitación Continua, Investigación Biomédico Social y otorgamiento de Becas para Internado Rotativo y Estudios de Postgrado celebrado el 04 de diciembre de 2001 entre el Instituto de Seguridad Social representado por su Director General, el economista Patricio Llerena Torres y la Universidad San Francisco de Quito representada por su canciller Doctor Santiago Gangotena Gonzalez. 2) Copia certificada de la Solicitud de adscripción voluntaria al programa de Postgrado del Hospital Carlos Andrade Marín mediante la cual la actora solicita ser considerada por el Colegio de Ciencias de la Salud de la Universidad San Francisco para ser favorecida con la convalidación de la especialidad de hecho en oftalmología mediante la entrega del Título de Especialista de Derecho. 3) Copia certificada del título de especialista de hecho en oftalmología otorgado por El Directorio del Colegio Médico de Pichincha. 4) Originales de los pagos efectuados a la Universidad San Francisco en concepto de matrícula al programa de postgrado realizados el 28 de septiembre de 2001, 28 de octubre de 2001 y el 23 de abril de 2002 por la suma total de USD 450. 5) Copias certificadas de los pagos efectuados por la tesorería del Hospital Carlos Andrade Marín a la Universidad San Francisco en la cuenta Nº. 0166931-1 como aporte económico de los becarios del postgrado por un valor de USD 60 mensuales desde el año 2002 al 2004. 6) El pensum de estudio de la especialidad oftalmología. 7) Copias certificadas de los puntajes obtenidos por la actora en la especialización, 8) Certificado otorgado por el jefe del Servicio de oftalmología del Hospital Carlos Andrade Marín en que consta que la demandante laboró como médico residente dentro del Programa de Postgrado de Oftalmología auspiciado por la Universidad San Francisco durante los años 2002, 2003 y 2004. 9) Copia certificada de la comunicación de 28 de marzo de 2006, dirigida al doctor Enrique Noboa, Decano del Colegio de Ciencias de la Salud de la Universidad San Francisco por los doctores German Montalvo e Ivan Cevallos, Gerente de Investigación, Docencia y Subdirector del Programa de Postgrados respectivamente. 10) Testimonios de Maria Álvarez, Yasmina Gordillo, Luis Morales, Luis Quinaluisa, Soledad Chontasi. 11) Monografía de Toxoplasmosis Ocular realizada por la recurrente. 12) Copia certificada del Título de Especialista obtenido por la actora en la Universidad Internacional del Ecuador. 13) Oficio del Ministerio de salud en que costa el sueldo que recibe un médico especialista. 14) Certificados médicos suscritos por los doctores Gustavo Paz, Franklin León, Sonia Zurita y del psiquiatra Ivan Riofrío. 15) Historia Clínica Nº. 36-24-42 con número de afiliación 93700434, otorgada por el Hospital Carlos Andrade Marín en que constan las afecciones y enfermedades de la actora. Por la parte

demandada: 1) Documento suscrito por el doctor Eduardo Noboa ex Director del Hospital Carlos Andrade Marín en que señala que el compromiso del hospital en beneficio de sus ex residentes era el de prorrogar sus contratos coordinar con la universidad San Francisco para que sea aceptada su adscripción al programa de postgrado con miras a facilitar el reconocimiento e inscripción de sus títulos. 2) Oficio suscrito por la Directora Técnica de Investigación y Docencia del Hospital Carlos Andrade Marín que señala que ha cumplido con el Hospital en el sentido de prorrogar los contratos y coordinar con la Universidad San Francisco para que se acepte la adscripción de los residentes al programa de postgrado. 3) Solicitud de adscripción voluntaria de la actora al programa de Postgrado del Hospital Carlos Andrade Marín y contrato de médico residente. 4) Que se reproduzca como prueba de su parte lo manifestado en la demanda en que la actora reconoce que paso a ser becaria de la Universidad San Francisco y que el Hospital docente solo la mantiene con contrato de médico residente. 5) que se tome en cuenta el Art. 16 de la ley de Seguridad Social. 6) Copia certificada de la resolución Nº 023 CONESUP. PR de 29 de junio de 2005.

Además, en la fundamentación del recurso de apelación la Universidad San Francisco de Quito señala que, no existió por parte del tribunal a quo pronunciamiento sobre la excepción relativa a la improcedencia de la acción de daño moral derivado de incumpliendo contractual. No existe prueba técnica que sostenga que el hipotiroidismo que padece la actora provenga del incumplimiento contractual. El tribunal inferior no se pronunció sobre las limitaciones legales existentes para el otorgamiento del título. No existe hecho ilícito atribuible a la Universidad para ser condenada a daño moral. Por su parte el Instituto de Seguridad Social así como la Procuraduría General del Estado indican que la naturaleza jurídica del I.E.S.S es la de prestación del seguro general obligatorio y no la de otorgar títulos universitarios lo cual únicamente le compete a la Universidad San Francisco; así mismo alegan prescripción de la acción por cuanto la actora terminó sus estudios el año 2002 y hasta la presentación de la demanda ya han trascurrido más de cuatro años; por último impugnan la condena en costas impuesta al instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

4.2.4.- El Art. 2235 del Código de Civil con referencia a la acción de daño moral, establece: "*Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto*". Siendo que la prescripción extingue las acciones por no haberlas ejercido oportunamente, corresponde a este Tribunal analizar si en el caso sub judice se encuentra, como señalan los demandados, prescrita la acción de daño moral. De las pruebas se desprende que la actora culminó el pensum de la especialidad en el año 2002 y, como complemento para la obtención del Título, redactó una monografía sobre Toxoplasmosis Ocular constante a fs. 405 a 452. A fs. 454 aparece el oficio de 30 de enero de 2006 suscrito por el Dr. Germán Montalvo, Gerente de Investigación, Docencia de la Dirección Nacional Medico Social del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; en que solicita por segunda ocasión al Dr. Juan Fierro, Director del Programa de posgrado de la Universidad San Francisco Quito, se fije día y hora para la discusión de la monografía y recepción del examen práctico a la Doctora Nidian Torres. Así mismo, a fs. 495 consta certificación de 13 de julio de 2007 suscrita por el Dr. Enrique Noboa Decano del Colegio de Ciencias de la Salud de la Universidad San Francisco de Quito, en que se informa al presidente de dicha Universidad, que la Dra. Nidian Torres, cumple con todos los requisitos legales y académicos para el reconocimiento de su título de especialista por parte de la Universidad San Francisco y por último, a fs. 494 aparece un formulario de Procedimiento para el Reconocimiento de Títulos por parte de la Universidad San Francisco de Quito en que el Comité Académico aprueba el reconocimiento del Título de especialista a la actora el 17 de julio de 2007. La demanda se presentó el 10 de septiembre de 2008, por lo que se concluye que desde la presunta perpetración del acto dañoso hasta la introducción de la acción en sede judicial, no ha trascurrido el tiempo de cuatro años para que prescriba la misma. Por consecuencia, no ha lugar a la prescripción de la acción.

4.2.5.- El Tratadista Arturo Valencia Zea, explica: *"Entre el hecho (culposo o no culposo) imputable a una persona física o jurídica y el daño causado debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho."*(- Derecho Civil, Tomo III, De las obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pág. 240.). La actora siendo médico residente del Hospital Carlos Andrade Marín se adscribió al Convenio Interinstitucional para el Desarrollo de la Educación

Superior en Ciencias de la Salud mediante programas de Capacitación Continua, Investigación Biomédico Social y otorgamiento de Becas para internado Rotativo y Estudios de Postgrado celebrado entre el Instituto de seguridad Social y la Universidad San Francisco de Quito, con lo que paso a ser becaria del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como estudiante del Posgrado en Oftalmología con el fin de que la Universidad San Francisco de Quito le otorgue el título de especialista de derecho, conforme las clausulas 5.5 y 6.6 del Convenio constante a fs. 35 a 38 del cuaderno de primer nivel. Dicho convenio tenía como objetivos el desarrollo de programas de educación y la estimulación de la investigación biomédico social y entre sus alcances el de *"asegurar el financiamiento suficiente de cada uno de los programas a ejecutar, dentro de las capacidades presupuestarias de la UNIVERSIDAD y el IESS, y complementarlos con la contribución de otras entidades nacionales e internacionales"*. Las obligaciones que atañen al convenio interinstitucional, entre la Universidad San Francisco y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, son reciprocas entre sí, son suyas propias, corresponden a un nexo horizontal totalmente extraño, al optado por la actora, que tiene carácter puramente académico, que geométricamente representado, es de orden vertical, y con fundamento en la razón social y razón de ser de la Universidad San Francisco de brindar educación a ecuatorianos y extranjeros, bajo el supuesto de que cumple con las exigencias de la Ley, y en función de aquello, otorgar títulos. Tanto es así que la actora no aparece como suscriptora del referido convenio. La adscripción a la carrera profesional en nivel de postgrado, no la hace tercera en la relación de las entidades demandadas; la vinculación escolástica está destinada a obtener un grado superior en conocimientos, vinculación que admitida por la Universidad, obra en contrapartida la obligación de otorgarlos, una vez que el cursante cubre el pensum y las condiciones previamente establecidas, en las leyes, reglamentos pertinentes, convenio, etc.; consecuentemente, pugna con el sentido común, la pretensión de que se considere en esta litis el incumplimiento contractual, respecto de la demandante; excepción que por improcedente, se la rechaza.

4.2.6.- En relación con la ilicitud como acción u omisión y como presupuesto para la reparación de daño moral, en el caso en examen, la actora ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Universidad San Francisco para la obtención del Título de especialista de Derecho en Oftalmología; pese a que en el 2002 culmino con el pensum de estudios, después de varios años de insistencia la Universidad le impuso un nuevo requisito para culminar la especialidad por lo que elaboró una monografía que culmino conforme aparece en el proceso en 2006. Es ilógico entonces, que la Universidad San Francisco sostenga que no se han analizado las limitaciones legales que dicha entidad privada tenia para entregar el título ofrecido a la actora, excepción que en nada le favorece; por el contrario resulta inconcebible que una Institución de nivel superior, con absoluta falta de seriedad ofrezca servicios de educación, que no tiene. Si existían razones que le imposibilitaban cumplir con el compromiso adquirido en el Convenio de Cooperación Interinstitucional, ¿cómo recluta estudiantes, vendiendo la oferta de otorgar títulos? Esas dificultadas debieron ser superadas previamente, pues no se puede jugar con las aspiraciones legítimas y animo de superación de la juventud. El presupuesto en mención testa totalmente la cláusula sexta del contrato celebrado entre las Instituciones suscriptores, que dice: "DEBERES Y ATRIBUCIONES DE LA UNIVERSIDAD": "*Otorgar el grado de especialista al estudiante de posgrado que haya aprobado debidamente el curso respectivo*"; En términos de derecho, la negación de esta obligación, constituye el "hecho ilícito", de aquellos sancionados por el articulado del título XXXIII del Código Civil; que se profundiza cuando se amplía es espectro de las exigencias, sin estar contemplados en ningún instrumento legal previo; por ejemplo la del Ab. José Guerrero, Procurador Judicial de la Universidad San Francisco de Quito, quien elabora una evaluación jurídica para el reconocimiento del título de la accionante; la elaboración de una monografía, que la desarrolló con el nombre de Toxoplasmosis Ocular-Uvítis; y las comunicaciones suscritas por el Dr. Germán Montalvo, Gerente de Investigación, Docencia de la Dirección Nacional Medico Social del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de 2 y 30 de enero de 2006; Dr. Enrique Noboa Decano del Colegio de Ciencias de la Salud de la Universidad San Francisco de Quito de 13 de junio de 2007; la de 08 de junio de 2007; y la de la propia postgradista de 07 de junio de 2007, con lo que se la mantenía en expectativa, para

después de varios años negarle la concesión del título, desconociendo la documentación descrita, en que se daba a conocer al Dr. Santiago Gangotena, Presidente de la Universidad San Francisco de Quito, que la Dr. Nidian Torres cumplía con los requisitos para la obtención del Título de Doctora Especialista en Oftalmología.

Del análisis precedente, y de la compilación de los "hechos probados" en la causa, este Tribunal estima que la Universidad San Francisco de Quito, incurre en el "ilícito", de tomar adscrita a la Dra. Nidian Torres, para cursar estudios con el fin de otorgarle el título académico de postgrado en cuarto nivel, en la especialidad de oftalmología, y no otorgarlo, una vez cumplidas las exigencias instituidas por la propia entidad.

Dice el demandado en su defensa, que no es culpable del hipotiroidismo que padece la actora. Más allá de esa probabilidad, de lo que sí es culpable, es de las consecuencia que le trajo al impedirle el acceso a mejores oportunidades laborales; aquellas cotizadas sobre la base de la especialización postgrado; de seguir incrementando su acervo de conocimientos en otros centros de educación, nacionales o extranjeros, por conocido el camino de los estudios para la superación personal y para el servicio de la comunidad. Esto se constituye en el "nexo causal", entendido como el efecto físico o psíquico de un acto u omisión, generador de una responsabilidad de orden material; o a decir de la norma, fundamental de esta acción: "*el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado"* (Art. 2232, inc. 3ro. CC) Es la conexión que vincula los hechos con los perjuicios tangibles del sujeto pasivo en la relación, por una conducta culposa del agente, que no responde a caso fortuito, fuerza mayor, ni duda razonable, sino a una grave negligencia. "*El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño*" (Enrique Barros Bourie, pág. 373).

El Art. 2232 del Código Civil, inserto en el Capítulo de los Delitos y Cuasidelitos, establece:

"*En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta"…están especialmente obligados a esta reparación quienes (…)* ***provoquen*** *(…)* ***en general sufrimiento físico o psíquico, como angustia, ansiedad, humillación u ofensas semejantes****.*

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."

Del texto transcrito, no necesariamente se debe juzgar por las enfermedades resultantes, basta la demostración de los sufrimientos ocasionados, que fluyen de manera espontánea de los hechos presentados en la demanda, contradichos por los demandados y probados en tiempo oportuno; no condiciona una expresión externa, sino de la presencia objetiva de una acción u omisión antijurídica que la mueve y crea la responsabilidad civil, como objeto de declaración sustantiva.

De los elementos de la norma, solo tomaremos uno, para patentar los efectos de un hecho productor de daño moral: la ansiedad, "*o sinónimo de congoja, preocupación, desasosiego ante acontecimientos futuros o situaciones de incertidumbre; (…) reflejo de peligro y temor. (…) En psicopatología, la ansiedad es una reacción emocional normal necesaria para la supervivencia de los individuos de nuestra especie. No obstante, las reacciones de ansiedad pueden alcanzar niveles excesivamente altos o pueden ser poco adaptativas en determinadas situaciones; en este caso la reacción deja de ser normal y se considera patológica. (…) Entre los trastornos físicos que normalmente atiende el médico se encuentran los llamados trastornos psicofisiológicos, como los trastornos cardiovasculares (enfermedad coronaria, hipertensión, arritmias, etc.), trastornos digestivos (colon irritable, úlcera), trastornos respiratorios (asma), trastornos dermatológicos (psoriasis, acné, eczema), y otros trastornos psicofisiológicos (cefaleas tensionales, dolor crónico, disfunciones sexuales, infertilidad, etc.). Entre los trastornos mentales (…) los trastornos del estado de ánimo (depresión mayor, distimia, etc.), las adicciones (tabaco, alcohol, cafeína, derivados del cannabis, cocaína, heroína, etc.), los trastornos de la alimentación (anorexia, bulimia), trastornos del sueño, trastornos sexuales, trastornos del control*

de impulsos (juego patológico, tricotilomanía, etc.), trastornos somatomorfos (hipocondría, somatización, conversión, etc.
(…) La ansiedad no controlada a tiempo y sin tratamiento puede desembocar en un trastorno depresivo
La décima revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades y Trastornos relacionados con la Salud Mental realizada por la OMS, CIE-10, clasifica al trastorno de ansiedad generalizada, la que presenta, entre otros, FACTORES PSICOSOCIALES como estresores psicosociales, que juegan un papel muy importante en muchos trastornos de ansiedad, como factores precipitantes, agravantes o causales. Los problemas de relaciones interpersonales, académicos y laborales, (el subrayado fuera de texto) *amenazas de pérdidas, necesidades sociales y económicas apremiantes, cambios en el sistema de vida, etc. se asocian en la producción de los trastornos de adaptación de tipo ansioso y de la ansiedad generalizada*." (Dr. J. Américo Reyes-Ticas. Trastornos de Ansiedad Guía Práctica para Diagnóstico y Tratamiento)

Es decir, existe impacto negativo en la personalidad de la accionante, cuya condición de ser humano, no es distinta a las que son objeto de estudio en los tratados como el referido ut supra; es patente la molestia que sufre una persona tanto física como en sus sentimientos, cuando el menoscabo lastima sus atributos y proyectos fundados en la institucionalidad del Centro Universitario, que supone seriedad y rigor. A decir de Ramón Maciá el daño moral "*es aquel daño que causa lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama, lo que asumo vendría a considerarse como la afectación a un derecho extrapatrimonial o moral*" (La dualidad del daño patrimonial y del daño moral, Revista de responsabilidad civil y seguro, 2010, dialnet. unirioja.es/descarga/articulo/3675984.pdf).

El daño moral, procede ser indemnizado por justificada la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. En la especie la gravedad particular del perjuicio se refleja en que la accionante, con vista en el "Convenio de Cooperación Interinstitucional para el desarrollo de la Educación Superior en Ciencias de la Salud, mediante Programas de Capacitación Continua, Investigación Biomédica y Otorgamiento de Becas para Internado Rotativo y Estudios de Postgrado", suscrito con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se adscribió, o en nuestros términos, se matriculó en la Universidad San Francisco, para obtener el título de Especialista de derecho, en esa área de la ciencia médica, conforme con la cláusula sexta -del convenio suscrito con el IESS-, dice *"Otorgar el grado de Especialista al estudiante de postgrado que haya aprobado debidamente el curso respectivo"* (insístese). Que después de terminar los estudios, en 2002, la Universidad impuso obligaciones nuevas: elaboración de monografía, sobre la que se gestionó su examen práctico, fijado para el 8 de junio de 2007; y que pese a que la cursante cumple con todos los requisitos curriculares y extra curriculares, como lo informa el Dr. José Guerrero Ponce, Procurador Judicial de la Universidad San Francisco, y pese a que el Dr. Enrique Noboa, Decano del Colegio de Ciencias de la Salud de la misma Universidad, RESUELVE que la Dra. Torres *"cumple con todos los requisitos legales y académicos para el reconocimiento de su título de especialista por parte de la Universidad"* sin embargo, dicha Universidad, no se lo concedió. El hecho denunciado es grave, desde cualquier perspectiva, pues implica un fraude, o acción contraria a la verdad y perjudicial para la actora, en cuanto trunca su derecho inmediato a acceder a una vida prospera; y mediata, en cuanto restringe y menosprecia sus metas personales y profesionales, por lo que cabe la función compensatoria de su bien afectado, mediante de la indemnización, dada la intensidad relevante de su aflicción, que la toca también pecuniariamente.- Para Enrique Barros Baurie; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 314, "*(…) el daño está circunscrito por los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico protege con una acción reparatoria, mientras en el segundo comprende, en general, todos los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales que cumplan con ciertos requisitos mínimos para ser objeto de protección civil. En un caso, la idea de daño está limitada por los intereses que la ley califica como derechos; en el segundo, todo interés legítimo y relevante es un bien jurídico digno de ser cautelado*".

4.2.7.- Con respecto a la responsabilidad del IESS, y en particular al Hospital Carlos Andrade Marín, se tiene que las obligaciones que adquirió con la actora como cursante, se limitan al compromiso de beneficiar a sus ex residentes en prorrogar sus contratos y coordinar con la Universidad San Francisco para que se acepte su adscripción al programa de postgrado; sin que se encuentre entre

sus competencias la de otorgar títulos de cuarto nivel. Consta que sus funcionarios, expidieron sendos documentos que certificaron la aptitud de la actora, para acceder al grado académico propuesto; tales como: "que la doctora Torres Noboa Judith cédula de identidad 171098634-8, realiza el postgrado de oftalmología en el Hospital Carlos Andrade Marín, dentro del programa auspiciado por la Universidad San Francisco; que su asistencia es normal a todas las actividades académicas y asistenciales previstas; que ha percibido un monto mensual de USD 697,42; que ha permanecido en calidad de Médico Residentes Postgradista de la Universidad San Francisco; que ha realizado consulta externa, emergencias, y ayudante de cirugía, conforme lo informan los señores Dr. Iván Cevallos Miranda, Gerente de Investigaciones y Docencia del Hospital Carlos Andrade Marín (fs. 63 de primer nivel); el Dr. Edison Torres Valenzuela; Jefe del Servicio de Oftalmología del mismo Hospital; y que a su tiempo se solicitó la agilidad de los trámites para el otorgamiento de los títulos a los médicos del programa de Postgrado, fechado a 28 de marzo de 2006 (fs. 67 y 68 primer nivel). Por estas razones el demandado Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Hospital Carlos Andrade Marín, queda exento de pago de reparación alguna.

4.2.8.- Con respecto a la cuantificación del daño moral, esta Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional, estimando el padecimiento, los sentimientos de pena que sufre como sujeto agraviado por el daño moral, teniendo en cuenta que cada individuo asume y reacciona de distinta forma a los efectos gravosos que le ocasiona el acto u omisión ilícitas; porque en el caso se encuentra justificado que el proceder de la Universidad San Francisco produjo en la accionante conmoción, incertidumbre, angustia, ansiedad, por la negativa del otorgamiento de su título de Especialista de derecho en oftalmología, que le impide su crecimiento profesional y laboral. Porque el artículo 2232 del Código Civil, deja *"(…) a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."*, refiriéndose a la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta; "prudencia" que acorde con las circunstancias establecidas en el proceso, permitan fijar un valor equitativo, en justicia, atendiendo al carácter meramente reparador, mas no sancionador. Porque la negativa de la Universidad San Francisco, a cumplir con su obligación parte de la terminación de los cursos, en el año 2002, extiende su expectativa hasta la fecha en que interpone la demanda en 2008, sin que conste que después de aquello, el demandado obligado hubiere respondido a su deber, bloqueando sin recato e indefinidamente, el proyecto de vida de una estudiante, y sus legítimas aspiraciones de prosperar tanto económica como profesionalmente. Porque la remuneración promedio por ocho horas diarias de trabajo de un médico en la condición, de la actora, supera los mil novecientos dólares mensuales, (oficio constante a fs. 758 Nº SAJ.10.2009 00013416 de 06 de noviembre de 2009, suscrito por la Dra. Violeta Merizalde de Chaves, Directora de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud); porque con el título y grado profesional de cuarto nivel, su ingreso mensual habría de multiplicarse, sin que aquello pueda darse por la actitud omisiva de la Universidad San Francisco, coartando su derecho de superación académica. En esta forma se pondera y justifica el monto de la indemnización.

QUINTO.- DECISIÓN

Por lo expuesto este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil 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 de mayoría, dictada por la Sala de lo Civil Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 08 de septiembre de 2017, las 15h51; y en su lugar, en los términos expresados en esta resolución, acepta la demanda y dispone a la Universidad San Francisco de Quito pagar a la actora Dra. Nidian Judith Torres Noboa, la cantidad de OCHENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sin costas ni honorarios.- **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dra. Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (PONENTE E.); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL (Voto salvado); Dr. Carlos Teodoro Delgado, JUEZ NACIONAL (E).

VOTO SALVADO

Juicio No. 17113-2014-1753

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchan Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, miércoles 25 de julio del 2018, las 11h50.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que, pretendiendo indemnización pecuniaria a título de reparación por daño moral, siguió Nidian Judith Torres Noboa en contra de la Universidad San Francisco de Quito y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con la intervención del Procurador General del Estado; la actora interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada el 08 de septiembre de 2017, las 15h51, por un tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que, al aceptar el recurso de apelación interpuesto por los demandados, desecha la demanda por considerarla improcedente.

Concedido el recurso de casación por el tribunal de instancia, y remitido al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, el Conjuez de esta Sala, en quien por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, lo acepta a trámite y dispone remitirse el expediente a este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. Fijada la competencia por un nuevo sorteo para la elaboración de la ponencia, y formulada aquella por la Dra. Beatriz Suárez Armijos, disintiendo con su contenido y fundamentación, la suscrita jueza, emite VOTO SALVADO en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Invocando la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente acusa como infringidas las normas contenidas en los artículos 2232 inciso primero, por falta de aplicación y 1505, 1561, 1568, 1595 (1598), 1594 (1567), 1532 (1505), 1597 (1570), y 1572 del Código Civil, por indebida aplicación.

Alega al respecto "*Es evidente que la Sala de mayoría no analizó la naturaleza jurídica de este Convenio de Cooperación Interinstitucional que fue suscrito al amparo de los artículos 42, 56 y 119 de la Constitución Política de 1998 que disponían que el Estado garantizará el derecho a los servicios de salud, conforme entre otros, a los principios de calidad y eficiencia… El considerar al Convenio de Cooperación Interinstitucional como un contrato bilateral y compararlo con un ´contrato de compraventa´, conllevó a que en el considerando noveno de la sentencia se confunda la acción indemnizatoria patrimonial general, con la acción de daño moral extra patrimonial que está constituida por el sufrimiento, sentimientos de dolor, angustia, ansiedad, etc., que corresponden a la esfera íntima de la persona y su condición humana, los cuales, conforme ha señalado la Corte Nacional en varios de sus fallos, y el voto salvado constante en autos, no necesitan ser demostrados, sino que son el resultado próximo de acción u omisión ilícita del demandado, conforme señala el Art. 2232 del Código Civil que no fue aplicado en la sentencia, como correspondía hacerlo y en su lugar aplicaron indebidamente el artículo 1572 del Código Civil*".

Con fundamento en la causal 3, acusa falta de aplicación de los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, relativos al principio de unidad de la prueba, como precepto jurídico de valoración y, a la oportunidad de la prueba; señalando que en la sentencia no se hace una valoración conjunta, más aún, no se toman en cuenta ninguna de las pruebas que constan del expediente; enlista aquellas que considera no se han valorado, lo que, sostiene *"conducen a una indebida aplicación del Art. 116 del Código de Procedimiento Civil y a la no aplicación de los incisos segundo y tercero del artículo 2232 del Código Civil."*

Su pretensión radica en solicitar al Tribunal de Casación que en sentencia se declare con lugar la indemnización por daño moral que se demanda.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución del Ecuador, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa, en razón del sorteo realizado, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza y Conjueces

Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo de la Judicatura, en forma Constitucional; con competencia para resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 269 del Código Orgánico General de Procesos. Actúan la Dra. Beatriz Suárez Armijos y el Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, en virtud de los oficios números 191-SG-CNJ de fecha 29 de enero de 2018 y, 398-SG-CNJ de fecha 26 de febrero de 2018 respectivamente.

2. DE LA CASACIÓN Y SUS FINES

2.1. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal. Limitado, porque procede de solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación fáctica presente en el proceso, para la unificación de la jurisprudencia.

3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVERSE

3.1 En virtud de los puntos a los cuales la recurrente contrae el recurso, al Tribunal le corresponde resolver:

3.1.1. Si a los hechos del proceso, producto de un convenio interinstitucional al que se adscribe la actora, les son aplicables las normas que regulan las obligaciones contractuales, o por el contrario, constituyen una omisión ilícita que ha producido daño moral que deba repararse, en aplicación del artículo 2232 del Código Civil, que regula la responsabilidad extracontractual.

4. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1. La responsabilidad civil, en la legislación ecuatoriana proviene de dos fuentes diversas, el contrato y el hecho ilícito. La indemnización de perjuicios a la que se refiere el artículo 1572 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante, provenientes del incumplimiento de la obligación contractual, su cumplimiento imperfecto o su retardo.

La responsabilidad extracontractual, generada por acciones u omisiones ilícitas, prevista en el Título XXXIII ibídem, abarca los elementos dolo y culpa, como requisito esencial del nacimiento de la obligación de indemnizar los daños causados; obligación que constituye un deber jurídico que tiene como contraparte el derecho del sujeto perjudicado.

4.2. La indemnización de perjuicios materiales, tiene por objeto evitar la disminución del patrimonio tangible de la persona víctima del daño, retornándolo a su estado anterior; así sus componentes el daño emergente, y el lucro cesante, buscan en su orden cubrir el costo de la reparación necesaria del daño causado y los gastos inherentes a su consecución; y, la ganancia que se ha dejado de percibir o la pérdida de ingresos como consecuencia directa del hecho dañoso. Con este tipo de indemnización, debe repararse el perjuicio causado y nada más que aquel.

4.3. Las normas que regulan la obligación de indemnizar a título de reparación el daño moral, protegen los derechos e intereses de carácter inmaterial, de una persona, con independencia de toda actividad económica; daños que, pueden afectar su nombre, su honor, su libertad de conciencia, de expresión, de culto, su crédito, su integridad corporal y otros componentes de los atributos de la personalidad; ya sea por el cometimiento de un delito, o un ilícito civil, cuando, el daño, es su resultado próximo.

4.4. El artículo 2232 del Código Civil, prevé que podrá demandar indemnización pecuniaria a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y la falta. Reparación que puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado.

5. ANÁLISIS DE LOS CARGOS EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES REALIZADAS

5.1. CAUSAL TERCERA: El artículo 3 de la Ley de Casación, establece que: "*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*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto". Sostiene la recurrente que: "*En la sentencia objeto del presente recurso de casación no se hace una valoración conjunta de las pruebas, es más no se toma en cuenta ninguna de las pruebas que constan del expediente; la sentencia de mayoría se limita a decir que existen varios documentos que justifican la relación de la actora con los demandados, y para ello se cita los parámetros de evaluación, descuentos económicos, certificaciones y oficios; omitiendo valorar, entre otras, las siguientes pruebas testimoniales y documentales aportadas al proceso*", y enlista una serie de pruebas que aduce han sido actuadas en primera y segunda instancia, señalando entonces que en la sentencia se ha producido falta de aplicación de los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, normas que en su orden establecen: que la prueba será apreciada en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, con la obligación de expresar en la resolución la valoración de todas las pruebas producidas; y, que solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio; en tanto, el artículo 116 ibídem ordena "*Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio".*

La pretensión de la actora, es el pago de una indemnización pecuniaria a título de reparación por daño moral, ello implica responsabilidad objetiva extracontractual de la Universidad San Francisco de Quito y el IESS, por una acción u omisión ilícita que al violar derechos inherentes a la personalidad de la demandante le causaron daño meramente moral. Estos, los supuestos fácticos que debieron alegarse en la demanda y justificarse en el proceso y, para los cuales, la prueba actuada debe ser pertinente, teniéndose en cuenta, que la Litis se traba con la improcedencia de la pretensión de daño moral, derivado del incumplimiento contractual, y la prescripción de la acción de daño moral.

La prueba documental enlistada por la actora como no considerada en la valoración efectuada por el Tribunal de instancia es precisamente aquella que valorada en su conjunto, en el considerando OCTAVO del fallo impugnado, conduce al tribunal de instancia a establecer la existencia de una relación contractual entre la Universidad San Francisco de Quito y el IESS, convenio al que se adscribe la cursante del posgrado, actora en la causa, y de cuyo incumplimiento se acusa a la Universidad San Francisco de Quito, incumplimiento contractual que no genera reparación de daño moral. Son pruebas documentales presentadas en el proceso entre otras, el Convenio de Cooperación Interinstitucional para el Desarrollo de la Educación Superior en Ciencias de la Salud mediante programas de capacitación continua, investigación biomédico social y otorgamiento de becas para internado rotativo y estudios de postgrado suscrito entre el IESS y la USFQ el 04 de diciembre de 2001, en el que se establece que los médicos que participan en el programa de posgrado, no contraen vínculo laboral alguno ni con la Universidad ni con el IESS (7.2., fs. 35). Sin embargo, el vínculo con los médicos becarios, existe como consecuencia de la adscripción de la médico residente al Convenio, lo que se justifica con los documentos de pagos efectuados a la Universidad San Francisco, en concepto de matrícula y mensualidades, así, la sentencia recurrida establece: "*consta en todo el proceso varios documentos con los que justifica la relación existente entre la demandada, el IESS y la Universidad San Francisco de Quito, tales como parámetros de evaluación, descuentos económicos, certificaciones y oficios*". *"(…)*

Entonces, aplicadas en la valoración probatoria las normas contenidas en los artículos 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil, y no obtenida de aquellas, la justificación de los presupuestos del daño moral, la acusación de violación indirecta del artículo 2232 del Código Civil, carece de sustento, por lo que, se desechan los cargos.

5.2. Con respecto a la acusación de vulneración, por falta de aplicación de la norma contenida en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil, que dispone "*En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta*." procede la reflexión sentada en líneas anteriores, no justificada la existencia de una falta (acción u omisión ilícita) como generadora del daño moral, no procede la actuación de la norma que lo regula. Si la propia demandante deja establecido como fundamento de hecho de la demanda, el incumplimiento en la entrega del título al que estaba obligada la Universidad San Francisco de Quito, en razón del convenio al que se adscribió,

no puede pretender que la sentencia califique al incumplimiento de un deber contractual como hecho ilícito, para que proceda la acción por ella entablada, cuando el artículo 1572 del Código Civil, prevé que el no cumplimiento de la obligación o el cumplimiento imperfecto genera indemnización de perjuicios que comprende el daño emergente y el lucro cesante; norma de la que se exceptúa el daño moral, y que citada en la sentencia con otras normas referidas a las obligaciones (según la recurrente artículos 1505, 1532, 1561, 1567, 1568, 1572, 1594 1595) efectivamente no actúan en la sentencia, ni se aplican en ella, son utilizadas para sustentar el criterio del tribunal, respecto a que el incumplimiento de una obligación, genera otro tipo de acciones y no precisamente la de daño moral entablada por la actora.

Aplicar una norma en una sentencia, implica hacerla actuar produciendo efectos en el caso concreto, así el artículo 1505 del Código Civil, actúa en una sentencia, cuando en ella se declara la resolución del contrato bilateral, justificado el incumplimiento de lo pactado, por uno de los contratantes; citar una norma para argumentar sobre la improcedencia de una acción no significa aplicarla; entonces no aplicadas las normas en la decisión, no procede se acuse indebida aplicación de las mismas.

DECISIÓN

Con la motivación que antecede, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, NO CASA la sentencia dictada por un tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 08 de septiembre de 2017, a las 15h51, en el juicio ordinario propuesto por Nidian Torres Noboa en contra de la Universidad San Francisco de Quito y el IESS. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, JUEZ NACIONAL (E); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

IV

Causa Nro. *0646-2011*
Resolución Nro. *0151-2018*
Fecha: *28 de agosto del 2018*

TEMA: Se puede adquirir un bien que perteneció a la unión de hecho que se ha disuelto, si se cumplen los requisitos para que opere la prescripción, como es el transcurso del tiempo. Por tanto no cabe negar la prescripción por sostener que la mujer reconoció al conviviente como propietario.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora demanda la prescripción extraordinaria adquisitiva de un bien inmueble, el cual ha mantenido en posesión pacífica e ininterrumpida, como verdadera dueña, incluso ha dado el bien en arriendo y anticresis. El demandado alega ser el legítimo propietario y adjunta una escritura de compraventa, señala que el bien está gravado con patrimonio familiar, y que él ha sido quien ha autorizado los arriendos. En la junta de conciliación, la actora señala, entre otras cosas, que el bien constituido en patrimonio familiar es inembargable e inalienable pero de ningún modo es imprescriptible. El demandado sostiene que la actora fue su conviviente. Se comprueba que existió la mencionada unión de hecho. Señala que la unión de hecho se asimila a la sociedad de bienes, por lo que es necesario que se haya disuelto. Por lo tanto, desecha la demanda por improcedente, dejando a salvo el derecho de las partes de seguir la acción correspondiente.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La actora presenta recurso de apelación. Se señala que, de la valoración de las pruebas se evidencia que la actora y el demandado vivieron juntos, por lo que se concluye que en efecto la actora ocupó el inmueble por el tiempo en que convivió con el propietario. Añade el Tribunal de apelación que, para que opere la prescripción a favor de la actora, ella debía poseer por sí sola el bien, sin la posesión del demandado. Rechaza el recurso al considerar que no se cumple la posesión.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con esta decisión, la actora presenta recurso de casación de la sentencia que confirma la subida en grado que declaró sin lugar su demanda. Al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación considera falta de aplicación de los artículos 222 y 226 del Código Civil. Que la unión de hecho que mantuvo con el demandado terminó mediante sentencia en el año 1987; por lo que reclama la posesión del bien desde 1989. Que la falta de aplicación de las normas citadas hace que el ad quem considere que no mantenía el bien con ánimo de señora y dueña. Por la causal tercera alega que con sus pruebas ha justificado la prescripción. El Tribunal observa que el tribunal de apelación sostiene que la actora ocupaba el inmueble mientras vivió con el propietario, que por ese tiempo no ostentó calidad de posesionaria sino que reconoció al demandado como propietario, criterio errado para el Tribunal de casación, que considera que este hecho coloca a la mujer en estado de sumisión patriarcal. Añade que existe jurisprudencia de la ex Corte Suprema que declara con lugar la prescripción de bienes constituidos en patrimonio familiar. Por lo que se acepta el cargo. Añade que se ha cumplido el tiempo, que lo establece en veinticinco años. Casa la sentencia y declara que operó la prescripción a favor de la actora.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17321-2011-0646

Jueza Ponente: Dra. Beatriz Suárez Armijos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, martes 28 de agosto del 2018, las 10h29.-

VISTOS.- En el juicio ordinario de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio seguido por **ANA BOADA FONSECA** contra **LUIS ESTUARDO PINO**; la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, expide sentencia el 30 de mayo de 2017, las 12h03, confirmando el fallo de primera instancia que declaró sin lugar la demanda por improcedente y falta de prueba. En ejercicio del derecho consagrado en el art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución y conforme la Ley de Casación vigente para la prosecución de esta causa, la actora interpone recurso de casación impugnando la sentencia antes individualizada.

Radicada la competencia en éste Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional, integrado por la señora Dra. María Alejandra Cueva Guzmán en reemplazo de la señora Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, mediante oficio No. 1410-SG-CNJ-ROG de fecha 8 de agosto de 2018; y los señores doctores Carlos Teodoro Delgado Alonzo y Beatriz Suárez Armijos, Jueces encargados mediante oficios Nº 398-SG-CNJ, de 26 de febrero de 2018; y 191-SG-CNJ de 29 de enero de 2018, respectivamente; y en atención a la admisión del recurso de casación en auto de 23 de febrero de 2018, las 11h15; por agotado el trámite, para resolver se considera:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Corte Nacional de Justicia, ejerce jurisdicción nacional, en el marco de la justicia ordinaria, en todo el territorio del Ecuador, conforme lo establece el Art. 172 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en función del mandato consagrado en el Art. 184.1 de la Constitución de la República.

La competencia de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, se respalda en el Art. 190 del Código Orgánico de la Función Judicial, que faculta al Tribunal, para conocer de *"Los recursos de casación y de apelación en materia civil y mercantil, que no conozcan otras Salas, incluidos los recursos de casación en materia de inquilinato y de colusión",* en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La fundamentación del recurso es el espacio jurídico destinado a demostrar las hipótesis del yerro alegado, misma que la casacionista enfoca así:

2.1.- Con fundamento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, acusa falta de aplicación de los Arts. 222 y 226 del Código Civil, relativos a la unión de hecho y su terminación. Que si bien mantuvo unión de hecho con el señor Luis Estuardo Pino (demandado), esta se disolvió mediante sentencia en el año 1987. Por lo que reclama la posesión del bien inmueble, materia de prescripción, únicamente desde 1989 hasta la presente fecha. Considera que la conclusión del Tribunal Ad-quem, en cuanto a que la actora no mantenía la posesión con ánimo de señora y dueña porque siempre reconoció que el propietario era su conviviente, acarrea la falta de aplicación de las normas citadas.

2.2.- Por la causal tercera de casación, censura errónea interpretación de los *"preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, Arts. 2410 y 2411 del Código Civil"*. Aduce que con las pruebas aportadas ha justificado los requisitos legales y los especiales para la prescripción; que la conclusión a la que arribó el tribunal con la valoración de las pruebas es errónea.

En estos términos se fija el objeto del recurso y, en consecuencia, lo que es materia de análisis y decisión de este Tribunal de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

TERCERO.- CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

3.1.- El recurso extraordinario de Casación, es un medio de impugnación formal, cuya finalidad es el control de legalidad en resguardo del derecho positivo y de la Jurisprudencia reiterativa elevada a precedente. Con respecto a la casación, Guasp precisa: *"Es pues, un recurso de carácter extraordinario (…)*

donde las partes no pueden acudir a ella en base a su simple interés, sino que tiene que contar con una base legalmente determinada, (…) esto es, con un motivo". (Guasp., Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel: "La Casación Civil española en algunas de sus complejidades", pág. 13.)

3.2.- Para el trámite y resolución de este recurso, tanto la derogada Ley de Casación como el actual Código Orgánico General de Procesos tienen disposiciones de índole técnico a cumplirse, en el orden puro de nuestro ordenamiento. La Corte Constitucional en sus distintas resoluciones y en específico en la sentencia N.° 234-15-SEP-CC del caso N.° 1897-12-EP, ha señalado:

> *"(...) el recurso de casación se encuentra constituido por fases previamente definidas dentro de las cuales, la actividad jurisdiccional es diferente, por lo que superada una fase, a efectos de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes, no puede volverse a ella en una fase posterior, en tanto, aquello, atentaría contra la previsibilidad de la aplicación normativa en los diferentes momentos que componen un proceso."*

Así, a la resolución interlocutoria de admisibilidad, le sigue el estudio de fondo como actividad principal del Tribunal de Casación, la que en el caso, presenta dificultades, en cuanto la estructura de la causal tercera, postulada como error jurídico atribuido al juzgador de Alzada en su decisión, resulta incompleta dada la ausencia de determinación de normas adjetivas, medios de prueba, ligadas a la sustantiva u objetiva violada, impidiendo un pronunciamiento efectivo en mérito, porque no hay materia propicia que permita articular una resolución de casación; Es que, si bien no es posible regresar a fase de calificación, tampoco es posible por estos defectos de cuestación, avanzar en el análisis, que necesariamente debe contemplar el yerro ligado entre normas procesales y materiales.

Con estos antecedentes, y por el hecho procesal de la admisión, solo resta obrar en conformidad con el mandato de los artículos 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, usando la facultad de control de legalidad y 75, 76, números 1 y 7, letra l) de la Constitución de la República, que obliga a los poderes públicos a tutelar y garantizar los derechos de las partes, así como a motivar las resoluciones, mediante razonamientos jurídicos apropiados y lógicos, por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria ha infringido o no, normas legales, o ha incurrido o no en errores jurídicos, lesionando de manera grave los derechos de la recurrente, tangibles en el fallo.

CUARTO.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS

El problema jurídico que se resuelve, es el presentado en el libelo de recurso y sus respectivas censuras, orientadas a evidenciar, si la demandante, tiene derecho a acceder a la propiedad del bien inmueble que disputa, por haber permanecido en él durante el tiempo que se unió maritalmente con el demandado, (en que se adquirió el predio, pero la actora mantenía vínculo matrimonial con otra persona), mientras mantuvo unión de hecho con el demandado, posterior a su divorcio, y con posterioridad a la terminación de dicha relación, pretensión fundada en los artículos 2410 y 2411 del Código Civil, 222 y 226 ibídem; ítems que imponen el marco del desarrollo y análisis del presente fallo, insístase, por haber sido admitido el recurso, sin opción a recalificar el mismo.

4.1.- Causal tercera del Art. 3 de la ley de Casación, por errónea interpretación de los Arts. 2420 y 2411 del Código Civil.-

La causal tercera del Art. 3 de Ley de Casación 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 que la causal proceda es necesario: a).- El yerro ha de consistir, en que el juez o tribunal hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorando la que sí existe en ello o adulterado la objetividad de esta agregándole algo que le es extraño cercenando su real contenido; b).- La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser evidente, esto es contrario a la realidad establecida por las pruebas existentes; y, c).- Que este yerro de apreciación, conduzca al quebrantamiento de los preceptos que guían a la sentencia.

Es decir, y siempre con referencia a la admisión del recurso, al Tribunal le corresponde encontrar si en el fallo del Ad quem, existen dos infracciones, la primera respecto de normas de valoración de la prueba; y, la segunda relacionada con la violación de normas de derecho sustantivo o material, que han sido afectadas como consecuencia o por efecto del primer yerro, aplicándose equivocadamente o porque se dejaron de aplicar, quedando de manifiesto el nexo de causalidad entre una y otra.

"*(...) en la violación indirecta, hay algo que se interpone entre el juez y la norma. Se viola la norma por el juez pero por 'carambola', ya la violación no es directa, es indirecta. Esta violación también es in judicando porque se trata de aplicación de la norma a la relación conflictiva, pero para diferenciarla del primer tipo de violación directa, la denominan violación indirecta, o en otros términos a la violación directa la llaman violación juris y a la violación indirecta la denominan violación facti, por tener que ver con los hechos y pruebas del proceso". **(Zenón Prieto Rincón, Casación Civil, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2010, págs. 33 y 34).***

En el fallo impugnado, se aprecia como prueba de la accionante: *"1. Que se reproduzca y se tenga a su favor todo en cuanto de autos le fuere favorable, en especial el contenido de su demanda así como lo manifestado en la junta de conciliación. 2. Que se recepte los testimonios de Fanny Rebeca Acurio Acurio, Martha Elena Cervantes Acurio, María Aracely Cuzme Rivera, Bolívar Enrique Morales Mozo y Amelia Solís Moreira;* (todos quienes afirman que la actora "Isabelita", ha vivido siempre en el inmueble, que ha arrendado, que ha cobrado por ello) *3. Que se realice inspección judicial al inmueble materia de la litis* (que efectivamente se evacua, sin que allí se establezca que no es posesionaria)*; 4. Que se tenga como prueba de su parte el contrato de arrendamiento debidamente legalizado*; *5. Que se tenga como prueba la renovación del contrato de arrendamiento; 6. Que se tenga en cuenta el contrato de anticresis suscrito por la compareciente en calidad de deudora anticrítica y la señora Fanny Acurio Acurio;* (como efectivamente consta) *7. Que se tenga como prueba de su parte el pago del impuesto predial que lo ha venido cancelando año tras año* (que los presenta en originales)*; 8. Que se oficie a la Empresa Eléctrica y a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones; 9. Que se tenga como prueba de su parte siete cartas de pago por consumo de luz eléctrica; 10. Que se oficie al Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha; 11. Que se tenga como prueba a su favor la diligencia de inspección judicial al Juzgado Tercero de Inquilinato; 12. Que se oficie al Juzgado Segundo de Inquilinato; 13. Impugna la prueba que presente la parte demandada; 14. Tacha a los testigos que llegare a presentar la parte demandada."* Frente a lo que aporta el demandado: *"1. Que se tenga como prueba de su parte todo cuantos de autos le fuere favorable, e impugna lo adverso; 2. Que se reproduzca lo expresado en la junta de conciliación; 3. Que se repregunte a los testigos de la parte actora; 4. Impugna y rechaza los testigos que llegare a presentar la parte actora. 5.- Adjunta copia certificada del juicio que por desahucio siguió en contra de la arrendataria Fanny Acurio",* con toda la carga probatoria descrita, la sala de apelación llega a la conclusión de que la demandante hoy recurrente, "*efectivamente ocupaba el inmueble por el tiempo en que convivió con el propietario (señor Luis Pino de estado civil viudo), ahí nació la hija común de la pareja,* -pero que- *por tanto, la accionante señora Ana Boada Fonseca, durante todo aquel tiempo NO ostentó la calidad de posesionaria con ánimo de señora y dueña, sino por el contrario siempre reconoció que el propietario era su conviviente (hoy demandado)*"; apreciación que este Tribunal la considera errada, porque ubica a la mujer en estado de sumisión o subordinación patriarcal, y sin capacidad de ejercer derechos en igualdad de condiciones, atento el hecho de que el inmueble ha sido adquirido mientras la pareja convivía (1976), independientemente del nexo conyugal de la actora (con otra persona). El que en la demanda y demás actuaciones judiciales, se exponga el caso con "verdad", no implica reconocer necesariamente al demandado como dueño, de un bien adquirido con patrimonio familiar; al tiempo que la familia, en ese momento la integró también la señora Boada, junto con la hija común con el demandado. Este elemento inadmisiblemente argumentado en el fallo de alzada, es determinante en el sentido de que la actora ingresó al bien disputado, en calidad de dueña y señora, sin que las cambiantes circunstancias familiares, puedan volver en su contra el acto puro e inicial de su posesión. Consecuentemente la actora no es mera tenedora, (de lo que no tiene título alguno), sino posesionaria, en los términos del Art. 715 del Código Civil, la que ha sido tan pública, que el demandado allí la dejó, al terminar la unión de hecho que con ella mantuvo, sin clandestinidad ni interrupción.

Igualmente se estima errada la consideración del Tribunal de Alzada, tomada como prueba concluyente, *"copias del juicio de desahucio seguido por el demandado contra la arrendataria, contrato de arrendamiento del año 2011)*, de las que dice, *se verifica que el demandado (señor Luis Pino) ejerció todos los derechos que la propiedad le otorga, es decir mantuvo el dominio y la posesión del bien por el mismo tiempo en que la accionante dice mantuvo la posesión, en consecuencia mal podría coexistir la posesión (de quien pretende adquirir la propiedad) con el dominio en toda su extensión (de quien es demandado), ya que*

para que proceda la acción que nos ocupa, el propietario NO debe tener la posesión del bien, misma que debe ser justificada a favor de la parte actora(…)".

En el hipotético y no demostrado caso, de que el proceso de inquilinato hubiera sido verdadero, (que se pone en duda, dado que no existe resolución al respecto), la sola lucubración matemática indica que, si se inicia en 2011, y al susodicho desahucio se lo gestiona, en el mismo año de interposición de la demanda, este aparece como reacción tardía ante la inminencia de este juicio, cuando ya existen y de sobra los requisitos para que proceda la prescripción. De otro lado la acción de inquilinato, viene a ser un reconocimiento propio de dominio del demandado, un acto judicial aislado que no le quita mérito al derecho de prescribir de la actora, que se funda en "un hecho" justificado con sujeción a normas previas, claras y públicas, y que por tanto no incide en interrupción de su posesión, porque en tal caso el conflicto arrendaticio, involucra a tercera persona, por fuera de esta controversia.

Tampoco es admisible la conclusión de la Sala de instancia, acerca de que al haberse demandado a quien figura como titular de dominio, se lo ha reconocido como dueño; pues no existe forma que permita demandar a persona distinta a aquella a quien por justificados los presupuestos de la demanda deba ser privado de los derechos de propiedad.

Sobre el patrimonio familiar que se registra sobre el inmueble en disputa, es necesario acudir al texto del Art. 835 del Código Civil, que dispone:

"*El marido, la mujer o ambos conjuntamente si son mayores de edad, tiene derecho de constituir con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para si y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos de régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores"*

En orden taxativo de la norma se han distinguir los elementos concurrentes a la integración de la figura jurídica del patrimonio familiar, que necesita de "*el marido o la mujer o ambos conjuntamente*". El constituyente en el caso, no tenía condición legal de marido de ninguna persona; no obstante, no se puede desconocer el registro del patrimonio familiar en documento público. Pero más allá de esto, el objeto del levantamiento de aquel, es blindarlo contra "*toda acción de los acreedores*", más no existe limitación con relación a las instituciones constantes en el Código Civil y en particular a los modos de adquirir el dominio, habida cuenta que la demandante, no está requiriendo pago de acreencia alguna, sino que se limita a ejercer un derecho que se funda en un "hecho", al que favorece la ley.

El Art. 839 ibídem, dispone: "*Los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales"*

Si la ley es consustancial a la legalidad, nada más lógico que acudir a ella para determinar si sus normas mandan, prohíben o permiten a un posesionario acceder al dominio de un inmueble por cumplido el tiempo y las circunstancias accesorias. La respuesta se encuentra en el en el Titulo XL, Parágrafo 1º del libro Cuarto del Código Civil, que lo permite sobre la evidencia de un hecho: la posesión. Ergo por el principio de legalidad, la presente acción, no se encuentra entre las especies excluidas por los artículos 835 y 839 del Código Civil, por no tratarse de un bien de sociedad conyugal, de un crédito, ni embargo, ni gravamen real (prenda, hipoteca, prohibición de enajenar).

Por eso es que el Art. 69 de la Constitución de la República, dispone que "para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley". Es claro que este instituto, tiene por finalidad la protección económica, esto es respecto de créditos, más no hay limitación en referencia con otras figuras legales, establecidas en el Código Civil, porque los embargos solo pueden proceder del pago de obligaciones dinerarias, que además no están garantizadas si excede de determinada cuantía.

La ex Corte Suprema de Justicia, en fallo publicado en el Registro Oficial Nº 363 de 6 de julio de 2001, Resolución Nº 195 de 2001, de 17 de mayo de 2001, y en la sentencia de R.O. 532 de 19 de febrero de 2009, Nº 56- 2008; la sentencia 27-2007, dictada en el juicio ordinario 62-2005, publicada en el Registro Oficial, Nº 373 de jueves 3 de julio de 2008, han declarado con lugar la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, de bienes sobre los que pesa patrimonio familiar, porque este no puede interferir con otros derechos reconocidos en causas "legales".

Por todo lo dicho, es estima legítima y de pleno derecho el ejercicio de las facultades que le concede el Art. 2010 del Código Civil, a la Sra. Ana Isabel Boada.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Por lo expuesto se acepta el cargo, por equivocada aplicación de la norma en mención.

El Art. 2411 del Código Civil, establece: "*El tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción, es de quince años, contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el Art. 2409*."

El Tribunal de alzada en la sentencia impugnada, niega la demanda argumentando que: "*De su lado, la accionante no ha justificado la posesión por el periodo de quince años consecutivos desde que dice quedó en posesión (año 1987 hasta la citación con la demanda año 2011) ya que al contrario el demandado ha probado que ha ejercido los derechos de propiedad como señor y dueño dentro de ese lapso con lo que se desvanecen las afirmaciones de la accionante referentes a que el demandado no habría ejercido derechos sobre el inmueble*".

Si hacemos reseña de las circunstancias que justifican el reconocimiento como posesionaria de la accionante, vertidos en líneas anteriores, y confrontados con esta opinión, fluye que ha superado y con ventaja el derecho cuyo reconocimiento se demanda, pues del año 1987 hasta la citación con el libelo inicial, año 2011, descontados, los ciclos en que los justiciables mantuvieron relación marital no reconocida (1973, a 1982 divorcio de la actora) y unión de hecho en los términos del Art. 222 del Código Civil (1982 a 1986), si las matemáticas no le son ingratas al Tribunal de Casación, el tiempo contable de la posesión, con respecto del demandado, al que ya no le ata vínculo alguno, es de VEINTICINCO AÑOS, es decir diez años más de lo necesario, según el Art. 2411 del Código Civil para acceder, por prescripción extraordinaria adquisitiva al dominio del bien raíz objeto de esta demanda, estableciéndose la relación jurídica material, que extingue el derecho de propiedad del demandado. Por estas razones, igualmente se admite el cargo, en cuanto el mencionado artículo 2411 ibídem ha sido equivocadamente aplicado en el fallo impugnado.

4.2.- Causal Primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los Arts. 222y 226 del Código Civil.

El recurso en estudio postula como yerro del Ad quem, la falta de aplicación de los artículos 222 y 226 del Código Civil, relativos a la unión de hecho, que lo vincula con lo que se consigna en la sentencia en cuanto dice: "*La compareciente ha ocupado el inmueble por el tiempo en que convivio con el propietario (señor Luis Pino de estado civil viudo) y siempre reconoció que el propietario era su conviviente*"

El vicio enunciado, falta de aplicación, se comete por omisión cuando se deja de aplicar la ley al caso controvertido habiendo debido hacerlo, bien por desconocimiento o negando el derecho que la misma reconoce al no percibir su rango frente a las normas en relación.

Cuando con fines de casación se invoca este caso; le corresponde al recurrente determinar todas las disposiciones violadas, con el fin de estructurar la "proposición jurídica completa", que conduzca a evidenciar la transgresión de la ley y configurar el vicio in iudicando por falta de aplicación. En las instancias y menos en casación se puede expandir el marco al que se sujeta la litis, limitada por la demanda, su oposición y la reconvención, y dentro de aquello, las normas en que tales actividades procesales se fundan. En la demanda, de fojas 3 vta., del cuaderno de primer nivel, no constan invocados los Arts. 222 y 226 del Código Civil, por lo que, no se puede aseverar que existe error por omisión del juzgador de segundo nivel, ni que hubiera elegido mal la norma en detrimento de las que debía emplear; además de que las normas citadas como infringidas nada tienen que ver con la prescripción. De otra parte. Sobre este punto de derecho, el Tribunal estima que las normas en mención, no vienen al caso, toda vez que la actora ha optado por un derecho, desvinculado en su totalidad, de lo que podría implicar una sociedad de bienes, derivada de una especie de nexo conyugal, que cambiaría totalmente el espectro de la legalidad de su reclamo. Por el contrario el juicio se levanta a veinticinco años de distancia, de la existencia de aquella, y bajo los presupuestos de procedencia, en cuanto la demandada ejerce la posesión regular, pacifica ininterrumpida, publica del bien, en contra de quien figura en el Registro de la propiedad, como titular de dominio, pero al que ingresó como señora y dueña; es decir cumpliendo los requisitos para el éxito de su demanda, en una relación distinta, a la descrita en el fallo impugnado. Por tanto su aplicación no fue necesaria, como efectivamente la Sala de Instancia, no toma en cuenta, pues la tesis fundamental del Tribunal, ha sido que la recurrente ha permanecido en el inmueble como mera tenedora, lo cual ha sido desvirtuada según la motivación vertida ut supra. Por estas razones no se admite el cargo.

Con estos antecedentes, al Tribunal CASA la sentencia impugnada y en aplicación del Art. 16 de la Ley de Casación procede a dictar **sentencia de mérito.**

4.3.- Ana Isabel Boada Fonseca, demanda a Luis Eduardo Pino, a fin de que en sentencia se declare a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, del inmueble ubicado en la calle Río Araujo S11-49 y Atocha, antes lote número ciento cuatro (104), perteneciente a la Parroquia Eloy Alfaro, cantón Quito, provincia de Pichincha, comprendido: Por el NORTE: en una longitud de veinte y cinco metros, con propiedad de Carlos Cabrera; Por el SUR: en una longitud de veinte y cinco metros, con propiedad de Carlos Pazmiño; Por el ESTE; en una longitud de doce metros, con canchas deportivas y por el OESTE: en una longitud de doce metros con la calle Río Araujo, con una SUPERFICIE de 300m2; argumentando que desde el mes de junio de 1989, ha mantenido posesión tranquila, continua, en forma ininterrumpida, pacífica, pública, sin ocultamiento, sin violencia y sin que nadie haya interferido en su posesión como verdadera propietaria, con ánimo de señora y dueña, por más de veinte años; en la que ha realizado desbanques, construido muros de contención de hormigón armado, donde vivió, han crecido sus hijas, ha arrendado y hasta ha dado en anticresis; ha pagado los impuestos prediales. Dirige la demanda en contra de LUIS ESTUARDO PINO, (únicos nombres y apellido que posee el demandado) conforme al certificado del Registrador de la Propiedad que adjunta. Funda su demanda en los artículos 603, 715, 2392, 2393, 2401, 2410, 2411 y 2413 del Código Civil. Cumplido el ritual de la citación el demandado: 1.- Negativa simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2.- Afirma que es legítimo propietario del bien inmueble ubicado en la calle Río Araujo S11-49 y Antocha de la parroquia Eloy Alfaro de esta ciudad de Quito; 3. Improcedencia de la acción por su forma y fondo; 4. Falta de legítimo contradictor, toda vez que el bien se encuentra gravado con patrimonio familiar; 5. Inexistencia de posesión por parte de la actora, toda vez que es él quien ha venido autorizando los arriendos. El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito alega: 1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; Improcedencia de la demanda y no se allanan a cualquier causa de nulidad, que por omisión de trámite pudiera existir.- La Corte Provincial de Justicia respecto de la prueba del proceso, recoge en lo principal, los siguientes elementos: La testimonial de Fanny Rebeca Acurio Acurio, Martha Elena Cervantes Acurio, María Aracely Cuzme Rivera, Bolívar Enrique Morales Mozo y Amelia Solís Moreira; La inspección judicial al inmueble materia de la litis. El contrato de arrendamiento debidamente legalizado; la renovación del mismo. El contrato de anticrético suscrito por la demandante con la señora Fanny Acurio Acurio. Cartas de pago del impuesto predial; cartas de pago de servicio eléctrico y de telecomunicaciones. Inspección judicial al Juzgado Tercero de Inquilinato; las que resultan suficientes para establecer que la actora ha justificado su derecho de acceder a la propiedad del inmueble materia de la causa, por usucapión, en cuanto el bien materia de la demanda está dentro del comercio humano, y ha sido alegada por la poseedora en ejercicio, sin que se hubiera demostrado que ésta haya sufrido interrupción natural o civil, ni que haya sido viciosa: violenta o clandestina, según los Arts. 734, 736 y 744 del Código Civil; y en cuanto, bajo estos términos ha cubierto en exceso el tiempo para que prospere la acción es decir un tiempo superior a los quince años, de manera regular y buena fe, lo que le faculta a proceder contra título inscrito; síntesis cuya fuerza probatoria no se desarticula con la prueba recogida por el mismo Tribunal de Alzada en su fallo, por parte del demandado que se reduce a: 1. Que se tenga como prueba de su parte todo cuanto de autos le fuere favorable, e impugna lo adverso; 2. Que se reproduzca lo expresado en la junta de conciliación; 3. Que se repregunte a los testigos de la parte actora; 4. Impugna y rechaza los testigos que llegare a presentar la parte actora. 5.- Adjunta copia certificada del juicio que por desahucio siguió en contra de la arrendataria Fanny Acurio. Este Tribunal, hace resalta, que en ninguna parte del fallo, se describe o se testimonia que la actora tuviera un título de "mera tenencia" que pudiera mermar su derecho. Doctrinariamente "*la Prescripción Adquisitiva se produce, precisamente, por el abandono que una persona hace de sus bienes y la consiguiente inacción, que permite a un tercero iniciar la posesión, con ánimo de señor y dueño*" (Noboa Elizalde Gonzalo, "La Prescripción Adquisitiva de Dominio". Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, Pág. 142). La posesión requiere de dos elementos: la tenencia o el corpus y el animus; de ellos depende no solo el nacimiento sino también la subsistencia

de la posesión. El corpus es el poder físico es decir la potestad de hecho sobre la cosa. Savigny afirma que el corpus no supone necesariamente el contacto inmediato del individuo con el bien poseído; consiste en la manifestación de un poder de dominación, en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa, en forma directa e inmediata, con exclusión de toda intromisión de extraños. El animus por su parte es la voluntad encaminada a poseer, se dice que este elemento es de carácter psicológico o intelectual por ser meramente intencional tener la cosa para sí.

DECISIÓN

Por los motivos que anteceden, en cumplimiento de lo que dispone el Art. 75 y 76.1.7.l) de la Constitución de la República; y 2410 y 2411 del Código Civil, éste Tribunal**, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, al CASAR la sentencia recurrida, acepta la demanda y declara que la actora Ana Isabel Boada Fonseca, ha adquirido del dominio del inmueble ubicado en la calle Río Araujo S11-49 y Atocha, antes lote número ciento cuatro (104), perteneciente a la parroquia Eloy Alfaro, cantón Quito, provincia de Pichincha, comprendido: Por el NORTE: en una longitud de veinte y cinco metros, con propiedad de Carlos Cabrera; Por el SUR: en una longitud de veinte y cinco metros, con propiedad de Carlos Pazmiño; Por el ESTE; en una longitud de doce metros, con canchas deportivas y por el OESTE: en una longitud de doce metros con calle Río Araujo, con una SUPERFICIE de 300m2, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, con los efectos prescritos por el Art. 2413 del Código Civil.- Inscríbase en el Registro de la Propiedad del cantón Quito.- **Notifíquese.-**

f) Dra. Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (PONENTE E); Dr. Carlos Teodoro Delgado, JUEZ NACIONAL (E); Dra. María Alejandra Cueva Guzmán, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta Judicial

año 2018

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Causa Nro. *21201-2016-00956*
Resolución Nro. *0057-2018*
Fecha: *21 de marzo de 2018*

TEMA: Nulidad de Reconocimiento Voluntario de Paternidad: Procede la acción de nulidad de acto de reconocimiento voluntario de paternidad.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El señor H.M.C.R, presenta demanda de nulidad de reconocimiento voluntario en contra de su hijo H.J.C.G, representado por su madre la señora E.Y.G.C, ante el Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia, con sede en el cantón Lago Agrio.- En orden a precautelar un probable conflicto de intereses y con fundamento en el último inciso del Art. 32 del Código Orgánico General de Procesos-COGEP-se ordena proveerle de un curador ad litem al menor H.J.C.G.- En la audiencia de conciliación no se logró acuerdo entre las partes.- Analizada la prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la autoridad de esta judicatura niega la demanda por considerar que no se ha demostrado los vicios del consentimiento al momento de reconocer voluntariamente la paternidad. Con esta circunstancia, el actor interpone recurso de apelación ante un Tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Los Jueces Provinciales Titulares de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, avocan conocimiento de la causa; se convoca a Audiencia de Recurso de Apelación.- Este Tribunal, en su análisis expresa que al actor le correspondía probar su impugnación al reconocimiento por la vía de nulidad del acto, y no ha logrado demostrar que al momento de otorgarlo hayan concurrido los vicios de consentimiento; y, 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 el que no se discute la verdad bilógica, como bien lo señala la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, en cuanto a que la decisión tomada voluntariamente y sin que se haya viciado el consentimiento del actor no puede dar lugar a una acción de nulidad, por lo tanto, esta Sala rechaza el recurso de apelación, y confirma la sentencia subida en grado.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor interpone recurso extraordinario de casación impugnando la sentencia anterior, expedida por el Tribunal de Alzada, fundamentado en el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos- COGEP, determina, como normas infringidas los artículos: 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 89 del COGEP.- Realizado el análisis del único cargo contra la sentencia, se ha podido verificar que el Tribunal de instancia confunde la impugnación de reconocimiento voluntario, que efectivamente descarta la prueba de ADN, con la acción de nulidad del reconocimiento por vicios de consentimiento que es la base de esta demanda; al respecto manifiesta el criterio que esta Sala ha manifestado sobre este tema y expresa que, si bien el reconocimiento voluntario tiene el carácter de irrevocable respecto del reconociente, sin embargo , éste no está privado del derecho a impugnar el reconocimiento por una vía distinta a

la señalada, la de la nulidad del acto, siempre que demuestre, dice la resolución que analizamos, que al otorgarlo se han inobservado u omitido los requisito indispensables para su validez. En el presente caso el error al que fue inducido el padre se verifica en el propio testimonio de la madre del niño, quien reconoce que el hijo no es del actor, pese a ello, primero le afirmó que era su hijo, luego durante este proceso cambia su discurso pretendiendo mantener como tesis de su defensa, que el padre si conoció que el hijo no era suyo no obstante lo reconoció, por tanto dicho reconocimiento es irrevocable.- De lo analizado y con base a la decisión tomada en la audiencia oral se observa que la sentencia no contiene los requisitos de la motivación pues carece de racionalidad; en cuanto a los hechos, carece de lógica limitándose a manifestar de manera distorsionada, alegaciones extrañas a la traba de la Litis por lo tanto, CASA la sentencia y dicta la de mérito declarando con lugar la demanda. Se deja a salvo el derecho del niño a escoger si sigue utilizando el apellido que ha venido usando, particular que quedará sentado en su partida de nacimiento.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 21201-2016-00956

Juez Ponente: Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, miércoles 21 de marzo del 2018, las 11h42.-

VISTOS

1. ANTECEDENTES

Hugo Marcelo Cuesta Rodas presenta demanda de nulidad de reconocimiento voluntario en contra su hijo NN representado por su madre Edith Yulima Gaspar Caicedo, ante el juez de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Lago Agrio, quien niega la demanda presentada por considerar que no se ha demostrado los vicios de consentimiento al momento de reconocer voluntariamente la paternidad; en virtud de aquello, el actor interpone recurso de apelación, que es conocido por un tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, la que rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado.

2. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. Sustanciación del recurso:

El actor interpone recurso extraordinario de casación, impugnando la sentencia dictada el 20 de octubre del 2017, las 10h37, por el Tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal de Alzada, es remitido a la Corte Nacional de Justicia, mediante sorteo de Ley, el 04 de diciembre del 2017, radicándose la competencia para su conocimiento, en la señora Conjueza Nacional, Dra. Janeth Cecilia Santamaría Acurio, quien al considerar que cumple con todos los requisitos que contempla el artículo 267 del Código Orgánico General de Procesos resuelve admitir el recurso.

2.2. Cargo admitido:

El cargo admitido, es el caso segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, determinando como normas infringidas los artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos.

2.3. Alegación por parte del recurrente

Señala que la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada no contiene uno de los parámetros pertinentes para la motivación, como es la "lógica", ya que no se ha resuelto sobre la base de los hechos que se pusieron en consideración del juzgador. Que, en los fundamentos de hecho de la demanda, expresa que convivió con la señora Edith Yulima Gaspar Caicedo creyendo que la relación era monogamica; quien dio a luz un niño, y en base al silencio que la conviviente guardó sobre la paternidad del niño, creyó ser de él; y que, el 15 de julio del 2016, le entregan el examen de ADN, informándose que no es su hijo biológico. Aduce que los jueces del tribunal: *"citan en la sentencia un hecho que no ha sido invocado en los fundamentos*

de mi demanda, pues, ***jamás he alegado "padecer afectación mental";*** *por ende, los señores jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos han motivado la sentencia no "sobre la base los hechos puestos a consideración del juzgador", sino sobre otros* ***hechos no invocados en mi demanda****, por lo que la motivación de la sentencia no cumple con el requisito de lógica" (Sic).*

Además sostiene que en la sentencia impugnada, numeral 7.1 del considerando séptimo, dice: *"No se ha justificado tampoco el actor padecer de* ***afectación mental*** *que parcial o totalmente limite sus facultades cognoscitivas, que afecten el consentimiento en los términos que señala el Código Civil"* y que *"no se ha probado que el acto de reconocimiento ante la autoridad administrativa del Registro Público Civil se presenten vicios de consentimiento (…) que al momento de reconocer la menor* ***cuya paternidad se impugna*** *(cit), su consentimiento estaba viciado por el silencio que guardó su ex pareja, hecho que reitera este Tribunal* ***no han sido probados"****; de igual manera en el sub numeral 7.2 del mismo considerando, señala que* ***"no ha logrado demostrarlo*** *que al momento de otorgarlo hayan concurrido vicios del consentimiento"* (Sic); alegando el recurrente que los jueces indican de forma errada que se trata de una acción de impugnación de paternidad, cuando lo correcto es una acción de nulidad de reconocimiento de paternidad. Con respecto a lo que *"no se ha probado", hace énfasis que "en la sentencia* ***ni siquiera se ha llegado a mencionar los medios probatorios incorporados al proceso por las partes, peor aún a someterlos a valoración crítica"*** omitiendo mencionar la prueba actuada y su respectiva valoración, violando el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos.

Expresa también que no existe el requisito de razonabilidad, en virtud de que se está solicitando se declare la nulidad del reconocimiento voluntario, por existir un vicio de consentimiento, pero la sentencia impugnada se fundamenta en que: *"el reconocimiento voluntario de un hijo constituye un acto jurídico constitutivo del estado civil para el cual la ley no ha previsto revocatoria", citando seguidamente el acápite primero de la Resolución No. 5-2014 de la Corte Nacional, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 346 del 02 de octubre del 2014"* señala que: *"frente al estado de irrevocabilidad del reconocimiento que se lo tiene por voluntario, impide que este Tribunal pueda aceptar pretensiones expuestas en su demanda"*; arguye que el Tribunal resuelve la causa con una norma jurídica impertinente al caso, que se cita de manera parcial el acápite segundo del Art. 1 de la Resolución No. 5 de la Corte Nacional de Justicia y no se basa el inciso segundo del numeral 2 del artículo 250 del Código Civil.

2.4. El 1 de febrero de 2018, las 10h00, se lleva a efecto la audiencia oral pública de fundamentación del recurso de casación, en la cual este Tribunal, una vez que se ha escuchado a las partes, emite la resolución oral; para motivar esta sentencia se formulan las siguientes consideraciones:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA PARA RESOLVER

3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

En razón del sorteo realizado, este Tribunal se encuentra integrado por las juezas nacionales María Rosa Merchán Larrea, María del Carmen Espinoza Valdiviezo, y como juez nacional encargado Carlos Teodoro Delgado Alonzo, en virtud del oficio No. 398-SG-CNJ de 26 de febrero de 2018, tribunal que es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto, en base a lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en coherencia con los artículos 183 y 189 del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme la Resolución emitida por el Consejo de la Judicatura de Transición No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y las Resoluciones dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia No. 01-2018 de 26 de enero de 2018 y No. 02-2018 de 1 de febrero de 2018.

4. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Con las consideraciones anotadas y con el objeto de resolver el presente recurso extraordinario de casación, esta Sala, establece el siguiente problema jurídico:

4.1 La sentencia del 20 de octubre del 2017, emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, ¿Vulnera las normas constitucionales y legales que garantizan una resolución judicial motivada, al fundamentar su decisión en una parte diminuta de una Resolución de la Corte Nacional de Justicia que contiene un precedente jurisprudencial y no explica las razones de su aplicación al caso concreto?

5. ANÁLISIS DEL CARGO CONCRETO EN RELACIÓN A LA IMPUGNACIÓN REALIZADA

5.1. Corresponde al Tribunal analizar el único cargo contra la sentencia, establecido en el numeral **segundo del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso**: *"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 el requisito de motivación.", se refiere exclusivamente a los vicios que afectan la sentencia; contempla la violación de normas relativas a la estructura, contenido y forma de la sentencia; enfocándose de dos maneras: 1.- Por defectos de la estructura del fallo, es decir por falta de requisitos exigidos por la Ley para la sentencia; 2.- Por la adopción de disposiciones contradictorias en la parte dispositiva.

La Constitución de la República, entre los derechos de protección, establece el debido proceso, que promueve las garantías básicas, entre estas el derecho a la motivación, consagrado en el artículo 76.7.l) que dispone: *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho."*

El artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, obliga a las juezas y jueces a ejercer las atribuciones jurisdiccionales, entre estas a: *"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 Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 89, dispone *"(…) 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."*

Desde la perspectiva constitucional, la motivación es el elemento más importante del fallo, pues es en ella donde debe armonizar los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho, respaldando la decisión del juez. *"La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de la 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..."*[1].

Desde esa óptica, el recurrente manifiesta que la sentencia impugnada carece de motivación, ya que no cuenta con los parámetros de la lógica y la razonabilidad; al respecto, la Corte Constitucional en sentencia No. 010-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1250-11-EP, señaló que *"(…) la motivación tiene condiciones mínimas a saber: debe ser razonable, lógica y comprensible; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar conflictos, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniencia de los enunciados normativos utilizados"*. Sobre los requisitos de lógica y razonabilidad, el Pleno de la Corte Constitucional en sentencia No. 017-14-SEP-CC dictada dentro se la causa No. 0401-13-EP expresó: *"(…) 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"*

En ese orden de ideas, el Tribunal Ad-quem, en la sentencia impugnada, para fundamentar su decisión y desechar la demanda expresa que la: *"(…) resolución de aplicación obligatoria No. 05-2014 dictada por la citada Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 346-02 10- 2014, que en su parte expresa: "(...) 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..."; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de*

[1] De la Rúa, Fernando, Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 146.

la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en el que no se discute la verdad biológica (...). En el presente caso el actor ha señalado que al momento de reconocer al menor cuya paternidad se impugna, su consentimiento estaba viciado por el silencio que guardó su ex pareja, hechos que reitera este Tribunal no han sido probados y por tal frente al estado de la irrevocabilidad del reconocimiento que se lo tiene por voluntario, impide que este Tribunal pueda aceptar las pretensiones expuestas en su demanda. (…)"

De lo transcrito, deviene que el Tribunal de instancia no toma en consideración que la Resolución No. 05-2014 dictada por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 346- 02 10- 2014, prevé dos posibilidades, no solo que el reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable, sino que también da a lugar a que el reconociente pueda impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad, siempre y cuando se pruebe que al momento de otorgar el consentimiento de quien ejecuta el acto, este se encuentre viciado por error, fuerzo o dolo, como se aprecia de la Resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que copiada dice:

RESUELVE:

Artículo 1.- *Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, 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:*

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 fuera de texto)[2]

La sentencia se enfoca en que el actor ha señalado, que su *consentimiento estaba viciado por el silencio que guardó su ex pareja y por estar frente al* ***estado de la irrevocabilidad del reconocimiento, se lo tiene por voluntario***, acogiendo de forma errada una parte de la Resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia, sustentando su decisión en base a la "irrevocabilidad del reconocimiento voluntario" sin reparar que dicha Resolución también prevé la acción de "nulidad del reconocimiento voluntario" por existir vicios del consentimiento como sucede en este caso; y, al aplicar la parte pertinente de la "irrevocabilidad del reconocimiento", está contraviniendo en todas su partes el derecho que posee el actor para demostrar si al momento de ejecutar el acto de reconocimiento existió o no algún vicio en su consentimiento; en razón de aquello, la fundamentación que realiza el Tribunal de instancia, en base a una parte de la Resolución 05-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia, es totalmente errada e infringe las normas invocadas por el casacionista.

En cuanto a los hechos, la sentencia expresa que: *"No se ha justificado tampoco el actor padecer de* ***afectación mental*** *que parcial o totalmente limite sus facultades cognoscitivas, que afecten el consentimiento en los términos que señala el Código Civil",* deviniendo que no existe armonía entre lo manifestado por el Tribunal de instancia y las pretensiones deducidas en la demanda, ya que en ninguna parte de la demanda se ha fundamentado como vicio del consentimiento, la afectación mental del actor, al contrario, lo que el accionante alega en la demanda como fundamento de hecho y derecho es la existencia de un error al momento de prestar su consentimiento para el reconocimiento voluntario del niño procreado por la demandada (arts. 250, 1461, 1467 y 1470 del Código Civil).

Seguidamente, en la sentencia se menciona: *"En la especie correspondía al actor probar su impugnación al reconocimiento por la vía de la nulidad del acto, y no ha logrado demostrar que al momento de otorgarlo hayan concurrido los vicios de consentimiento; y,* ***la***

[2] Resolución N° 05-2014, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 346 de 02 de octubre de 2014, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

ausencia de vinculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento en el que no se discute la verdad biológica*, como así bien señala la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, por lo que en cuanto a la decisión tomada voluntaria y que está alejada a la posibilidad de que se haya viciado el consentimiento del actor, no haberse demostrado haya existido error, fuerza o dolo, que podría dar lugar una acción de nulidad*" (el énfasis me corresponde). Con lo que se puede verificar que el Tribunal de instancia confunde la impugnación de reconocimiento voluntario que efectivamente descarta la prueba de ADN, con la acción de nulidad del reconocimiento por vicios de consentimiento que es la base de esta demanda.

5.2. Al respecto esta Sala en la línea de pronunciamientos emitidos respecto de este tema ha dejado sentado el siguiente criterio,

> […] que si bien el reconocimiento voluntario tiene el carácter de irrevocable respecto del reconociente, porque la acción pertenece al hijo/a o a cualquier persona que demuestre interés actual, quienes se encuentran legitimados en forma activa como únicos titulares de este derecho, y como en este proceso no se discute la verdad biológica, no interesa el resultado del examen de ADN que descarte el vínculo consanguíneo de conformidad con lo previsto en el art. 251 CC. Sin embargo, el reconociente no está privado del derecho a impugnar el reconocimiento por una vía distinta a la señalada, la de la nulidad del acto, siempre que demuestre dice la resolución que analizamos, que al otorgarlo se han inobservado u omitido los requisitos indispensables para su validez, requisitos que no son otros sino aquellos que en forma general la ley establece para todo acto o declaración de voluntad, como prevé la normativa civil:
>
> Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:
>
> 1. Que sea legalmente capaz;
> 2. *Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio*;
> 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
> 4. Que tenga una causa lícita.
>
> *Art. 1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.*
>
> Art. 1471.- El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, *salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato*.
>
> Art. 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. (cursiva fuera de texto)

En relación al caso que analizamos, los preceptos legales citados en forma clara establecen los requisitos necesarios que deben concurrir para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, entre otros, y en relación al caso, que sea capaz y que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no este viciado de error, fuerza o dolo; para que el error acerca de la persona vicie el consentimiento, se requiere que recaiga sobre esa persona por ser ella la causa principal que lo motiva; y en relación a la fuerza, vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte o infundir justo temor en el otorgante por las graves consecuencias que de ella se derivan; error o fuerza que procesalmente justificados, provocan como consecuencia la nulidad del acto y dan derecho a perseguir su declaratoria a través del ejercicio de la respectiva acción de nulidad.

[…] **ii)** Por otra parte, al establecer la excepción en el sentido que, *-el reconociente solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad-*, dejamos a su vez sentado y lo desarrollamos en este fallo el siguiente criterio, *que el legitimado activo en la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de un hijo/a, es el reconociente, quien para que prospere la acción necesariamente deberá demostrar, a más del vicio que afecta su consentimiento (error, fuerza, dolo), la exclusión de su paternidad a través de la prueba científica de ADN legalmente practicada; dicho de otro modo, que en el consentimiento*

prestado para la celebración del acto de reconocimiento voluntario, no se verifican los requisitos indispensables para su validez.[3]

5.3. Por las razones expuestas este Tribunal, al verificar los cargos alegados en contra de la sentencia, acepta la vulneración de la norma constitucional y de las normas legales que regulan la motivación, artículos 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos y declara la nulidad de la sentencia pronunciada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el 20 de octubre de 2017, las 10h37, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, dicta sentencia de mérito, en los siguientes términos:

El actor demanda la nulidad de inscripción de reconocimiento voluntario, por lo que para establecer la procedencia o no de esta pretensión, se encontraba en la obligación de probar que no se verificaron los requisitos indispensables para su validez, conforme lo exige el artículo 250 del Código Civil: "*El reconociente podrá impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez*." en coherencia con el artículo 1467 del Código Civil: "*Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo*." y, adicionalmente la prueba de ADN que descarte o lo excluya de la paternidad del niño cuya impugnación de reconocimiento voluntario impugna a través de esta acción.

En efecto, el actor afirma que ha convivido con la señora Edith Yulima Gaspar Caicedo con quien ha mantenido una relación armónica y monogámica, desde fines del mes de abril del 2014 hasta los primeros días del mes de junio del 2016, hecho que si bien se encuentra controvertido por la prueba testimonial rendida por las partes (fojas 88 y 88 vta) y las declaraciones de parte; se corrobora en el caso del accionante con la prueba pericial de audio, video y afines actuada, las que dan cuenta de la existencia de esta relación, y que incluso luego de presentada la demanda, la madre continuaba asegurándole que el niño a quien había reconocido es su hijo; hecho que lo ratifica al rendir su declaración de parte, verificándolo con el audio (CD) constante a foja 83 del cuerpo de primer nivel, en el minuto 01.18.48 ¿Usted le era fiel al señor Cuesta? R.- "si"; al minuto 01.26.38 ¿Durante la relación de convivencia usted mantuvo otra relación distinta con otra pareja, distinta al señor Marcelo Cuesta? R.- "no"; al minuto 01.27.20 ¿No tuvo otra relación? Respondiendo "no"; al minuto 01:31.10 ¿Cuando nació su hijo, usted indicó quien era el padre? R.- "Porque tengo que indicar, si se supone que convivimos juntos, estábamos en toda la maternidad y obviamente que él es el papá". De este análisis deviene que efectivamente la parte actora, ha justificado que fue inducido a un error al momento de ejecutar el acto de reconocimiento voluntario del niño, pues la madre bajo engaño y a sabiendas, le había asegurado que el hijo concebido por ella es suyo cuando en realidad no lo era; adicionalmente con los resultados de la prueba de ADN que no fue impugnada en este proceso, quien recurre ha comprobado la exclusión de la paternidad del mencionado niño cuya impugnación de reconocimiento voluntario lo ejercita a través de esta acción de nulidad; hechos que no han podido ser desvirtuados con la prueba de descargo presentada por la madre, que aparte de lo analizado lo que dan cuenta es de su estado de gravidez y nada más.

Por tanto, una cosa es el reconocimiento voluntario de un hijo por quien lo realiza a sabiendas que no lo es; y otra muy diferente el reconocimiento voluntario de un hijo por parte del padre quien después demuestra que no lo es, por haber obrado un vicio en el consentimiento prestado para el efecto.

En el caso que analizamos, el error al que fue inducido el padre se verifica como habíamos visto del propio testimonio de la madre del niño NN, quien reconoce que el hijo no es del actor, pese a ello, primero le afirmó que era su hijo biológico ya que fue concebido dentro de la relación conyugal; luego durante este proceso cambia su discurso, pretendiendo mantener como tesis de su defensa, que el padre si conoció que el hijo no era suyo no obstante lo reconoció, por tanto dicho reconocimiento es irrevocable. En este sentido el resultado

[3] Ver fallo emitido en el juicio N° 71-2016.

de la prueba coadyuvante sobre el examen científico de ADN, emitido por la Dra. Dora Sánchez, Genetista Molecular, que determina en su conclusión la "exclusión de la paternidad al señor Hugo Cuesta Rodas", no tiene ningún valor por no ser idónea para estos juicios; criterio que por lo visto resulta totalmente equivocado.

En conclusión, al haberse reconocido como hijo al niño NN considerándolo como suyo, sin serlo, en virtud del error cometido al prestar su consentimiento, inducido por la madre quien le llevó al convencimiento de su paternidad, se configura lo previsto en el 1471 del Código Civil.

5.4. DECISIÓN SENTENCIA:

De lo analizado y con base a la decisión tomada en la audiencia oral en el sentido que: En lo esencial de la lectura de la sentencia, se observa que no contiene los requisitos de la motivación, ya que carece de racionalidad, porque está sustentada en una parte de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia y no en todo su contenido que no fue el fundamento de la demanda; en cuanto a los hechos, carece de lógica porque se llega a la conclusión que para negar la acción, que se la niega sin establecer cuáles son los hechos probados en el proceso, limitándose a manifestar distorsionadamente alegaciones extrañas a la traba de la Litis, por lo tanto las conclusiones a las que arriba esta sentencia evidentemente son arbitrarias, razón por la cual este Tribunal acoge el cargo de falta de motivación de la sentencia previsto en el artículo 268 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos.

6. Con la motivación expuesta, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"**, al casar la sentencia en base al artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución, artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 89 del COGEP, declara la nulidad de la sentencia impugnada y en su lugar dicta sentencia de mérito declarando con lugar la demanda, en base a los fundamentos de hecho y derecho que se han probado; como consecuenciase, declara la nulidad del reconocimiento voluntario efectuado por Hugo Marcelo Cuesta Rodas al niño NN con todos los efectos previstos en la ley, disponiendo la marginación de este fallo en la partida de nacimiento que obra de este proceso cuyos datos necesarios para el efecto serán extraídos de este instrumento. Se deja a salvo el derecho del niño demandado a escoger si sigue utilizando el apellido Cuesta; particular que quedará sentado en su partida de nacimiento. Sin costas ni honorarios que regular. **NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

f) Dr. Carlos Teodoro Delgado, JUEZ NACIONAL (PONENTE E.); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

II

Juicio Nro. *17204-2017-01479*
Resolución Nro. *144-2018*
Fecha: *17 de julio del 2018*

TEMA: El derecho de la niña a conservar los apellidos de su madre, por ser esa la identificación que prefiere a la luz de su interés superior, de ningún modo modifica ni altera sus datos de filiación que legalmente deberán ser marginados en el Registro Civil y de los que, efectivamente, podrán derivar todos los derechos de su condición de hija del demandado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La señora SABP, en su calidad de madre y representante legal de su hija SIBP, demanda alimentos con presunción de paternidad al señor ETCR, requiriendo se declare la paternidad del demandado respecto de su hija, pero que se mantenga los nombres y apellidos con los cuales ha desarrollado su identidad durante los 9 años de su vida, además, pide se le fije una pensión alimenticia y el pago de las costas procesales. El resultado positivo del examen de ADN, ha justificado plenamente el derecho de la indicada niña a reclamar la pensión de alimentos, que en base al análisis de las pruebas presentadas se establece en cuatrocientos cincuenta dólares más todos los beneficios contemplados en la ley. La niña SBP, quien en adelante llevará los apellidos C y B de su padre y de su madre, para lo cual se remitirá copias certificadas de esta sentencia a la Dirección de Registro Civil, Identificación y Cedulación. En la audiencia única oral, las partes procesales inconformes con el fallo pronunciado, interponen recurso de apelación.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada impugna el fallo con respecto a la pensión alimenticia impuesta; y la parte actora, pide se deje sin efecto la decisión de que su hija lleve los apellidos C-B, pues ello ocasionaría que deba cambiar uno de los principales aspectos de su identidad personal. También pide que se incremente la pensión alimenticia. El Tribunal de instancia manifiesta que habiéndose establecido que el señor ETCR es el padre de SIBP, ella tiene derecho a ser reconocida-al igual que sus hermanos- con el apellido de su padre, a fin de evitar cualquier tipo de discriminación entre los hijos y en consideración al interés superior de la niña, que está por encima del criterio o voluntad de sus progenitores se debe garantizar el derecho legítimo y universal que tiene de llevar el apellido de su padre debidamente registrado, desechando la pretensión de conservar los apellidos únicamente de su madre, con los que fue inscrita. Con respeto a la pensión alimenticia se fija en quinientos dólares más beneficios legales. Se presenta Voto salvado.

SÍNTESIS CASACIÓN

La casacionista alega la vulneración del derecho constitucional a la identidad de su hija, pues las personas no solo tenemos derecho a que el Estado reconozca aspectos de nuestra identidad, sino también aquellos con los que no deseamos ser reconocidos, no se considera la opinión de su hija en torno a este derecho, ni la recomendación del informe presentado por el equipo técnico que valoró a la niña y su entorno familiar y advierte sobre el riesgo y daño psicológico y social que devendrían como consecuencia. En su extenso y minucioso análisis el Tribunal de Casación expresa que, el interés superior de niñas y niños, solo ha de verse traducido en la práctica cuando se produzca

una satisfacción integral de sus derechos y aduce que el art. 12 de la Convención de los derechos del niño, prevé el derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten, opinión que deberá ser tomada en cuenta en relación con la madurez del niño. La conservación de los apellidos maternos de la niña se considera pertinente y adecuada en tanto, lo contrario, implicaría la imposición de una condición que la niña expresamente rehúsa, y también supondría un cambio abrupto en la identificación personal y social de la misma, lo que evidentemente afectaría su estado emocional y psicológico. El derecho a preservar los apellidos de su madre, por ser en este caso, la identificación que la niña prefiere, de ningún modo modifica ni altera sus datos de filiación que legalmente deberán ser marginados en el Registro Civil y del que, efectivamente, pueden derivar todos los derechos de su condición de hija del demandado. Si en el devenir del tiempo, su decisión es adoptar los apellidos de su padre biológico, puede hacerlo realizando el trámite respectivo ante la autoridad del Registro Civil.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17204-2017-01479

Jueza Ponente: Dra. María Del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, martes 17 de julio del 2018, las 11h01.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

1.1. De la demanda y las decisiones de instancia:

La señora Silvia Alexandra Balarezo Padilla, ha comparecido en calidad de representante de su hija, la niña Sara Isabel Balarezo Padilla, ante la Unidad Especializada Cuarta de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Quito, planteando acción de paternidad y alimentos en contra del señor Edison Tagori Calderón Riera.

La accionante como representante de su hija, pretende la declaratoria de paternidad del accionado respecto de su hija, así como la fijación de una pensión alimenticia en su favor. Al mismo tiempo, manifiesta que –luego de la declaratoria de paternidad– la jueza *a quo*, ordene con base en el derecho de identidad, que la niña conserve sus apellidos maternos pues con estos se ha identificado durante los "casi" nueve años de su vida.

En primera instancia se dicta sentencia parcialmente estimatoria, declarando la paternidad del accionado respecto de la accionante, ordenando que la niña lleve los apellidos paterno y materno, en ese orden; fijándose además, una pensión alimenticia de USD $ 450.00 (cuatrocientos cincuenta dólares). Respecto de esa decisión, los sujetos procesales interpusieron sendos recursos verticales de apelación, en virtud de los cuales, el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sobre la base de los derechos a la identidad de la niña, y a contar con un nombre y apellido libremente escogidos, niega la pretensión de conservar los apellidos maternos, y ratifica la declaratoria de paternidad con la consecuente inscripción de la niña con los apellidos de sus progenitores y, reforma la sentencia de primer nivel, en lo que tiene que ver con el monto de la pensión alimenticia, fijándose en USD $ 500.00 (quinientos dólares).

1.2. Actos de sustanciación del recurso:

En esa circunstancia, la señora Silvia Alejandra Balarezo Padilla, como representante de su hija, ha comparecido en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación de la sentencia emitida en última instancia por la referida Sala, el 29 de marzo de 2018; las 13:51, y de su aclaratoria emitida el 13 de abril de 2018; las 15:05

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 09 de mayo de 2018; mientras que mediante auto de 22 de mayo de 2018; las 14:28, la conjueza competente del estudio del recurso, doctora Janeth Cecilia Santamaría Acurio, lo admite a trámite.

Por mandato del art. 182 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emite las Resoluciones Nos. 01-2018 y 02-2018 de 21 de enero de 2018 y 1o de febrero de 2018 respectivamente, en las que reestructura en forma parcial este órgano jurisdiccional quedando conformado la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores por las juezas nacionales María del Carmen Espinoza Valdiviezo, en calidad de ponente, María Rosa Merchán Larrea, y por el juez nacional Carlos Ramírez Romero. Por renuncia presentada por este último juez nacional ante el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se encuentra actuando en su lugar el conjuez nacional Carlos Teodoro Delgado Alonzo, encargo realizado por oficio No. 398-SG-CNJ de 26 de febrero de 2018.

Mediante sorteo de 1 de junio de 2018, accede la causa a conocimiento de las juezas nacionales: María del Carmen Espinoza Valdiviezo, en calidad de ponente, María Rosa Merchán Larrea y del juez nacional encargado Carlos Teodoro Delgado Alonzo.

Mediante auto de 15 de junio de 2018; las 15:20 se convoca a audiencia de debate sobre los fundamentos del recurso extraordinario de casación para el día 03 de julio de 2018, a las 15:30, fecha en la que se lleva a cabo la diligencia y se emite el veredicto de manera oral. Correspondiendo dictar la sentencia de manera escrita y motivada, se considera:

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

La recurrente plantea su recurso extraordinario de casación con fundamento en la causa quinta contenida en el art. 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), por falta de aplicación de la sentencia No. 341-17-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador dentro del caso No. 0047-16EP, de 11 de octubre de 2017.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia:

El tribunal que suscribe 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 Nos 01-2018 y 02-2018 de 26 de enero de 2018 y de 1o de febrero de 2018 respectivamente, en las que se realiza la reconformación parcial de las Salas de este Órgano Jurisdiccional.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

La accionante inicia su exposición indicando que de conformidad con el art. 436.1 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación constitucional, y como tal, sus pronunciamientos constituyen jurisprudencia vinculante, tal como la magistratura constitucional declara en la sentencia No. 001-16-PJO-CC, en el que se manifestó que "todos los criterios de la Corte Constitucional son vinculantes". Agrega que el tribunal de apelación no atendió el contenido del art. 11.5 de la Carta Fundamental, que obliga a las autoridades públicas aplicar la norma e interpretación que en mayor medida favorezca la vigencia y garantía de los derechos de las personas.

Luego, transcribe parte de la sentencia constitucional que considera inaplicada, y que trata sobre la doble dimensión del derecho a la identidad personal, una en sentido afirmativo, cuando el sujeto se identifica de una determinada forma y reclama su derecho a ser reconocido también por otros como tal; y otra, en sentido correctivo, cuando a pesar de tener el sujeto una identidad oficial y legalmente establecida, no desea conservar determinados elementos de tal identificación, es decir lo rechaza y no desea que otros lo denominen de una forma en la que no se reconoce ni se identifica a sí mismo.|

Siguiendo este criterio vinculante –dice el recurrente– en el que se definen los parámetros del derecho a la identidad previsto en el art. 66.28 de la Constitución de la República, "se admitió el derecho constitucional de una adolescente en similares circunstancias a las de mi hija Sara Isabel,

[1] Ver Suplemento del R.O. N° 38 de 17 julio de 2013.

para que sea identificada solo con los apellidos de su madre y no con los de un padre con el que nunca tuvo ningún vínculo". Acusa la recurrente, que el tribunal *ad quem* se apartó injustificadamente del criterio vinculante de la Corte Constitucional que acaba de referir, y en su lugar, realizaron una aplicación e interpretación regresivas respecto del derecho a la identidad de la niña accionante.

Indica además, que la pretensión de identificarse únicamente con los apellidos maternos, no es una inconformidad de la madre, sino que por el contrario, es una petición expresa de la niña; deseo que ha sido ratificado ante el tribunal de apelaciones de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que desatendió la voluntad de la niña. Agrega que en el informe psicosocial ordenado por el propio tribunal, la trabajadora social, la médica y sicóloga que lo efectuaron, recomendaron que la niña llevara los apellidos de la madre; experticia que fuera indebidamente desechado por una "supuesta incongruencia que subyace en la descontextualización de un error tipográfico en los antecedentes del informe, donde erradamente se usa la palabra 'paterna' en lugar de 'materna', cuando el resto del informe y muy especialmente las conclusiones mencionan claramente que mi hija nunca tuvo contacto con su padre ni su familia paterna, pues él nunca tuvo ni tiene hasta la presente fecha interés en construirlo".

Concluye manifestando que en ningún caso se pretende privar u obstaculizar la relación filial que la niña podría mantener con su padre o la familia paterna; o, que en el futuro ella pueda optar por contar con los apellidos del progenitor; que la pretensión de que ahora la niña continúe utilizando los apellidos de su madre obedece a un interés de protección frente a un posible e inminente conflicto de identidad que se podría presentarse si la administración de justicia "obliga" a la niña llevar los apellidos de un padre biológico que nunca la reconoció, apoyó, ni con quien se han desarrollado relaciones de carácter afectivas. Finaliza señalando que la aplicación del ordenamiento jurídico no puede ser absoluto sino que puede estar sujeto a "modulaciones" mediante la ponderación de cada caso concreto, de lo contrario –dice- las leyes antes que propender a la defensa de los derechos de las personas, estarían dirigidas a su vulneración.

2.2.1. Principales acusaciones que se formulan en contra de la sentencia:

En este acápite se recogerán las principales acusaciones esgrimidas por la recurrente como representante de la niña accionante, expuestas en el escrito contentivo del recurso extraordinario de casación y en la audiencia de fundamentación y debate. Debe aclararse que la audiencia se llevó a cabo sin la presencia del accionado, por lo que, se procedió de acuerdo al art. 87.2 COGEP.

Las impugnaciones se presentan por el caso que prevé el art. 268.5 COGEP, fundamentada en la falta de aplicación de la sentencia N° 341-17-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador el 11 de octubre de 2017 dentro del Caso N° 0047-16-EP, publicada en la Gaceta Constitucional Año I, N° 27 de 27 de octubre de 2017; en relación con los arts. 436.1 y 11.5, CRE, y la sentencia N° 001-16-PJO-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 767 del 02 de junio de 2016, que determinan que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y que sus decisiones tendrán carácter vinculante; y que en materia de derechos y garantías se deberá aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, la casacionista alega la vulneración del derecho constitucional a la identidad de su hija consagrado en el art. 66.28 CRE, pues considera que, -las personas no solo tenemos derecho a que el estado reconozca aspectos de nuestra identidad, sino también aquellos con los que no deseamos ser reconocidos-, como se analiza y resuelve en la mentada sentencia al tratarse de un caso similar al de su hija, en la que se plantea el derecho a escoger libremente los apellidos de su padre o madre con los que quiere ser identificada; vulneración que se traduce en una interpretación y aplicación regresiva de este derecho; no se considera la opinión expresada por su hija en torno a este derecho; ni la recomendación dada al respecto en el informe presentado por el equipo técnico que valoró a la niña y a su entorno familiar, que da cuenta de la realidad que vive su hija, y advierte sobre riesgo y daño psicológico y social que devendría como consecuencia. Concluye manifestando: *"(…) en ningún caso se pretende privar u obstaculizar la relación filial que mi hija podría mantener con su padre o la familia paterna, ni que en el futuro ella pudiera optar por llevar su apellido paterno. Sino que más bien busca resguardarla en su contexto actual frente al inminente conflicto de identidad que se daría al*

obligarla a llevar el apellidos de un padre biológico que nunca la reconoció, apoyó ni creó una relación filiar, emocional o afectiva con ella."[2]

2.2.2. Problema jurídico a resolver:

En el marco de la fundamentación presentada por la recurrente, el tribunal de casación dirigirá su estudio a la siguiente cuestión: A la luz del derecho a la identidad contenido en el art. 66.28 de la Constitución de la República ¿Es constitucionalmente válida la decisión del tribunal de apelación de ordenar la inscripción de la niña accionante con los apellidos paternos, a pesar que en forma expresa ha manifestado su opinión contraria?

2.3. Resolución motivada del problema jurídico:

2.3.1. Del acto jurisdiccional recurrido:

En primer lugar, es necesario recordar que las pretensiones propuestas en el libelo inicial por la ahora recurrente, fueron: **(i)** declaratoria de paternidad del señor Edison Tagori Calderón Riera respecto de la niña Sara Isabel Balarezo Padilla; **(ii)** fijación de una pensión alimenticia en su favor; y, **(iii)** que a pesar de la declaratoria de paternidad, la autoridad jurisdiccional dispusiera que la niña conserve sus apellidos maternos pues con estos se ha identificado a lo largo de su vida. Respecto de las dos primeras pretensiones, sobre la base de la prueba actuada –pericia de ADN y documentación de ingresos del accionado– el tribunal *ad quem*, declara la paternidad y fija una pensión alimenticia. Con respecto a la última pretensión, que la niña conserve sus apellidos maternos, el tribunal de apelación la rechaza, con base en el mismo argumento esgrimido por la defensa, es decir, el derecho a la identidad, concluyendo que no se le puede privar a la accionante de contar con los apellidos de su padre biológico, lo contrario –dicen– sería discriminatorio en relación con los otros hijos del accionado, y además, implicaría conculcar los derechos que derivan de la relación parento filial. En la parte pertinente de la sentencia en comentario, el juez plural escribe:

> […] **a) Respecto a la inconformidad de la madre con la sentencia declaratoria de paternidad del demandado que ordena que su hija lleve el apellido de aquél**, es necesario recordar que con el examen científico de ADN practicado en legal y debida forma, se ha justificado la filiación biológica de Edison Tagori Calderón Riera como padre de la alimentada (sic), razón por la que la jueza de la causa ha declarado la paternidad del demandado respecto a la niña Sara Isabel Balarezo Padilla, aspecto que no está en discusión; pero que necesariamente constituye el vínculo por el cual se generan los derechos de la niña.
>
> Es así que, uno de los derechos que le asiste, ahora como hija del demandado, es su derecho a la identidad personal, que conforme a la norma arriba invocada, incluye tener un nombre y apellido debidamente registrados, siendo que el artículo 37 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, ordena para el respectivo registro: "Los apellidos serán el primero de cada uno de los padres y precederá el apellido paterno al materno. El padre y la madre de común acuerdo, podrán convenir cambiar el orden de los apellidos al momento de la inscripción", en concordancia con lo dispuesto por el artículo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que señala: "Derecho a la identificación.- Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan", estando el Estado a través de sus distintos organismos, en la obligación de preservar este derecho a favor de la niña […] *en lo atinente a sus relaciones de familia, mas no de constituir un instrumento que se encargue de privarle de su identidad*; así lo ordenan los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para que se cumpla el derecho de todo ser humano de llevar los apellidos de sus padres, habiéndose establecido que el señor Edison Calderón Riera es el padre de Sara Isabel, *ella tiene el derecho de ser reconocida –al igual que sus hermanos– con el apellido de su padre, a fin de evitar cualquier tipo de discriminación entre los hijos*, conforme los numerales 5, 6 y 7 del artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador que señalan la protección de los derechos de las personas integrantes de la familia […] En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 11 del Código Orgánico

[2] Ver recurso de casación fs. 75 y 76 del expediente de segunda instancia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

de la Niñez y Adolescencia, que dice: "El interés superior del niño es un principio de interpretación ***de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla****",* en concordancia con los artículos 60 y 106 inciso final ibídem, que estipulan: ***"Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez"***, "La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral", este juzgador pluripersonal escuchó de manera reservada a la niña, sin que sea permitido revelar lo que aquella declaró en ejercicio de su derecho a ser oída, según manda el artículo 291 del Código de la materia. Sin embargo, valorando a profundidad dicha opinión espontánea, alejada de frases elaboradas, a fin de contar con mayores elementos de sustento y garantizar el sano desarrollo integral de la menor de edad, este Tribunal ordenó de oficio como prueba para mejor resolver, que la Oficina Técnica de la judicatura de origen realice una investigación psicosocial de la niña "con énfasis en lo relativo a su identidad y los efectos del cambio de apellido", *informe que una vez remitido y analizado resultó incongruente* en algunos de sus enunciados (como cuando señala que la niña considera como miembros de su familia a la madre y familia "paterna"), y en nada se refiere a los efectos psicosociales que producirían en la niña el cambio de su apellido, *de manera que no apoya en absoluto al objetivo para el que fue solicitado*; […] la madre planteó esta acción ante el deseo de la niña de conocer a su padre, de modo que este anhelo manifestado por la niña debe ser valorado en orden a satisfacer su particular necesidad de llenar ese aspecto hasta ahora vacío de su vida, y dar respuesta a su exigencia imperiosa de pertenencia, de conocer su origen, sus raíces, de dónde proviene, en definitiva quién es su padre; pues a la edad de 9 años que atraviesa, se encuentra aún en plena etapa de crecimiento no solo físico sino de formación integral y construcción de su identidad, que ***como jueces especializados estamos obligados a proteger; consecuentemente, al constituir la identidad parte de los derechos fundamentales e inalienables inherentes al ser humano, su privación se tornaría en inconstitucional e injurídica***, situación impedida a los jueces que conocemos respecto a los derechos de niños, niñas y adolescentes*,* ***por lo que mal se podría conculcar el ejercicio pleno de su derecho a la identidad, debiendo este Tribunal, en consideración al interés superior de la niña, que está por encima del criterio o voluntad de los progenitores, garantizar el derecho legítimo y universal que tiene de llevar el apellido de su padre*** debidamente registrado, al cual van ligados una serie de derechos intrínsecos como la igualdad, no discriminación, inclusive el de sucesión. Siendo así, se desecha la pretensión de que conserve los apellidos únicamente de la madre con los que fue inscrita […][3] (cursivas y negritas son del tribunal de casación).

2.3.2. Sobre la sentencia constitucional que se acusa inobservada:

La sentencia No. 341-17-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 11 de octubre de 2017, dentro del caso No. 0047-16-EP, que la recurrente acusa como incumplida por parte del tribunal *ad quem*, se ha expedido a propósito de una acción extraordinaria de protección planteada en contra de una sentencia emitida en una acción de protección en segunda instancia, en la que se niega la solicitud de cambio de apellidos de una adolescente.

El caso trata de una adolescente que solicitó cambiar sus apellidos paternos, con los que por cierto fue inscrita, para usar exclusivamente los apellidos de su madre, sin que esto afecte el derecho de filiación, pues de lo que se trata –en esto es insistente la magistratura constitucional– no es de un asunto de filiación, sino de cambio de apellidos.

[3] Sentencia de apelación, folios 25-35 del cuaderno de segunda instancia.

En este contexto, la Corte basa su decisión en torno al derecho a la identidad contenido en el art. 66.28 de la Constitución de la República, delimitando el análisis "al concepto de identidad personal y al derecho intrínseco de escoger con libertad el nombre y apellido". Para esto, se refieren a algunos pronunciamientos expedidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho en referencia, y replican lo expuesto por la propia Corte Constitucional respecto la vinculación que existe entre el derecho de identidad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como posibilidad de autodeterminación de las personas "que permite individualizar al sujeto como ente único, capaz de realizarse, proyectar su presente y planificar su futuro".

Luego, realiza un importante análisis respecto de las dimensiones del derecho a la identidad personal, en sentido de reconocimiento y en sentido correctivo. La primera dimensión significa que cuando una persona se identifica de determinada manera, exige ser reconocida por la sociedad y el estado como tal; la segunda en cambio, implica una dimensión negativa, en tanto una persona a pesar de tener una identidad oficial y legalmente establecida, no se autoidentifica como tal, por lo que, exige ser "llamada" de la manera que se reconoce a sí misma; concluyendo entonces, que la identidad no abarca exclusivamente los aspectos con los que la persona busca ser reconocida, sino que también implica los aspectos con los que no se desea ser identificada. En forma textual, la Corte Constitucional, señala:

> En este escenario, se advierte que el derecho a la identidad personal debe analizarse desde una doble perspectiva: en el sentido afirmativo, cuando el sujeto se identifica de una determinada forma y reclama su derecho a ser reconocido también por otros como tal, lo que conlleva al Estado a efectuar un acto de reconocimiento; como sucedió tras la emisión de la sentencia N.° 133-17-SEPCC dentro del caso N.° 0288-12-EP, en la que esta Corte Constitucional ordenó a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación la marginación del cambio de sexo del accionante en su inscripción de nacimiento.
>
> Y en el sentido correctivo cuando, a pesar de tener el sujeto una identidad oficial y legalmente establecida, no desea conservar determinados elementos de tal identificación, es decir la rechaza y no desea que otros lo denominen de una forma en la que no se reconoce ni se identifica a sí mismo; caso en el cual la actuación del Estado se traducirá en la modificación y eliminación de tales elementos de .identificación no deseados en sus registros pertinentes, como pretendía la adolescente, al acudir ante el Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Ello implica entonces que la identidad no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con los que no desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptica de su fuero interno, que en el presente caso se ve comprendido con el apellido paterno con el que la accionante fue inscrita legalmente y por tanto, consta en sus documentos oficiales de identificación emitidos por el Registro Civil, Identificación y Cedulación, y aquellos posteriores que como consecuencia de ello, no ha podido modificar voluntariamente, siendo que se ha hecho identificar en su medio social y educativo con los apellidos de su madre, lo que ha sido adoptado por el fuero íntimo de la adolescente como propios.

2.3.3. Análisis del tribunal de casación:

Por la sensibilidad que envuelve al presente caso debido al derecho en discusión, identidad personal (art. 66.28 CRE), este tribunal considera necesario realizar un análisis del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a ser consultado en los asuntos que afecten a ese grupo humano, para luego arribar a la conclusión respecto si la sentencia de apelación objetada incurre (o no) en una vulneración del derecho a la identidad, así como en la inobservancia de los criterios de la Corte Constitucional en lo que a ese derecho refiere.

2.3.3.1. Del principio de interés superior:

El principio del interés superior de niñas y niños, ha constituido la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, y que la Convención Internacional de los Derechos del Niño (la Conveción), ha elevado a rango de norma fundamental, consecuencia de ello es que las legislaciones de los países suscriptores han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico; asimismo, se ha erigido en un principio guía-rector

de interpretación por parte de toda autoridad, en aquellos casos en los que derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentren discutidos.[4]

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han encontrado grandes dificultades a la hora de definir con exactitud qué es interés superior de niñas y niños, por ello, se ha dicho acertadamente que la noción del interés superior, es un principio indeterminado que entrega un gran margen de discreción al intérprete, quien a través del análisis de las particularidades de cada caso, ha de saber darle un contenido más o menos concreto.

Sin embargo de lo dicho, se puede manifestar a grandes rasgos que "[…] el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican."[5]

Ahora bien, pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone *per se*, la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto, pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del niño, como la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes. En tal virtud, el reconocimiento de derechos a favor de la niñez y adolescencia, ha de ir necesariamente acompañado por una teoría de la autonomía, que posibilite el ejercicio individual de los derechos;[6] de esta forma se pueden distinguir entonces, dos categorías, el reconocimiento, y goce de derechos, y el nivel de autonomía por parte de los y las niñas y adolescentes, para ejercerlos por sí mismos como sujetos de derecho.

Por lo dicho hasta aquí, este órgano estima que acierta el tribunal de instancia, al hacer suya, sin citarla doctrina sentada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, por la cual,

> […] 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,[7] 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 […][8]

A pesar de la amplitud intrínseca de la noción del interés superior, y que obliga al análisis concreto y particular de cada caso, se pueden determinar al menos dos parámetros generales a tener en cuenta por toda autoridad jurisdiccional al momento de definir qué significa el principio del que tratamos, en asuntos bajo su conocimiento; estos dos parámetros son: **i)** consideraciones fácticas, que a su vez implica una lectura integral de todas las particularidades que rodean al caso concreto; y, **ii)** consideraciones jurídicas, que supone el estudio del ordenamiento jurídico aplicable, para la consecución del desarrollo armónico e integral de menores de edad.[9]

En definitiva entonces, se puede afirmar que el principio de interés superior, no solo entraña el reconocimiento y defensa de los derechos constitucionales de niñas y niños, sino que además se debe garantizar que el ejercicio de esos derechos, se los realicen por parte de sus titulares, en la medida que estos se encuentren en la capacidad de hacerlo, pues no puede retrocederse al paradigma ya superado de la situación irregular, basado

---

[4] Miguel Cillero Bruñol, "El interés superior del niño en el marco del Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño", en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, (edit), *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, Quito, 2010, p. 97, disponible en http://www.unicef.org/ecuador/Derechosgarantiasninez.pdf

[5] Ibídem, p. 99.

[6] Domingo A. Lovera Parmo, "Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía", en Miguel Cillero, director, Justicia y Derechos del Niño, Número 11, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf

[7] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

[8] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-397 de 2004 (Ponente, Manuel Cepeda Espinosa).

[9] Ibídem.

en la "incapacidad" o "carencia" de los niños/as, en cuya razón los adultos/as son quienes deciden desde fuera qué es lo mejor para niños, niñas y adolescentes.

> La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.[10]

Por tanto, el principio de interés superior ha de poder ser conciliado, como aquel que garantice y contribuya al desarrollo armónico, estable e integral de niñas, niños y adolescentes; así entonces, el interés superior de niñas y niños, solo ha de verse traducido en la práctica cuando se produzca una satisfacción integral de sus derechos.

2.3.3.1. Del derecho a ser consultados:

El art. 12 de la Convención de los derechos del niño, prevé el derecho de niños[11] a ser consultados en todos los asuntos que les afecten ya sea en vía judicial o administrativa, opinión que deberá ser tomada en cuenta en relación con la madurez del niño. La disposición convencional en referencia establece:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este derecho a ser consultados y escuchados en los asuntos en que sus derechos se discutan, es recogido en los arts. 45 de la Constitución de la República y 60 del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su orden disponen:

CRE Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; *a ser consultados en los asuntos que les afecten* […]

CNA Art. 60.- Derecho a ser consultados. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.

El Comité de los derechos del niño de la ONU,[12] ha manifestado que el derecho a ser consultados, en conjunto con el principio de interés superior, el de no discriminación, y los derecho a la vida, al

[10] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995.

[11] Se debe tener en cuenta que de conformidad con el art. 1 de la Convección Intencional de los Derecho del niño, se entiende por niño a toda persona menor de 18 años.

[12] El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de observaciones finales.

desarrollo y consideración, constituyen los cuatro principios fundamentales que estructuran la Convención, y por tanto, la disposición del art. 12 no solo consagra un derecho, sino que además, debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos, solo así, se conseguiría el objetivo de la doctrina de protección integral y de la Convención de escuchar a los niños y que su opinión sea tomada en serio.[13]

El derecho a ser escuchado en muchos países ha sido desarrollado en un sentido amplio como un derecho de participación, o sea, de una activa injerencia de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones y un intenso intercambio de opiniones entre ellos y los adultos para la construcción de políticas tendientes a materializar los postulados de la Convención. En sentido estricto, el derecho a ser consultado implica no solo que la niñez y adolescencia pueda pronunciarse respecto de los asuntos que les interesan o afectan, sino también, que esa opinión sea considerada para la toma de decisiones, de lo contrario, este derecho sería inerte. Asimismo, es importante poner de relieve que este derecho implica al mismo tiempo que ser escuchado, a no ser obligado a emitir opiniones si ese no es su deseo; o sea, es un derecho de reconocimiento y consideración de su opinión, así como de respeto de abstención si es que la o el niño, no desea emitir sus conceptos respecto de determinados asuntos.

Por tales motivos, los estados parte, por intermedio de sus instituciones, han de alentar que niños, niñas y adolescentes emitan sus opiniones de manera libre e informada, de tal suerte que sepan que su opinión cuenta e influye en sus vidas. Es importante destacar, que la opinión o criterio emitidos se debe caracterizar por ser genuino e informado, y no producto de una influencia externa. Asimismo, que la opinión sea libre significa que no se haya ejercido presión para que la o el niño se exprese, por lo que debe estar consiente, que si su deseo es no emitir pronunciamiento, este ha de ser respetado.

En definitiva, el derecho a ser escuchado constituye un derecho de niños, niñas y adolescentes de trascendencia en el ordenamiento jurídico de los estados, y que tiene como objetivo primordial que las decisiones que se adopten respecto de este grupo humano sean respetuosas de su condición de personas autónomas y sujetas de derechos. De igual forma, se debe enfatizar que en cada situación concreta, la autoridad administrativa o judicial evaluará la capacidad de la o el niño para emitir un criterio, y si este es libre de presiones externas.

2.3.3.2. Del derecho a la identidad personal.

I. A esta parte del análisis es importante recordar que la niñez y adolescencia es reconocida constitucionalmente como un grupo de atención prioritaria, por lo que, el estado, la sociedad y la familia constituyen una triada que deben procurar el bienestar de este grupo poblacional a través de la promoción del ejercicio efectivo de sus derechos. Como grupo de atención prioritaria, niños, niñas y adolescentes cuentan con los derechos que le pertenecen a las personas en general, y algunos otros derechos específicos de su condición etaria. Así, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes es garantizado de manera reforzada por la Constitución de la Republica, toda vez que este derecho se consagra en la parte específica atinente a niños, niñas y adolescentes, así como en los derechos de libertad de las personas.

Los arts. 45 y 66.28 de la Constitución de la República, prevén

> **Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.
>
> Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad […]
>
> **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:

[13] Comité de los derechos del niño, Observación General No 12 (2009) CRC/C/GC/12, El derecho del niño ser escuchado, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf

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.

Por su parte, la Convención y el Código de la Niñez y Adolescencia respecto del derecho a la identidad, establecen:

CDN Art. 8.-

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

CNA Art. 33.- Derecho a la identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.

Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.

II. El derecho a la identidad es un derecho inmanente a la dignidad humana. La identidad significa que un ser humano, es único y auténtico; "es todo aquello que hace que cada uno sea "uno mismo" y no "otro", que a cada uno se lo defina en "su verdad personal", sin desfiguraciones, alteraciones, falseamientos, y que incluye tanto aspectos estáticos y dinámicos". La identificación propia y su proyección hacia la sociedad y la familia tiene vinculación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, "[e]n el ámbito europeo el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada"[14]

Se distinguen dos tipos de componentes que configuran el derecho a la identidad, uno estático y otro dinámico. Se incluye en el primero a los llamados elementos de identificación tales como el nombre, fecha y lugar de nacimiento, estado filiatorio. *Se los considera estáticos porque generalmente esos datos son invariables, inmodificables*. La identidad no se agota con el aspecto estático, éste sólo es parte de la "verdad personal de cada uno". En cuanto al aspecto dinámico, se considera que la identidad está compuesta de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre.[15] (cursivas fuera del texto)

En varios casos que ha conocido y resuelto este tribunal especializado respecto de impugnaciones de paternidad o impugnaciones de reconocimiento voluntario de un hijo/a, se ha manifestado que el derecho a la identidad tiene vinculación directa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que el despojo de la identidad puede tener consecuencias graves para la vida psicológica, social y afectiva de la niña, niño o adolescente. En este sentido, se ha establecido que la autoridad jurisdiccional deberá estimar el impacto o implicancia en la vida del menor de edad acerca de las consecuencias de un despojo de identidad.

El impacto o consecuencias de un cambio de nombres y/o apellidos, cual es el caso, debe estar ligado indefectiblemente con el principio de interés superior, así como con la opinión, –bajo los presupuestos antes indicados– de la persona directamente afectada. Por estas razones, es que el derecho a ser escuchado tiene una conexidad inmediata con el derecho a la identidad libremente escogida, en el sentido que la persona en su fuero íntimo podrá decidir cuál es la forma con la que se identifica y cómo desea proyectarse en la sociedad. En el juicio No. 01204-2015-09759, el tribunal único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia

[14] Hernán Talciani, *Intereses y derechos en colisión sobre la identidad,* en http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art03.pdf

[15] Carmen Cerutti y María Cristina Plovanich, Identidad personal, en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/identidad-personal/at_download/file. Este criterio sobre el derecho a la identidad ha sido vertido en un pronunciamiento anterior por parte de este Órgano de Casación. Ver Resolución N° 172-14, de 20 de agosto de 2014, dentro del juicio 073-14 (Guarquila vs Guarquila).

y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, emitió el siguiente criterio:

> La idea de la prevalencia de la verdad social atiende principalmente a la defensa de una identidad desarrollada a través de las relaciones familiares y sociales entre el niño/a y/ adolescente y el reconociente. Con el propósito de la defensa del derecho a la identidad y del estado civil fincados a través de un reconocimiento voluntario de paternidad, se debe reflexionar en cada caso concreto, en atención a varios aspectos, como por ejemplo: **(i)** De conformidad con el art. 12.2 de la Convención de Derechos del Niño, la voluntad de niños, niñas y adolescentes –cuyo reconocimiento de paternidad pretenda ser desvirtuado– exteriorizada de forma genuina ante la autoridad jurisdiccional; **(ii)** interés superior del niño; **(iii)** relaciones y vínculos de carácter, emocional, familiar y social entre el menor de edad y el reconociente: **(iv)** impacto en los derechos al libre desarrollo de la personalidad, estado civil e identidad del menor de edad en relación con el principio de interés superior del niño; **(v)** impacto psicoemocional y psicosocial del menor de edad; y, (vi) edad de la persona.

La idea de una identidad personal como un aspecto de autodefinición intrapersonal y de proyección social interpersonal, y de los componentes estáticos y dinámicos de la identidad se complementan con el criterio de la Corte Constitucional respecto de la dimensión dual del derecho, en sentido de reconocimiento, que significa cómo una persona desea identificarse; y otra correctiva, en el entendido que a pesar de contar con una identificación legalmente establecida, la persona no desea reconocerse a sí misma como tal, y por tanto, no desea proyectarse de esa manera en su vida social. O sea, la identidad "no abarca solamente aquellos aspectos que el sujeto busca que sean reconocidos por el Estado y la sociedad, sino además los aspectos con lo que o desea ser identificado ni se siente identificado desde la óptico de su fuero interno […]"[16]

2.3.3.3. Del caso concreto:

I. Recuérdese que en el presente caso, la madre de la niña, en calidad de representante legal demandó el establecimiento de la filiación, la fijación de una pensión alimenticia, y al mismo tiempo, solicitó que su hija pueda mantener los apellidos maternos.

Respecto a la filiación de la niña, esta se ha establecido con base en la prueba científica de ADN realizada entre los sujetos procesales, por lo que procede la pretensión de declarar la paternidad del señor Edison Tagori Calderón Riera respecto de la niña Sara Isabel Balarezo Padilla, y la consecuente fijación de una pensión alimenticia.

Ahora bien, el dilema se produce cuando al mismo tiempo de fincarse un derecho de filiación como parte del derecho de la niña a conocer sus orígenes y de dónde proviene, ella pretende conservar sus apellidos maternos, esto significa –al igual que en la sentencia constitucional acusada inobservada– que no se trata ya de un asunto de discusión de filiación, sino de conservación de apellidos por ser ese el deseo de la menor de edad. Esto significa que los derechos que devienen de la filiación no se verán afectados por una potencial decisión estimativa respecto de la conservación de los apellidos maternos, pues de lo que se trata, es de la discusión de la identificación personal respecto de qué apellidos llevar y no de si es hija o no del accionado.

Así las cosas, se debe analizar la pretensión de conservar los apellidos maternos a la luz del principio de interés superior de la niña, y de su derecho a emitir una opinión genuina, libre e informada; asunto este que se trae a casación a través del recurso interpuesto y admitido a trámite.

Corresponde entonces remitirse al informe técnico realizado por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia con sede en la Parroquia de Iñaquito del Quito, a través de sus profesionales, trabajadora social, psicóloga y médica, informe elaborado el 26 de enero de 2018.

En este documento elaborado en un trabajo coordinado por las profesionales de la salud y del área social, se evidencia que la niña tiene una adecuada capacidad de razonamiento y lo que resulta más interesante, es que, se manifiesta que la niña tiene capacidades de reflexión y críticas. Asimismo, el informe es revelador en cuanto la posición de la

[16] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 341-17-SEP-CC, Caso 0047-16-EP.

niña de conocer si tiene un padre, y al mismo tiempo conservar sus apellidos maternos por cuanto esta es su identidad y así quiere permanecer identificándose. De la lectura cabal del informe, este tribunal destaca el carácter fuerte de la niña al momento de emitir sus respuestas y de su ubicuidad respecto de este caso; es clara en manifestar su deseo de conocer si tiene un padre, y es meridiana en su deseo de continuar identificándose como lo ha hecho en sus nueve años y siete meses de vida. En una parte de la entrevista, respecto de su relación con su madre la niña manifiesta "… me reprende cuando me porto mal […] no me gusta comer, yo sé que hay que comer porque eso te da fuerza, ***no me gusta que me obliguen***, *yo como lo que mi cuerpo necesita*…" Asimismo, en otras partes, de la entrevista mantenida con las profesionales, la niña con precisión, claridad y madurez, señala:

> De mi papá no sé mucho, solo lo he visto dos veces, no sé si tiene una familia, solo sé que mi mamá presentó un juicio […] mi papá es el señor Calderón. Me corresponde ese apellido, pero no quiero cambiarme porque alguna vez yo escuché sobre la identidad y mi identidad es esa, Sara Isabel Balarezo Padilla, para mi cambiarme de apellido, no cambiaré de opinión, si me explicaron que mi apellido debe ser Calderón pero ese apellido no me gusta, suena raro, recién lo escucho. Si disponen que use ese apellido yo no quiero porque siento que ese apellido no es mío no me pertenece. Yo solo quería saber que si yo tenía un papá, nada más. Ahora que ya sé no quiero nada más […] Ya sé que el apellido que me corresponde llevar es Calderón pero no quiero…
> […]
> Yo siempre tenía la duda si yo tenía un papá, así que un día le pregunté a mi mami si tengo papá porque nunca le he visto y ella me dijo que si y me preguntó si quiero que averigüemos de él y le dije que si porque le quería ver y saber quién era… me quede sola con los jueces y me preguntaron si me quería cambiar el apellido Calderón y yo les dije que no porque todos me conocen como Sara Isabel Balarezo Padilla y ese es mi nombre, es mi identidad.

En lo que respecta a la declaración del accionado, padre de la niña, este manifiesta que mantuvo una relación esporádica con la madre de la niña; que nunca fue su deseo tener una hija con ella, y que siempre le comunicó esta posición. Además, expresa "Mi cónyuge y mis familiares no conocen sobre la existencia de la niña, aún no he podido comunicar esta situación, pienso resolver la parte legal y después las decisiones serán tomadas. Tengo que pensar en mi estabilidad conyugal y la estabilidad emocional de mis hijos, es un tema delicado […]"

Esta declaración es reveladora en el sentido que evidencia la extrañeza del padre respecto de su actual hija, a quien no ha reconocido sino hasta la radicación de este juicio. La declaración denota la ausencia de una decisión conciliadora y afectiva respecto de la niña, tanto es así, que ni siquiera la reconoce como su hija, solo habla de la estabilidad emocional de sus hijos matrimoniales y de la suya, así como de su cónyuge.

Por todo lo expuesto, el contexto del informe es claro en el sentido que la niña no ha tenido relación con su padre en ningún momento de su vida, ni con la familia paterna ampliada. Por lo que, la aserción del tribunal de apelación respecto a la supuesta "incongruencia" del documento elaborado por la oficina técnica se desvanece.

Finalmente, ya en las conclusiones del informe, las profesionales indican que el proceso evolutivo cognitivo de la niña es adecuado, que reflexiona y critica en forma apropiada, y recomiendan que se tome en consideración su deseo de continuar identificándose con sus apellidos maternos, y que el padre ha permanecido ausente en la vida de la niña. Es importante señalar además, que las profesionales no detectan o diagnostican que la opinión de la niña se encuentre bajo presión externa, como sugieren los juzgadores de instancia; opinión que al contrario de lo que se sostiene, debe quedar constancia procesal para su valoración, pues es la opinión de la niña la que debe ser escuchada en reserva.

II. En este escenario, de conformidad con los arts. 44, 45 de la Constitución de la República, 60 del Código de la Niñez y Adolescencia, y 12 de la Convención de los derechos del niño, las autoridades jurisdiccionales no pueden obviar el pronunciamiento claro y expreso de la niña en el sentido de conservar sus apellidos maternos por cuanto se identifica así; lo contrario, devendría en una intromisión ilegítima en su derecho a autodeterminarse y autodefinirse como persona sujeta de derechos. Recuérdese que el principio de interés superior del niño implica la satisfacción integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo que procurará su desarrollo armónico e integral. En el mismo sentido, la doctrina de la protección

JURISPRUDENCIA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

integral supone que sean los mismos niños, niñas y adolescentes –siempre en contexto de su desarrollo y madurez– quienes ejerzan sus derechos, lo que significa que las imposiciones externas de los adultos respecto de lo que se considera su bienestar ha de estar limitada precisamente por la opinión de ese grupo poblacional.

Sobre la base de lo expuesto, el tribunal de casación, otorga trascendencia a la opinión de la niña, y estima que en conjunción con el principio de interés superior, así como con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en el presente caso, lo más adecuado para el desarrollo integral de la niña, es que conserve sus apellidos maternos, con los que se ha identificado a lo largo de su vida, en que han primado las relaciones familiares con la madre y la familia ampliada de esta última, no así con el padre, ni su familia ampliada, quienes han estado ausentes en su crianza, desarrollo y crecimiento.

La conservación de los apellidos maternos de la niña se considera pertinente y adecuada en tanto, lo contrario, implicaría la imposición de una condición que la niña expresamente rehúsa, y también supondría un cambio abrupto en la identificación personal y social de la niña, lo que evidentemente afectaría su estado emocional y psicológico.

Es importante enfatizar que la conservación de los apellidos de la madre, en nada afecta el aspecto filiatorio de la niña accionante respecto al accionado, como equivocadamente razona el tribunal de instancia, por lo que, los derechos de filiación resultan intactos. En esta razón, en su partida de nacimiento con la respectiva marginación deberá constar, que la niña Sara Isabel Balarezo Padilla es hija de Edison Tagori Calderón Riera, no obstante, será identificada con los apellidos de su madre.

III. Finalmente, es necesario destacar que de conformidad con el art. 33 del Código de la niñez y adolescencia, el apellido efectivamente constituye una categoría de la identidad que promueve o procura las relaciones familiares con los progenitores, por lo que, la decisión de mantener los apellidos maternos, no deberá ser un óbice para que se pueda iniciar un proceso de acercamiento entre padre e hija y demás familiares; proceso que deberá ir necesariamente acompañado de profesionales de salud para que el potencial acoplamiento familiar que se desarrolle dentro de parámetros que no afecten la vida de la niña.

2.4. Conclusiones:

Al respecto este tribunal observa, que efectivamente la sentencia vulnera el derecho a la identidad de la niña en los términos que se analiza en la sentencia constitucional que se invoca, en lo que es aplicable al caso, pues al establecer este derecho solo se ha considerado su aspecto material o estático que incluye los llamados elementos de identificación (datos de filiación legalmente registrados); sin considerar que este componente al que se limita su análisis no se agota en sí mismo, pues existe otro elemento denominado dinámico o inmaterial que considera que en la identidad también hay otros elementos que se construyen a través del desarrollo de la personalidad de un individuo[17]; y sucede cuando a pesar de tener una identidad legalmente establecida, se rechaza ciertos elementos de esta identificación, con los que no se reconoce ni quiere ser reconocido; aspectos a los se refiere la sentencia constitucional invocada, en la que al contrario de lo que sostienen los jueces/zas de instancia, el derecho a preservar en este caso los apellidos de su madre por ser esa la identificación que prefiere, de ningún modo modifica ni altera sus datos de filiación que legalmente deberán ser marginados en el Registro Civil, y del que efectivamente pueden derivar todos los derechos de su condición de hija del demandado.

3. DECISIÓN EN SENTENCIA:

3.1. Por lo expuesto, al verificar la infracción del art. 66.28 de la Constitución de la República que garantiza el derecho a la identidad personal de la niña accionante, en la dimensión antes analizada, relacionada con el criterio vinculante emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, en el que se definen los parámetros del derecho a la identidad,[18] 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**

[17] Carmen Cerutti y María Cristina Plovanich, Identidad personal. op. cit.
[18] Sentencia No. 341-17-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 11 de octubre de 2017, dentro del caso No. 0047-16-EP.

SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" acepta esta impugnación y casa parcialmente la sentencia recurrida, y que fuera pronunciada por el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 29 de marzo de 2018; las 13:51, en lo que se refiere al derecho de la niña a conservar como elementos de su identificación los apellidos de su madre, sin perjuicio, que en el transcurso de su vida, si es su voluntad, pueda adoptar los apellidos de su padre que deberán constar en su partida de nacimiento por marginación de la sentencia que declara la paternidad, la que será registrada legalmente como se dispone en la sentencia impugnada.

3.2. En consecuencia, la casación parcial de la sentencia de apelación se realiza única y exclusivamente en lo que respecta a la conservación de los apellidos maternos de la niña en la inscripción de su nacimiento, no obstante la marginación de la declaratoria de paternidad que se dispone en la sentencia de segunda instancia, que en este aspecto confirma la emitida en primer nivel, en el sentido que la niña es hija biológica de Edison Tagori Calderón Riera, pero que conserva sus apellidos maternos, debiendo ser identificada como Sara Isabel Balarezo Padilla.

3.2. Si en el devenir del tiempo, su decisión es adoptar los apellidos de su padre biológico, puede hacerlo realizando el trámite respectivo ante la autoridad del Registro Civil. En lo demás, queda en firme la decisión del tribunal de apelación.

3.3. Para efectos de la publicación de esta sentencia, se dispone que la Secretaría de la Sala, omita toda referencia relacionada con la identidad de la niña y de sus padres. Con el ejecutorial devuélvase los expedientes al tribunal de origen para su ejecución. Sin costas ni multa. **Notifíquese.**

f) Dra. María Del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, JUEZ NACIONAL (E); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

III

Causa Nro. *17985-2017-00722*
Resolución Nro. *228-2018*
Fecha: *8 de noviembre del 2018*

TEMA: El Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores prevé varias posibilidades para que la autoridad competente niegue el retorno de los niños a pesar de verificarse una sustracción calificada de ilegal en los términos del instrumento mencionado, en aplicación del interés superior del niño.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

En el Despacho de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, parroquia Tumbaco, provincia de Pichincha, Republica del Ecuador, de conformidad con el artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos, se emite sentencia en idioma castellano en el caso siguiente: El actor en su calidad de padre del niño MGCH de 9 años y del adolescente MGCH de 14 años de edad, demanda a la madre de los mismos, solicitando como medida cautelar necesaria, la prohibición de salida del país de sus hijos a fin de asegurar la permanencia en el país de los mismos durante este proceso judicial y pide se disponga las acciones correspondientes a fin de intentar la devolución voluntaria del niño y el adolescente al lugar de su residencia habitual, los Estados Unidos de América y resolver la restitución internacional de sus hijos tomando en cuenta la documentación presentada de conformidad con los artículos 2, 3, 4, 7, 11, 12, 14 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La accionada en su contestación a la demanda, solicita se rechace la restitución internacional de sus hijos a los EE. UU de América y se disponga que los mencionados niño y adolescente, permanezcan en Quito Ecuador, junto a su madre. Luego de pronunciarse sobre las excepciones previas, la sentencia hace referencia a la Jurisdicción y Competencia, a la Validez del Proceso, a la Oralidad y al Derecho de Prueba, pasando en el punto 5 a realizar la Valoración de la Prueba, detallando en los puntos 6 y 7 las mismas en los ámbitos Testimonial, Pericial y Documental, análisis que ha llevado a la juzgadora al convencimiento de los hechos en el siguiente sentido: Los cónyuges G-Ch en su matrimonio han procreado dos hijos de 14 y 9 años de edad respectivamente, nacidos en Estados Unidos de Norteamérica, los mismos que, con autorización del padre salieron junto con su madre el 13 de agosto de 2016 hacia República Dominicana y el 17 de agosto viajan desde el mencionado país hacia Ecuador, pero sin permiso del padre, país en el que se encuentran hasta la presente fecha. La autoridad avoca conocimiento de la solicitud de restitución el 04 de agosto del 2017; de entre una de las declaraciones testimoniales se conoce que la familia G-Ch, era una familia conflictiva, que tenían muchos problemas matrimoniales por lo cual los niños estaban expuestos a conductas inapropiadas por ambas partes, el niño de 9 años tenía un desorden de ansiedad compulsivo y rasgos violentos. Luego del análisis de las varias pruebas y testimonios, la jueza pasa al análisis de los Informes periciales y técnicos y luego a la Audiencia Reservada en la que se escucha la opinión de los niños dentro del marco del Interés Superior del Niño. La jueza realiza también un amplio análisis doctrinario luego del cual resuelve negar la demanda de Restitución Internacional tanto del niño como del adolescente.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA
De la sentencia anterior el actor interpone recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la cual el demandante insiste en que se ordene la restitución internacional de sus dos hijos a su país de residencia habitual que es Estados Unidos de América. En la contestación a la demanda la accionada manifiesta que recibió en esos días una notificación del Servicio de Ciudadanía y Migración del Departamento de Seguridad de Estados Unidos, indicándole que ya no podía volver a ingresar a dicho país ya que su visa no había sido renovada. Admitido este recurso pasa a conocimiento del Tribunal que corresponde, el mismo que se pronuncia sobre la validez del proceso, de inmediato pronuncia sentencia, la que hace un análisis de la normativa aplicable al caso, haciendo referencia a varios artículos de la Convención de la Haya, la Constitución de la República y sobre Jurisprudencia nacional y Doctrina. Hace una relación sobre los hechos probados que son relevantes para la sentencia, en el parágrafo séptimo argumenta la Motivación finalizando en el parágrafo octavo con la Decisión, que en lo principal desecha el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia subida en grado que niega la Restitución Internacional del niño y del adolescente.
SÍNTESIS CASACIÓN
De la Resolución anterior, en tiempo oportuno, el accionante interpone recurso de Casación y mediante auto se convoca a audiencia de debate sobre los fundamentos del recurso extraordinario de casación para el día 23 de octubre de 2018 a las 15h30, fecha en la que se lleva a cabo la diligencia y se emite el siguiente veredicto.- Si bien el accionante ha recurrido con fundamento en los motivos segundo y cuarto de artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, este ha sido admitido por el cargo de falta de motivación de la sentencia de apelación, o sea el numeral segundo del artículo ya mencionado y que el recurrente acusa infringido el art.76.7.l) de la Constitución de la República, imputando además, transgresión de los artículos 1,2,3 y 4 del Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores, en relación con el principio del interés superior del niño previsto en el art. 44 de nuestra Constitución. Una vez que reconoce su competencia para resolver el caso, el Tribunal procede al estudio del mismo. Así, luego de analizar la fundamentación del recurrente, la contestación de la demandada, la réplica del accionante y la contrarréplica de la defensa de la demanda, establece como problema jurídico a resolver el siguiente: verificar si la sentencia emitida en apelación atenta o no contra la garantía del debido proceso contenida en el art. 76.7.l) de la Constitución de la República, para lo cual se realizará un análisis de la línea de pensamiento de este tribunal respecto de la obligación de fundamentar debidamente las decisiones jurisdiccionales y contrastar esta categoría con la sentencia requerida, para concluir desestimando o estimando el recurso extraordinario; adicionalmente, se realiza un estudio de los principios y derechos que informan al asunto discutido, tales como: la doctrina de protección integral, el principio de interés superior, el derecho a ser escuchado y las circunstancias jurídicas que contempla el Convenio como excepciones a la restitución en caso de verificarse una sustracción ilegal. Al finalizar el extenso y detallado análisis realizado a la sentencia impugnada, el Tribunal de Casación resuelve NO CASAR la sentencia, pues el fallo cuestionado ha definido con claridad los aspectos fácticos, ha considerado las pruebas relevantes, ha enunciado las disposiciones de fuente convencional y constitucional aplicables y finalmente, la decisión adoptada es coherente con las premisas fácticas, por lo que, a pesar de que adolece de ciertas falencias en el análisis, éstas no afectan en lo sustancial la motivación que se concreta en la decisión del caso.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17985-2017-00722

Jueza Ponente: Dra. María Del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, jueves 8 de noviembre del 2018, las 15h03.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

1.1. De la demanda y las decisiones de instancia:

Las abogadas Sonia Merlyn Sacoto y Alicia Inés Mora Terán, han comparecido en calidad de procuradoras judiciales del señor Juan Fernando Garaicoa Crespo, ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la parroquia Tumbaco, planteando acción de restitución internacional de los hijos de su poderdante, Martín y Mateo Garaicoa Chiriboga.

Explica en su libelo, que contrajo matrimonio con la señora María Lorena Chiriboga Guevara en el año 2000, quien es madre de los niños de quienes solicita su restitución. Indica que en el año 2009 radicaron su domicilio en la ciudad de Miami, Estados Unidos de Norteamérica, residencia habitual de la familia, y de los hijos. Que en el año 2013, la cónyuge inició trámite de divorcio ante las autoridades jurisdiccionales de Miami, donde se resolvió que la custodia de los hijos de matrimonio sea compartida. Agrega que durante el trámite de divorcio, los cónyuges acordaron que la familia acuda a terapias familiares impartidas por una reconocida profesional de esa jurisdicción. Finalmente, manifiesta que desistieron del proceso de divorcio en enero de 2016.

En esas circunstancias, señala que la madre de los menores de edad, señora María Lorena Chiriboga Guevara, comunicó al padre –ahora accionante– que viajaría por vacaciones con sus hijos hacia República Dominicana desde el 13 de agosto de 2016 hasta el 18 de agosto de 2016, más el 19 de agosto de 2016, la madre no acudió hasta la residencia de su cónyuge para dejar a los niños como se había establecido; que la madre de los menores de edad se trasladó a Ecuador, junto con sus hijos el 17 de agosto de 2016; por lo que, en julio de 2017, inició las trámites de restitución ante las autoridades norteamericanas por la sustracción que sufrieran sus hijos de su residencia habitual.

Así las cosas, plantea demanda de restitución internacional de sus hijos menores de edad, Martín y Mateo Garaicoa Chiriboga en contra de la señora María Lorena Chiriboga Guevara.

Sustanciada la causa conforme el trámite correspondiente (art. 333.2 COGEP), se dictan en las dos instancias jurisdiccionales, sentencia desestimatoria de la acción.

1.2. Actos de sustanciación del recurso:

En esa circunstancia procesal, el accionante ha comparecido en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación de la sentencia emitida en última instancia por el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 25 de julio de 2018; las 14:20.

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 de agosto de 2018; mientras que mediante auto de 10 de septiembre de 2018; las 14:44, la conjueza competente del estudio del recurso, doctora Janeth Cecilia Santamaría Acurio, lo admite parcialmente a trámite.

Por mandato del art. 182 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emite las Resoluciones Nos. 01-2018 y 02-2018 de 21 de enero de 2018 y 1 de febrero de 2018 respectivamente, en las que reestructura en forma parcial este órgano jurisdiccional quedando conformada la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores por las juezas nacionales María del Carmen Espinoza Valdiviezo, María Rosa Merchán Larrea, y por el juez nacional Carlos Ramírez Romero. Por renuncia presentada por este último ante el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se encuentra actuando en su lugar, la conjueza nacional Magaly Soledispa Toro, encargo realizado por oficio No. 1594-SG-CNJ.

Mediante sorteo de 17 de septiembre de 2018, accede la causa a conocimiento de las juezas nacionales: María del Carmen Espinoza Valdiviezo, en calidad de ponente, María Rosa Merchán Larrea y de la jueza nacional encargada Magaly Soledispa Toro.

Por auto de 09 de octubre de 2018; las 09:44 se convoca a audiencia de debate sobre los fundamentos del recurso extraordinario de casación para el día 23 de octubre de 2018, a las 15:30, fecha en la que se lleva a cabo la diligencia y se emite el veredicto de manera oral. Correspondiendo dictar la sentencia de manera escrita y motivada, se considera:

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

Si bien el accionante ha recurrido con fundamento en los motivos segundo y cuarto del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, este ha sido únicamente admitido por el cargo de falta de motivación de la sentencia de apelación; es decir, por el numeral segundo de la disposición en cita.

En lo principal, el recurrente acusa infringido el art. 76.7.l) de la Constitución de la República, imputando además, transgresión de las disposiciones contenidas en los arts. 1, 2, 3, y 4 del Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores en relación con el principio de interés superior del niño previsto en el art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia:

El tribunal que suscribe 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 Nos 01-2018 y 02-2018 de 26 de enero de 2018 y de 1o de febrero de 2018 respectivamente, en las que se realiza la reconformación parcial de las Salas de este Órgano Jurisdiccional.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

En el siguiente acápite se recogerán las principales acusaciones esgrimidas por el recurrente en el escrito contentivo del recurso extraordinario de casación, debatidas en la audiencia de fundamentación, así como la contestación al recurso expuesta por la defensa de la accionada.

2.2.1. Fundamentos del recurso de apelación del recurrente:

La censura principal que se vierte en contra de la sentencia de apelación, es que esta adolece de déficit de motivación, vulnerándose la garantía contenida en el art. 76.7.l) de la Constitución de la República.

Para sostener su denuncia, el recurrente se remite al test de motivación delineado por la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia 227-12-SEP-CC), por el cual, toda resolución judicial debe contener tres requisitos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Manifiesta que el componente razonabilidad implica la aplicación de principios y normas pertinentes al caso concreto; en su opinión, el tribunal *ad quem*, ha antepuesto su opinión e ideología personal antes que al orden jurídico pertinente al caso concreto; que esta actuación ha desembocado en una decisión arbitraria.

Señala también, que la sentencia no resuelve el asunto central discutido, u objeto de la *litis*, que refiere a la ilegal sustracción de los menores de edad de su país de residencia habitual, más los falladores de instancia, adoptan su decisión con base en el estado actual de sus hijos; es decir, de las condiciones de vida presentes, obviando considerar la sustracción ilegal de la que fueron sujetos, actuar que en su opinión, atenta contra el principio de congruencia contenido en el art. 92 del Código Orgánico General Procesos. Abunda en este aserto, manifestando que el asunto a discutir a propósito de esta causa*, es la sustracción ilegal que realizó la madre de los menores de edad de su país de origen, y no, cuál o cuáles son las condiciones actuales de su estadía en el Ecuador.* Indica que se han inobservado las disposiciones contenidas en los arts. 1, 2, 3 y 4 del Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores que guardan relación con el principio de interés superior del niño previsto en el art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador. Concluye manifestando que los principios constitucionales constituyen normas de orientación que el tribunal de alzada omitió aplicar.

En lo que a los criterios de lógica y comprensión respecta, el casacionista indica que si bien en la

[1] Ver Suplemento del R.O. N°38 de 17 julio de 2013

sentencia de apelación se alude al principio de interés superior (art. 44 CRE), no se analiza o especifica "el ejercicio jurídico de los juzgadores aplicado al objeto de la demanda." Insiste en su criterio anterior, en el sentido que no se han determinado las normas internacionales a ser aplicadas, ni mucho menos, existe remisión a las pruebas actuadas durante la sustanciación de la causa.

En su concepto, la sentencia de apelación es contradictoria en lo que decide, toda vez que es confirmatoria de la decisión del inferior, mas esta decisión tiene como argumento –para la negativa a la restitución de los hijos menores de edad– el deseo de los niños de permanecer en el país, y aquella en cambio, usa como argumento el tiempo que han permanecido residiendo en el Ecuador.

De otro lado, señala que si bien el niño y el adolescente sustraídos han manifestado que se encuentran bien el Ecuador, no han manifestado lo contrario respecto de su residencia en Estados Unidos de Norteamérica, donde se encontraban cuidados por su padre –accionante y recurrente–, donde se cumplía con un régimen de visitas; esta premisa la enlaza con el contenido del art. 4 del Convenio, en el que se establece que este instrumento normativo dejará de aplicarse cuando los menores de edad –víctimas de sustracción– cumplan 16 años; mas en el presente caso, al momento de la realización de la audiencia de apelación, Martín contaba con 9 (nueve) años de edad y Mateo con 14 (catorce) años, por lo que debió ordenarse su inmediato retorno al país de residencia habitual u origen, so pena de contravenir el Convenio. En su opinión, el niño y el adolescente, siendo menores de 16 años, no podían decidir su cambio de residencia conforme el art. 4 en referencia.

En este orden de ideas manifiesta, que el juez plural de alzada, no menciona siquiera las órdenes judiciales de terapia psicológica dispuestas para los menores de edad –por los problemas psicológicos que padecen– a propósito de varias causas judiciales radicadas en Estados Unidos; terapias que debido al viaje a Ecuador han sido abandonadas. En su concepto, la presencia de la madre y el padre son vitales en estas circunstancias; sin embargo, como bien anota el *ad quem*, por influencia y acción de la accionada, los niños no tienen contacto alguno con su padre, salvo dos comunicaciones telefónicas. Señala que por esta razón, en la sentencia requerida se recomendó y dispuso terapia psicológica para la madre y los niños, mas esta orden no ha sido cumplida desde su emisión (más de nueve meses).

2.2.2. Contestación de la parte demandada:

La parte demandada a través de su defensa, manifiesta que el Convenio no puede ser leído de manera aislada, sino que debe ser contextualizado, en el sentido que este instrumento internacional también prevé excepciones o hipótesis de no restitución de los menores de edad en caso de sustracción ilegal, como son los arts. 12 y 13.a).b), que permiten a la autoridad jurisdiccional negar la devolución internacional en caso de adecuación al medio o de que el retorno implique riesgos físicos o psicológicos intolerables para los niños, o si estos se negaren a retornar a su país de origen, debiéndose evaluar el grado de madurez de la persona menor de edad.

Manifiesta además, que en la sentencia de apelación se consideraron los informes periciales de carácter social y psicológico que dan cuenta del estado de los hijos de los sujetos procesales y del riesgo que corre la vida del niño y del adolescente si regresan a los Estados Unidos. En esta línea de análisis, sostiene que se debe tomar en cuenta la opinión de los niños toda vez que son personas y no objetos sobre quienes se pueda decidir; sostiene que su opinión es parte primordial y columna del proceso; que con base en los arts. 11 y 60 del Código de la Niñez y Adolescencia los menores de edad fueron escuchados durante la sustanciación de la presente causa y que con acierto fue considerada por el tribunal de alzada.

Asimismo, señala que los niños hoy en día cuentan con una vida que les otorga paz, tranquilidad y armonía; que uno de los menores de edad, intentó quitarse la vida mientras vivía en Miami; refiere que el padre, ejecutaba actos que causaban sufrimiento al niño; –usa el término martirizar– relata que en una ocasión dejó desnudo al niño por 18 horas afuera de su apartamento.

De otro lado, y respecto del cargo de falta de motivación de la sentencia recurrida, indica que su contendor procesal pretende traspasar el ámbito de admisión del recurso al poner en debate asuntos no recurridos (no especifica cuáles). Adicionalmente, manifiesta que en el acápite 7.2. de la sentencia requerida, el tribunal de apelación entregó razones suficientes para concluir que la decisión se encuentra motivada y conforme el art. 76.7.l) de la Constitución de la República; que la decisión se basa en los informes periciales que dan cuenta de la adaptación de los niños a su residencia actual; de su mejoría emocional, de su relación con la familia materna extendida; así como la recomendación

que se mantengan bajo el cuidado y protección de la madre; derechos que en opinión de la accionada, no tendrían –sus hijos– en caso de ordenarse la restitución internacional.

Con respecto a la falta de cumplimiento de los tratamientos psicológicos dispuestos en la sentencia de apelación, indica que estos no se han cumplido por ausencia de orden judicial –se refiere más a aspectos de índole ejecutivo y/o administrativo– antes que por falta de compromiso o colaboración por parte de la madre.

Finalmente, señala que luego de los tratos "crueles" y "amenazantes" a los que han sido sujetos los niños, hoy en día, cuentan con una ambiente familiar sano y se encuentran adecuadamente adaptados a su nuevo medio, por lo que, considera que la decisión del tribunal de alzada se encuentra debidamente motivada, tanto más, si han aplicado las normas constitucionales, convencionales y legales atinentes al caso que se juzga (arts. 12 y 13.b) del Convenio; 44, 45, 46, y 424 de la Constitución de la República;95 COGEP 11 y 60 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia).

Bajo estas premisas, solicita rechazar el recurso extraordinario de casación planteado por su contendor procesal.

2.2.3. Réplica del accionante recurrente:

La defensa de la parte recurrente, en esta parte de su intervención rebate algunos puntos; así señala que:

- **i.** Por familia ha de entenderse al padre, a la madre y los hijos, no así a la madre, hijos y familia extendida materna;
- **ii.** Debido a las edades de los hijos, 9 y 14 años, estos no pueden decidir qué es "bueno" para ellos; en su opinión, las autoridades jurisdiccionales y la defensa técnica de las partes procesales son aptos para decidir qué es lo mejor, textualmente señala: "nosotros somos en este caso quienes establecemos que es bueno o que es malo para los hijos"[2]; *máxime* si se tiene en cuenta el estado psicológico y emocional del niño y del adolescente;
- **iii.** En la presente causa no se discute la tenencia de los hijos, sino la ilegal sustracción de la que fueron víctimas; así, en caso de ordenar la restitución no se está excluyendo a la madre de su cuidado, pues ella podría estar presente en la vida de sus hijos –pero– en su residencia, Miami;
- **iv.** El intento de suicidio del adolescente se ha producido en este país (Ecuador), y no en su lugar de residencia (Miami);
- **v.** Existe alienación parental por parte de la madre, esto es, la actitud negativa de ella hacia el padre trasmitida a sus hijos; hecho reconocido por el tribunal *ad quem* en su sentencia; violentando de este modo –por parte de la accionada– el derecho a mantener las relaciones con el padre.

2.2.4. Contrarréplica (defensa de la demandada):

En esta parte, la defensa de la señora María Lorena Chiriboga Guevara, señala básicamente dos cuestiones: **(i)** que en el presente caso, los hijos de los sujetos procesales pueden darse a entender de manera clara, por lo que, su opinión debe ser considerada, pues insiste que se trata de personas y no de objetos; y, **(ii)** que la madre de los menores de edad, ya no puede retornar hacia los Estados Unidos de Norteamérica, habida cuenta que su visa de residencia ha sido negada, documento migratorio que se encontraba enlazado al de su cónyuge, señor Juan Fernando Garaicoa Crespo; que en el proceso consta debidamente acreditado el hecho de la negativa de visa.

2.3. Problema jurídico a resolver:

Atendiendo la acusación admitida a trámite –falta de motivación de la sentencia–este tribunal de control en estricto sentido, deberá verificar si la sentencia emitida en apelación atenta o no contra la garantía constitucional del debido proceso contenida en el art. 76.7.l) de la Constitución de la República; para esto, se realizará un análisis de la línea de pensamiento de este tribunal respecto de la obligación de fundamentar debidamente las decisiones jurisdiccionales y contrastar esta categoría con la sentencia requerida, para concluir desestimando o estimando el recurso extraordinario.

Más allá de esto, debido a la sensibilidad y complejidad que envuelve al caso concreto, se realizará –en forma adicional– un estudio acerca de

[2] EL audio completo de la intervención de la defensa de los sujetos procesales consta debidamente grabada en el CD (dispositivo óptico de almacenamiento) que corre a folios 13 del cuaderno de casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

los principios y derechos que informan al asunto discutido, tales como la doctrina de protección integral, principio de interés superior, derecho a ser escuchado, y las circunstancias jurídicas que contemplan el Convenio como excepciones a la restitución en caso de verificarse una sustracción ilegal.

2.4. Resolución motivada del problema jurídico planteado:

2.4.1. Análisis sobre el cargo de falta de motivación de la sentencia emitida en segunda instancia.

I. De la motivación:

Este tribunal ha emitido varios pronunciamientos sobre la importancia de la motivación en tanto cumple varios propósitos, como derecho de las y los ciudadanos a recibir de las instituciones del estado una decisión legítima, como garantía de tutela y de debido proceso, así como de publicidad y control no solo por parte de las autoridades jerárquicamente superiores sino de la sociedad en general. En este sentido se ha manifestado que:

De acuerdo con el art. 76.7.l) de la Constitución de la República, las resoluciones de los poderes públicos en general y del poder judicial en particular, en que se vean comprometidos derechos, deben encontrarse adecuadamente motivadas. El constituyente ha establecido parámetros mínimos para entender que una resolución se encuentra adecuadamente motivada, señalando que las resoluciones deberán para su legitimidad y validez, contener la especificación de los 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 una lado la nulidad del acto, y por otro, la responsabilidad de la o el servidor público que emite el acto.

> CRE Art. 76.7 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.
>
> COFJ Art. 130.4. 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;

Como se ve, la garantía constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso, en la dimensión de motivación de las resoluciones, cobra trascendental importancia dentro del ordenamiento jurídico del país, pues exige de toda autoridad, la justificación de los actos en que se decidan derechos de las y los ciudadanos, justificación que para ser así considerada, debe contener un estándar mínimo, como es la adecuada enmarcación de los antecedentes fácticos a los principios o normas jurídicas del ordenamiento estatal.

Tratándose del poder judicial, las decisiones adoptadas no solo deben adoptar ese estándar de justificación, sino desarrollarlo al máximo en ciertos casos en que se requiera reforzar la argumentación para dotar de legitimidad a una decisión. En este orden de ideas, la motivación constituye entonces, un deber constitucional y legal de los operadores jurídicos (arts. 76.7 l) CRE y 130.4 COFJ), y una garantía de control no solo para los intervinientes directos de las causas, sino de la sociedad en general, así como de publicidad.

En la línea de pronunciamientos de este tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, como parte del máximo organismo de administración de justicia ordinaria del país, respecto del derecho y la garantía de motivación conforme se encuentra configurada en la Constitución, ha manifestado que:[3]

> 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

[3] Véase entre otros pronunciamientos 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; Juicio 206-16, Resolución 083-17; Juicio 246-16, Resolución 084-17.

silogismo jurídico, cuyo resultado para entenderse como justificado, debe ser el producto de la aplicación de reglas universales;[4] 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 las premisas y la conclusión,[5] 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.[6]

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;[7] 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[8] 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.[9]

A criterio del tribunal, una vez cumplidos estos parámetros, también se verán satisfechos aquellos establecidos por la Corte Constitucional del Ecuador, en cuanto ha dicho que las resoluciones judiciales se entienden debidamente motivadas si cumplen con parámetros de comprensibilidad, lógica, y razonabilidad.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha sido categórica en señalar que la tarea fundamental en motivar una sentencia radica precisamente en desarrollar un argumento:

i. Comprensible, es decir, que goce de claridad en su lenguaje;
ii. Lógico, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión, así como un argumento;
iii. Razonable, es decir, fundada en principios constitucionales, logrando que las entidades normativas del ordenamiento jurídico encajen en las expectativas de solucionar los problemas y conflictos presentados, convirtiendo a la motivación en un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado, a través de los administradores de justicia, exterioriza las razones de su decisión con respecto al conflicto suscitado.[10]

En definitiva, una decisión puede considerarse como atentatoria a la garantía de motivación, en los casos siguientes: ***(i)*** *cuando no se hayan enunciado los hechos fijados;* ***(ii)*** *si no se evidencia análisis probatorio alguno;* ***(iii)*** *por falta de sustento de la decisión en el sistema de fuentes de derecho; y/o* ***(iv)*** *por manifiesta incoherencia entre la decisión y las premisas planteadas en el fallo*.

II. Del acto jurisdiccional recurrido:

En el caso bajo estudio, se desprende que el tribunal de apelación estructura su sentencia en siete considerandos. En el primero de ellos se recogen las proposiciones del libelo de demanda y de contestación a la demanda; en el segundo se verifica la competencia del tribunal para resolver el recurso vertical interpuesto; en el tercero se verifica el trámite seguido y se califica la validez procedimental de la causa. A continuación, el tribunal de alzada refiere la normativa, doctrina y jurisprudencia –que considera– aplicable al caso que juzga. En el

[4] Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2007, p. 214; así también véase Manuel Atienza, Curso de Argumentación Jurídica, Madrid, Trotta, 2013, p. 103-107.
[5] Chaïm Perelman, La lógica jurídica y la nueva retórica, trad. Luís Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.
[6] Manuel Atienza, op. cit., p. 105.
[7] Robert. Alexy, op. cit., p. 222-223.
[8] Manuel Atienza, op. cit., p 104.
[9] Juan Igartua Salaverría, El razonamiento en las resoluciones judiciales, Lima, Temis, 2009, p. 46-47
[10] Víd. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 008-14-SEP-CC, Caso 0729-13-EP, de 09 de enero de 2014.

considerando sexto se relatan los hechos probados procesalmente, donde cabe destacar que el tribunal de alzada ha escuchado a los hijos de los sujetos procesales con la presencia de un perito psicólogo clínico; y por último, en el acápite "Séptimo", nominado "motivación", el *ad quem*, analiza las circunstancias jurídicas que llevan al tribunal a tomar su decisión. En forma textual, el juzgador plural escribe:

> SÉPTIMO.MOTIVACIÓN. […] 7.2.1.En el caso que nos ocupa, se ha demostrado que el niño Martín Garaicoa Chiriboga y el adolescente Mateo Garaicoa Chiriboga, se encuentran residiendo en la ciudad de Quito, Ecuador con su madre […] desde el mes de agosto del 2016, según señala el Informe Social Pericial (fs. 319 a 326) que en la parte pertinente dice "…la señora María Lorena Chiriboga Guevara refiere que viajó con sus hijos al Ecuador en el mes de agosto del 2016 (…) Los NNA Mateo y Martín Garaicoa Chiriboga actualmente viven bajo la protección y cuidado materno dentro del hogar extendido conformado además por los abuelos maternos […] quienes son la red de apoyo familiar de los NNA Mateo y Martín Garaicoa, la convivencia familiar es pacífica sin antecedentes de consumo de alcohol ni violencia intrafamiliar […] y donde las necesidades básicas de los NNA Sujetos de Derechos son cubiertas. Mateo Garaicoa Chiriboga se encuentran estudiando en el Colegio Católico José Engling en Noveno año desde el inicio del año escolar 2017-2018 (…) y Martín Garaicoa Chiriboga se encuentra estudiando en tercer año de educación básica en el Colegio Americano…"; y del Informe Psicológico Pericial del Consejo de la Judicatura (fs. 371 a 379) se verifica en lo principal que el niño Martín Garaicoa Chiriboga "…En la actualidad presenta adaptación al ambiente familiar y escolar. Asegura tener actividades diversas de entretenimiento y compartir con la familia materna…"; y sobre el adolescente Mateo Garaicoa Chiriboga se señala que "…Asegura que al inicio le costó adaptarse por el idioma y la metodología de aprendizaje, situación que poco tiempo después fue superada. Durante la mayor parte de su alocución asegura sentirse mejor emocionalmente…", *que dan cuenta de que el niño y adolescente por su edad requieren de la protección y cuidados de su madre, derechos que no tendrían si se ordena su restitución a Estados Unidos de América; así como la privación del entorno familiar y escolar que luego de más de un año de permanencia en el Ecuador han logrado,* ***lo que podría ocasionar un daño psicológico en su desarrollo, ya que el niño y adolescente ya se han integrado a su nuevo ambiente social y afectivo***; encontrándose inmerso en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 12 de la Convención de la Haya […] OCTAVO.- DECISIÓN.- La Sala luego del análisis de las pruebas actuadas, valorando el hecho de que el niño y adolescente, se encuentran bajo el cuidado y protección de su madre, residiendo en el Ecuador, en un entorno familiar acogedor y seguro que le permite su desarrollo integral; y de que ha quedado demostrado que se han integrado en su nuevo ambiente, en estricta aplicación del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, considerando el interés superior del niño y el respeto de sus derechos constitucionales […][11] (cursivas y negritas no originales).

De lo expuesto hasta esta parte se tiene que en la decisión se fija en primer lugar, los antecedentes, donde el tribunal pone en evidencia el objeto de la *litis*: estimar o desestimar la restitución del niño y del adolescente, hijos de las partes procesales. Para este efecto, se remiten a los informes de carácter bio-sico-social actuados en la causa, así como a la normativa aplicable, esto es, Constitución de la República y Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores, concluyendo que la permanencia de los hijos en el Ecuador es lo mejor para su desarrollo integral, pues de lo contrario –de ordenarse la restitución– "podría ocasionar un daño psicológico en su desarrollo […]".

De lo relatado, se evidencia que en la sentencia requerida se ha definido con claridad los antecedentes fácticos que informan al caso, así como las pruebas relevantes que servirán de fundamento de la decisión; se han enunciado las disposiciones de fuente convencional y constitucional aplicables; y,

[11] Sentencia de apelación, folios 30-35 del cuaderno de segunda instancia.

finalmente, la decisión adoptada es coherente con las premisas fácticas, sin que exista contradicción o incongruencia.

En tratándose de este tipo de asuntos –sustracción internacional de niños–, si bien le asiste razón al recurrente cuando manifiesta que no se discute la tenencia, sino la ilegalidad del acto de salida de los niños de su país de residencia habitual; no es menos cierto, que por el principio de interés superior del niño, que el Convenio contempla en su preámbulo, al juzgador le corresponde analizar las particularidades en caso de negativa a retornar al país de residencia habitual, tal es así, que el Convenio, prevé varias posibilidades para que la autoridad competente niegue el retorno de los niños a pesar de verificarse una sustracción calificada de ilegal en los términos del instrumentos al que nos venimos refiriendo. Así, los arts. 12, 13 y 20 del Convenio prevén:

> Art. 12.- Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.
>
> La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.
>
> […]
>
> Art. 13.- No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:
>
> a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o,
>
> b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico *o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.*
>
> La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.
>
> Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor. (Cursivas son del tribunal)
>
> Art. 20.- La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Disposiciones que demuestran con claridad que la autoridad jurisdiccional debe analizar las circunstancias en que se hallan los niños, como son: estado emocional, acoplamiento al medio actual, riesgos del retorno al país de origen, tiempo de inicio de trámites para lograr la restitución; y todo esto atado a la opinión de los menores de edad, en proporción a su grado de madurez y desarrollo, criterio que guarda relación y compatibilidad con lo previsto en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño (a la que nos referiremos más adelante).

Así las cosas, resulta que no es tan simple o aislada la lectura del Convenio, como verificar un acto de sustracción que se enmarce en los términos del art. 3 de este instrumento y ordenar la inmediata restitución, sino que, el análisis ha de ampliarse en los escenarios previstos en los arts. 12, 13 y 20 del Convenio. Puede concluirse entonces, que una vez verificada una sustracción internacional, prima facie, la autoridad deberá ordenar de inmediato el regreso de la o el niño a su país de residencia habitual; mas, en concreto y/o particular, en razón del principio de interés superior del niño, deberán analizarse todas las premisas fácticas que rodean al caso concreto, como es por ejemplo el peligro o sufrimiento intolerable al que se le sometería a una niña o niño al ordenar su retorno.

De este modo, se verifica entonces que la sentencia de apelación, no rompe el principio de congruencia

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

previsto en el art. 92 del Código Orgánico general de Procesos, principio que deviene a su vez, de la obligación de motivar los fallos, habida cuenta que como se analizó, parte del objeto de la *litis* en asuntos de sustracción ilegal de niños, involucra el estudio sobre la adecuación al medio actual y las condiciones que supondrían su retorno.

Por lo que, se desecha el cargo en contra de la sentencia recurrida por no existir contravención de la garantía de motivación prevista en el art. 76.7.l) de la Constitución de la República.

2.4.2. Sobre la doctrina de protección integral y los principios que informan el Convenio sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores (El Convenio) y la Convención de los Derechos del Niño (La Convención):

I. De la doctrina de protección integral y el interés superior del niño:

El principio del interés superior de niñas y niños, ha constituido la base sobre la cual ha girado la doctrina de la protección integral, y que la Convención Internacional de los Derechos del Niño (la Convención), ha elevado a rango de norma fundamental, consecuencia de ello es que las legislaciones de los países suscriptores han receptado esta noción como una norma que contiene un principio estructurante del ordenamiento jurídico; asimismo, se ha erigido en un principio guía-rector de interpretación por parte de toda autoridad, en aquellos casos en los que derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentren discutidos.[12]

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han encontrado grandes dificultades a la hora de definir con exactitud qué es interés superior de niñas y niños, por ello, se ha dicho acertadamente que la noción del interés superior, es un principio indeterminado que entrega un gran margen de discreción al intérprete, quien a través del análisis de las particularidades de cada caso, ha de saber darle un contenido más o menos concreto.

Sin embargo de lo dicho, se puede manifestar a grandes rasgos que "[…] el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican."[13]Ahora bien, pensar que el solo reconocimiento de derechos a favor de este grupo humano, supone per se, la concretización del principio de interés superior, resulta peligroso e inexacto, pues el solo reconocimiento de derechos puede alcanzarse con prescindencia del principio, así la propia Convención sobre los derechos del niño, como la Constitución, y el Código de la Niñez y Adolescencia, reconocen un amplio catálogo de derechos a favor de niños, niñas y adolescentes. En tal virtud, el reconocimiento de derechos a favor de la niñez y adolescencia, ha de ir necesariamente acompañado por una teoría de la autonomía, que posibilite el ejercicio individual de los derechos;[14] de esta forma se pueden distinguir entonces, dos categorías, el reconocimiento, y goce de derechos, y el nivel de autonomía por parte de los y las niñas y adolescentes, para ejercerlos por sí mismos.

El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado que la Convención reconoce e incorpora el principio de interés superior como un *principio jurídico interpretativo fundamental, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento*. Agrega que el contenido de este principio es dinámico, por lo que debe determinarse caso a caso, considerando los hechos y la situación del niño afectado. Por lo anterior, ha recomendado algunos elementos que deben evaluarse para determinarlo en cada caso, como: a) la opinión del niño; b) la identidad del niño; c) la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones; d) el cuidado, protección y seguridad del niño; e) la situación de vulnerabilidad; f) el derecho del niño a la salud; g) y el derecho del niño a la educación.[15]

---

[12] Miguel Cillero Bruñol, "El interés superior del niño en el marco del Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño", en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, (edit), *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, Quito, 2010, p. 97, disponible en http://www.unicef.org/ecuador/Derechosgarantiasninez.pdf

[13] *Ibídem*, p. 99.

[14] Domingo A. Lovera Parmo, "Niño, Adolescente y Derechos Constitucionales: De la protección a la autonomía", en Miguel Cillero, director, *Justicia y Derechos del Niño*, Número 11, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf

[15] Lucía Rizik-Mulet, *Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia de Chile. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 193-234 (2016), disponible en http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n29/16928156ilrdi2900193.pdf

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto garantías y salvaguardas para todos quienes estén en la situación de evaluar y determinar este principio. Estas garantías y salvaguardas son: a) el derecho del niño a expresar su propia opinión; b) la determinación de los hechos debe realizarse por profesionales altamente cualificados; c) dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible; d) contar con profesionales cualificados a lo largo del procedimiento; e) el niño debe contar con representación letrada; f) las decisiones deben ser motivadas, justificadas y explicadas; g) establecer mecanismos para examinar o revisar las decisiones; h) y evaluar el impacto de la decisión en los derechos del niño.[16]

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia,

> […] 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,[17] 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 […][18]

A pesar de la amplitud intrínseca de la noción del interés superior, y que obliga al análisis concreto y particular de cada caso, se pueden determinar al menos dos parámetros generales a tener en cuenta por toda autoridad jurisdiccional al momento de definir qué significa el principio del que tratamos, en asuntos bajo su conocimiento; estos dos parámetros son: **i)** consideraciones fácticas, que a su vez implica una lectura integral de todas las particularidades que rodean al caso concreto; y, **ii)** consideraciones jurídicas, que supone el estudio del ordenamiento jurídico aplicable, para la consecución del desarrollo armónico e integral de menores de edad.[19]

En definitiva entonces, se puede afirmar que el principio de interés superior, no solo entraña el reconocimiento y defensa de los derechos constitucionales de niñas y niños, sino que además se debe garantizar que el ejercicio de esos derechos, se los realicen por parte de sus titulares, en la medida que estos se encuentren en la capacidad de hacerlo, pues no puede retrocederse al paradigma ya superado de la situación irregular, basado en la "incapacidad" o "carencia" de los niños/as, en cuya razón los adultos/as son quienes deciden desde fuera qué es lo mejor para niños, niñas y adolescentes.

> La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.[20]

Por tanto, el principio de interés superior ha de poder ser conciliado, como aquel que garantice y contribuya al desarrollo armónico, estable e integral de niñas, niños y adolescentes; así entonces, el interés superior de niñas y niños, solo ha de verse traducido en la práctica cuando se produzca una satisfacción integral de sus derechos.

---

[16] *Ibídem.*
[17] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995 (Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.
[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-397 de 2004 (Ponente, Manuel Cepeda Espinosa)
[19] *Ibídem.*
[20] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-408 de 1995.

II. Del derecho a ser consultados:

El art. 12 de la Convención de los derechos del niño, prevé el derecho de niños[21] a ser consultados en todos los asuntos que en les afecten ya sea en vía judicial o administrativa, opinión que deberá ser tomada en cuenta en relación con la madurez del niño. La disposición convencional en referencia establece:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este derecho a ser consultados y escuchados en los asuntos en que sus derechos se discutan, es recogido en los arts. 13.b) del Convenio, 45 de la Constitución de la República y 60 del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su orden disponen:

> **Convenio. Art. 13** No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:
> […]
> b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.
> La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor ***si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones***.
>
> **CRE Art. 45.-** Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.
> Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; ***a ser consultados en los asuntos que les afecten*** […]
>
> **CNA Art. 60**.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.
> Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión. (Cursivas y negritas no originales)

El Comité de los derechos del niño de la ONU,[22] ha manifestado que el derecho a ser consultados, en conjunto con el principio de interés superior, el de no discriminación, y los derecho a la vida, al desarrollo y consideración, constituyen los cuatro principios fundamentales que estructuran la Convención, y por tanto, la disposición del art. 12 no solo consagra un derecho, sino que además, debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos, solo así, se conseguiría el objetivo de la doctrina de protección integral y

[21] Se debe tener en cuenta que de conformidad con el art. 1 de la Convección Intencional de los Derecho del niño, se entiende por niño a toda persona menor de 18 años.

[22] El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de observaciones finales.

de la Convención de escuchar a los niños y que su opinión sea tomada en serio.[23]

El derecho a ser escuchado en muchos países ha sido desarrollado en un sentido amplio como un derecho de participación, o sea, de una activa injerencia de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones y un intenso intercambio de opiniones entre ellos y los adultos para la construcción de políticas tendientes a materializar los postulados de la Convención. En sentido estricto, el derecho a ser consultado implica no solo que la niñez y adolescencia pueda pronunciarse respecto de los asuntos que les interesan o afectan, sino también, que esa opinión sea considerada para la toma de decisiones, de lo contrario, este derecho sería inerte. Asimismo, es importante poner de relieve que este derecho implica al mismo tiempo que ser escuchado, a no ser obligado a emitir opiniones si ese no es su deseo; o sea, es un derecho de reconocimiento y consideración de su opinión, así como de respeto de abstención si es que la o el niño, no desea emitir sus conceptos respecto de determinados asuntos.

Por tales motivos, los estados parte, por intermedio de sus instituciones, han de alentar que niños, niñas y adolescentes emitan sus opiniones de manera libre e informada, de tal suerte que sepan que su opinión cuenta e influye en sus vidas. Es importante destacar, que la opinión o criterio emitidos se debe caracterizar por ser genuino e informado, y no producto de una influencia externa. Asimismo, que la opinión sea libre significa que no se haya ejercido presión para que la o el niño se exprese, por lo que debe estar consiente, que si su deseo es no emitir pronunciamiento, este ha de ser respetado.

En definitiva, el derecho a ser escuchado constituye un derecho de niños, niñas y adolescentes de trascendencia en el ordenamiento jurídico de los estados, y que tiene como objetivo primordial que las decisiones que se adopten respecto de este grupo humano sean respetuosas de su condición de personas autónomas y sujetas de derechos. De igual forma, se debe enfatizar que en cada situación concreta, la autoridad administrativa o judicial evaluará la capacidad de la o el niño para emitir un criterio, y si este es libre de presiones externas.

III. Del caso concreto:

En el presente caso, los informes periciales de carácter bio-sico-social son bastante alarmantes respecto del estado psico-emocional de los menores de edad, y que, han ido mejorando paulatinamente hasta la actualidad (nos referimos a la fecha de realización de los informes).

III.I. Así por ejemplo, con respecto al adolescente Mateo Garaicoa, en el informe psicológico realizado por la psicorehabiltadora y educadora especial, Laura Iñiguez Ojeda, realizada el 12 de noviembre de 2016, se manifiesta que su nivel de ansiedad y dependencia son elevados, que teme por la seguridad de su hermano "sabe lo afectado que está por la influencia de su padre", es impulsivo compulsivo (fs. 150-160), lo que luego es ratificado por la psicóloga clínica Lissett Solange Santacruz Crespo, quien en su informe manifiesta que Mateo, tiene trastorno obsesivo compulsivo.

Este último informe, elaborado el 27 de marzo de 2017, es revelador, entre otras cosas, la perito, replicando lo expuesto por el adolescente, expone que ha sido víctima de maltrato infantil por parte de su padre. En forma textual en el informe se manifiesta:

- "Asegura (Mateo) sentirse mejor emocionalmente, comparando circunstancias del pasado, cuando vivía en EUA y cuando vivía con su padre. Recuerda con desagrado incidentes de violencia entre sus padres y hacia él y lo que sentía al respecto"
- "[A]lguna que otra vez me pegó (refiere el adolescente respecto de su padre) […] recuerdo que siempre hablaba mal de mi mamá"
- "Lo recuerdo (al padre) como una persona muy deprimida… creo que mi papá estaba enfermo… a veces estar con él era pasar encerrados a obscuros solos"
- "Yo una vez pensaba en suicidio… me parecía injusto no poder escoger con quien vivir… yo sentía odio, nervios, ansiedad, preocupación todo el tiempo"

[23] Comité de los derechos del niño, Observación General No 12 (2009) CRC/C/GC/12, El derecho del niño a ser escuchado, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf

- "Yo era un niño triste… ahora me siento feliz…tengo familia, tengo amigos, me gusta mi vida aquí"[24]

En definitiva, el informe evidencia los problemas emocionales y psicológicos que el niño padecía en su país de origen (EEUU), conflictos que han ido mejorando en Ecuador, y que el adolescente refiere sentirse mejor y adaptado. Es de destacar también, que a pesar de lo relatado, el adolescente manifiesta con firmeza su deseo de mantener contacto con su padre, mas no vivir con él, ni regresar a los Estados Unidos de Norteamérica.

III.II. Con respecto al niño Martín, el informe pericial evidencia un cuadro menos drástico, pero no por eso, menos relevante. La perito Lissett Solange Santacruz Crespo, reeditando lo expuesto por el menor de edad escribe:

> "Da su perspectiva acerca del rol materno y paterno, menciona que sus padres son buenas personas. Se muestra confundido acerca de las razones por las cuales se trasladaron a Ecuador, dejando a su padre en EUA. Durante la mayor parte de su alocución expone que extraña a su padre y que desea verlo, pero que no quiere vivir con él. '*No quiero regresar, me gusta mi colegio, tengo amigos, está toda mi familia aquí… quisiera que mi papá venga y me visite…*'"[25] (cursivas originales).

III.III. De lo descrito, resulta palmario que el niño y el adolescente cuya restitución se requiere, no solo han sido víctimas indirectas de los conflictos entre sus padres, sino también víctimas directas de actitudes que desestabilizan su estado psicoemocional y con ello, se les ha colocado en un estado de riesgo para su desarrollo adecuado y saludable.

De los informes periciales se puede destacar que la vida de los niños en su residencia anterior (EEUU), ha estado caracterizada por los conflictos de sus padres y por constante sometimiento a estrés emocional así como a un grado de maltrato que ha desembocado en un cuadro de depresión, ansiedad, impulsividad, e intranquilidad que con el paso del tiempo en el Ecuador, así como con el trato con familiares, amigos y demás personas allegadas en este país, han contribuido para mejorar su cuadro clínico. Como es obvio, esta mejoría y acoplamiento al medio actual, contribuyen a un mejor desarrollo educacional y emocional de los menores de edad.

Por lo visto, a pesar de la sustracción ilegal a la que los menores de edad han sido sujetos, de conformidad con los arts. 12 y 13.b) del Convenio, resulta un caso excepcional de no restitución, toda vez que el adolescente y niño se han acoplado al medio en que encuentran, y además, que el hecho anterior, su estabilidad actual, contribuye para que sus cuadro clínico psicológico mejore; lo contrario, ordenar su restitución, implicaría colocar a los niños en un estado de inestabilidad y sometimiento a riesgos intolerables. Una vez que se ha logrado una armonía y estabilidad emocional, ordenar su retorno, sería regresar en los avances logrados.

Adicionalmente, igual de importante resulta considerar la opinión de los hermanos cuya restitución se requiere, en el sentido que prefieren y deciden vivir en este país con su madre y no retornar hacia Estados Unidos de Norteamérica; sin soslayar asimismo, su firme deseo de mantener contacto con su padre, aspiración que es conforme con el art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia, que prevé:

> Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia […]

Al amparo del interés superior del niño en los términos antes descritos, resulta del todo adecuado y consciente con sus derechos en armonía con su opinión, el negarse a ordenar la restitución al país del cual fueron trasladados.

IV. Por lo visto anteriormente, si bien la decisión de negativa de los jueces y jueza de apelación a la restitución es acertada, no es menos cierto que las razones expuestas son limitadas o poco amplias, pues solo de manera tangencial se refieren a los riesgos que supondrían el ordenar su restitución y el acoplamiento al medio actual (arts. 12 y 13.b)

[24] Informe pericial constante a folios 376-378 del cuarto cuerpo de primera instancia.
[25] Informe pericial constante a folios 374-375, ibídem.

del Convenio). Su análisis en casos tan sensibles y complejos como estos, debe ser más amplio y meticuloso con respecto a las particularidades del caso concreto.

Finalmente, este tribunal no puede pasar por alto, el hecho de la renuencia de la madre para contribuir con el relacionamiento de los hijos con el padre, derecho que les asiste en forma personal a los menores de edad y al progenitor, y que no está a disponibilidad de la madre.

Pese, a la complejidad de las relaciones anteriores, la madre no puede negarle al padre contacto con los niños por medios electrónicos, bajo su supervisión o de una persona profesional preparada para el efecto. De manera que, la orden de terapias dispuestas en segunda instancia con el objeto de lograr el restablecimiento de las relaciones parento filiales, también es acertada, y deberá ser debidamente seguida para su cumplimiento por la jueza de ejecución, esto es, por la autoridad jurisdiccional de primera instancia, quien como directora del proceso, puede tomar un sinnúmero de medidas con el propósito de asegurar el fiel cumplimiento de lo resuelto y que está ligado al desarrollo integral y adecuado de dos personas menores de edad que requieren del estado y la sociedad apoyo, asistencia y decisiones que aporten la satisfacción integral de sus derechos.

3. DECISIÓN EN SENTENCIA

3.1. Por lo expuesto, contrastando las intervenciones de los sujetos procesales en cuanto a los argumentos de la impugnación en casación, la réplica, contrarréplica y el debate de los argumentos puestos en conocimiento, el tribunal de casación integrado por las juezas: María Rosa Merchán Larrea, Magaly Soledispa Toro y María del Carmen Espinoza Valdiviezo (ponente), concluye que:

3.2. La impugnación del recurrente fundamentada en la infracción del art. 76.7.l) de la Constitución de la República, acusación traída por el caso previsto en el art. 268 numeral 2, del Código General de Procesos.

Del examen de la sentencia en contraste con esta impugnación, se evidencia que en el fallo cuestionado se ha definido con claridad los antecedentes fácticos que informan al caso, así como las pruebas relevantes que servirán de fundamento de la decisión; se han enunciado las disposiciones de fuente convencional y constitucional aplicables al caso; y, finalmente, la decisión adoptada es coherente con las premisas fácticas, por lo que, y a pesar de adolecer de ciertas falencias y deficiencias en el análisis, éstas no afectan en lo sustancial la motivación que se concreta en la decisión del caso, pues este tribunal no verifica la mentada inconsistencia e incongruencia que se alega en el recurso, de suerte que en este caso nos lleve a tomar una decisión distinta a la que arriba el tribunal de apelación, pues lo que se resuelve guarda estricta relación con el objeto de la controversia. Por las consideraciones expuestas, el tribunal único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, luego de la deliberación, por unanimidad, desecha el cargo por vulneración del art. 76.7.l) de la Constitución de la República, toda vez que la sentencia de apelación cumple con la garantía constitucional de motivación; por lo que "**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 Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 25 de julio de 2018; las 14:20. Con el ejecutorial devuélvase los expedientes al tribunal de origen. **Notifíquese.**

f) Dra. María Del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (E); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

IV

Causa Nro. *17203-2013-7613*
Resolución Nro. *188-2018*
Fecha: *18 de septiembre de 2018*

TEMA: Unión de Hecho. Si bien la prueba documental da cuenta de que entre ellos había una relación sentimental, no prueba que aquella haya sido estable y monogámica, peor aún que hayan formado un hogar de hecho, faltándole además, la notoriedad.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor CJPP, comparece y expresa que desde el 5 de julio de 2003 hasta el 23 de agosto de 2010, formaron unión de hecho, estable y monogámica como pareja, para vivir juntos, ayudarse mutuamente y formar una sociedad de bienes, lo que ha sido conocido por sus relaciones sociales, familiares, vecinos y personas en general con JGVR, como prueba de ello tienen una serie de documentos firmados conjuntamente. Inicialmente tuvieron su hogar en San Pedro Claver, norte de Quito y luego se trasladaron a la parroquia Tumbaco, al inmueble adquirido durante la unión de hecho. Durante esta unión trabajaron y aportaron mutuamente con su esfuerzo personal, intelectual y económico con la intensión de formar un patrimonio y confiando en la buena fe pusieron todo el patrimonio a nombre del JGVR. Con este antecedente, fundamentado en los Arts. 11 y 68 de la Constitución demanda la declaración de la existencia de la Unión de Hecho existente entre el compareciente y el señor JGVR.- El demandado en su contestación niega todo lo planteado en la demanda, pero indica que sí hubo relaciones de carácter comercial, trabajo y amistad y niega haber formado hogar alguno con el actor. Luego del análisis de las pruebas presentadas por las partes la autoridad considera, el actor CJPP no ha justificado ni probado que haya formado un hogar de hecho con JGVR, por lo tanto desecha la demanda presentada por falta de prueba.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El actor CJPP, inconforme con la sentencia anterior apela ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por considerar que la sentencia de primera instancia se ha apartado de la realidad procesal y no ha valorado la prueba presentada por el, e insiste en la declaración de la existencia de la unión de hecho entre el compareciente y el señor JGVR desde el 5 de julio del 2002 hasta el 23 de agosto de 2010. Sustenta su apelación en los Arts. 256 y 257 del Código Orgánico General de Procesos- COGEP. El Tribunal de Instancia, luego de un extenso y minucioso análisis, expresa que le corresponde dilucidar la inconformidad. En cuanto la declaración de unión de hecho, entre CJPP y JGVR, ha quedado demostrado debidamente durante la etapa probatoria. Este Tribunal considera que el objeto del proceso es la realización de la justicia y la tutela efectiva de los derechos con sujeción a los principios de simplificación, eficacia y aplicando las normas del derecho sustantivo. Deduce que la Juez A Quo no ha realizado una correcta subsunción de los hechos a la norma de derecho y por tanto ha incurrido en falta de aplicación de artículo número 222 del Código Civil de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008. Por lo tanto garantizando los derechos a la tutela judicial, que instituye y fortalece el derecho de las personas a acceder a la justicia y obtener de

ella la tutela efectiva de sus derechos, impone al sistema de justicia el deber de respetarlos , así como de adecuar sus decisiones a los requerimientos también de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en la Ley garantizando la seguridad jurídica, se aleja de la tesis de la jueza a quo, quien no ha realizado la valoración de la prueba en su integridad, se revoca el fallo recurrido, se acepta la apelación y se declara la existencia de la Unión de Hecho entre CJPP y JGVR , desde el 5 de julio de 2003 hasta el 23 de agosto de 2010. El demandado solicita aclaración de la sentencia la misma que es rechazada.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado JGVR, interpone recurso de casación impugnando la sentencia anterior, recurso que es admitido, según la Conjueza correspondiente, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades previstos en artículo 6 de la Ley de Casación. El recurrente acusa a la sentencia de indebida aplicación del artículo 68 de la Constitución de la República (2008), falta de aplicación de los artículo 23.26, 24.1, 38 y 272 de la Constitución de la República (1998) y, falta de aplicación de los artículos 7.1 y 222 del Código Civil. Aduce, además que la aplicación retroactiva de los artículos 222 del Código Civil y 68 de la Constitución de la República, por hechos que ocurrieron antes de que entrara en vigencia dicha Constitución, considera que es motivo para que la Corte Nacional de Justicia CASE la sentencia.- En su análisis el Tribunal de Casación expresa que la causal invocada en sustento de una acusación en contra de la sentencia, constituye la razón legal de la impugnación y el límite impuesto para el ejercicio del control de legalidad que el Tribunal debe realizar, además en el ordenamiento jurídico es obligatorio motivar una decisión.- El Tribunal de Casación entre una de las conclusiones a las que llega nos dice: el recurrente aduce que la sentencia no se encuentra motivada por haberse aplicado de manera retroactiva la Constitución de la República, pese a que los hechos descritos en la demanda se señalan suscitados con fecha anterior a su publicación: este Tribunal considera en atención al artículo 11.8 de la Constitución, que los derechos reconocidos en ésta, deben desarrollarse de manera progresiva a través de las normas y la jurisprudencia y que, aun cuando los hechos se hayan dado con anterioridad, estos no pueden ser desconocidos ya que son intemporales, es decir, que no existen a partir de la vigencia de un cuerpo normativo pues son parte intrínseca de la persona y su dignidad.- En referencia a la confesión judicial rendida por el demandado se visibiliza que él tenía otras relaciones al igual que el actor, relaciones que son corroboradas por los diferentes testimonios rendidos por los testigos de ambas partes por lo que no se prueba que haya sido una relación monogámica, ni estable y peor aún que se haya formado un hogar de hecho que denote permanencia, tampoco acredita la notoriedad de la relación, o sea el conocimiento de la relación por parte de terceros, situaciones que no se observan en la relación existente entre CJPP y JGVR.- Verificada la infracción de la norma contenida en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y 68 de la Constitución de la República, procede el cargo en consecuencia , existe mérito para CASAR la sentencia y declarar sin lugar la demanda por falta de prueba.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17203-2013-7613

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, martes 18 de septiembre del 2018, las 12h06.

VISTOS:

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que por declaratoria de unión de hecho sigue Carlos Javier Pesantes Palma en contra de Jaime Geovanny Villacreses Ramos; el demandado interpone recurso de casación impugnando la sentencia dictada el 26 de febrero de 2018, las 14h08, por un Tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que, aceptando el recurso de apelación interpuesto por el actor, revoca la sentencia de primer nivel, y determina la existencia de la unión de hecho entre las partes desde el 05 de julio de 2003 hasta el 23 de agosto de 2010.

Concedido el recurso de casación por el tribunal de instancia, y remitido al órgano jurisdiccional competente de la Corte Nacional de Justicia, la Conjueza de esta Sala, en quien por sorteo se radicó la competencia para admisibilidad, lo acepta a trámite, por considerar que el recurso cumple con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades previstos en el artículo 6 de la Ley de Casación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Con fundamento en la causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente acusa a la sentencia, de indebida aplicación del artículo 68 de la Constitución de la República (2008), falta de aplicación de los artículos 23.26, 24.1, 38 y 272 de la Constitución Política de la República (1998) y, falta de aplicación de los artículos 7.1 y 222 del Código Civil.

Aduce el recurrente, que la aplicación retroactiva de los artículos 222 del Código Civil y 68 de la Constitución de la República, por hechos que ocurrieron antes de que entrara en vigencia dicha Constitución, imponen que la Corte Nacional de Justicia, case la sentencia por falta de aplicación de la regia general de irretroactividad de la ley establecida en la norma suprema y en el artículo 7.1 del Código Civil *"que se han dejado de aplicar mediante una indebida aplicación de los artículos 222 del Código Civil y 68 de la Constitución de la Republica."*

Señala que, de la sola revisión de la demanda y de las sentencias de primera y segunda instancia, se observa que en ellas se reconoce lo establecido en el artículo 38 de la Constitución Política, pero pese a ello, no se aplica. Afirma que la sentencia impugnada, se ampara en la Constitución de la República y el Código Civil vigentes a la fecha de su emisión, mas no, vigentes al tiempo de presentación de la demanda; en este sentido, expresa que, en el presente caso, no podía haberse demandado el reconocimiento de la unión de hecho desde el 5 de julio de 2003, pues tanto actor como demandado son de sexo masculino, y no existían disposiciones legales anteriores a la incorporada en el artículo 68 de la Constitución de la República en el 2008, que confieran el reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

Señala que, la aplicación retroactiva de la Constitución de 2008, implica falta de aplicación en la sentencia de las disposiciones de los artículos 23.26, 24.1 y 272 de la Constitución Política de la República, pues, la norma constitucional incorporaba al ordenamiento jurídico, el principia de derecho universal, en virtud del cual, no se puede juzgar a una persona con normas expedidas con posterioridad a la época en la que se realice la conducta.

Acusa el recurrente, falta de aplicación del artículo 7.1 del Código Civil, al expresar que, la Sala de instancia, ha inobservado lo establecido sobre la irretroactividad de la ley al sentenciar en base a los dispuesto por la Constitución de la República de 2008.

AI amparo de la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente sostiene, que el fallo impugnado incurre en errónea interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil en lo atinente al concepto de sana crítica y, falta de aplicación del principia de valoración conjunta de la prueba presente en el mismo artículo. En este sentido, afirma que la Sala de instancia interpreto

erróneamente el principia de la sana crítica, pues en la sentencia se escoge arbitrariamente entre la prueba, *"lo que a su juicio le permite justificar un resultado predeterminado, violentando el principio de indivisibilidad de la prueba, elimina lo que contradice a su antojo, ignora la prueba del hoy recurrente, invocando como justificado el principio de la sana crítica hace lo que se le antoja irrespetando las reglas y los principios básicos de valoración de la prueba, que sustente un razonamiento lógico.»* (Sic)

Señala que, la Sala utiliza la confesión judicial por el rendida para determinar la existencia de la unión de hecho, confesión en la que, en su parte medular y relevante, a criterio del recurrente, nunca acepta haber reunido ninguno de los requisitos establecidos para la unión de hecho; afirma que, la Sala de manera antojadiza divide esta confesión judicial, al analizar solo ciertas preguntas y respuestas.

Imputando la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente acusa a la sentencia de carecer de los requisitos necesarios para ser considerada como suficiente y adecuadamente motivada; lo que, a su decir, provoca que la misma contenga decisiones contradictorias o incompatibles, que determinan su nulidad. Afirma que, la sentencia real y efectivamente aplicó de modo retroactiva las normas establecidas en la Constitución de la República y que, por tal motivo, el fallo es contradictorio y debe ser anulado; pues, de *"haberse aplicado correctamente el Derecho Positivo vigente al tiempo en que se suscitaron los hechos, la sentencia hubiese arribado a la conclusión de que no podía aplicarse el artículo 68 de la Constitución de la República y los artículos 222 y 223 del Código Civil, y, por tanto, no podía declarar la existencia de la unión de hecho. La demanda es improcedente."* (Sic)

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el artículo 168.6 de la Constitución de la República, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Corresponde el conocimiento de esta causa, en razón del sorteo realizado, al Tribunal que suscribe, constituido por Juezas y Conjuez Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo de la Judicatura en forma Constitucional, con competencia para resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud de 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. Actúa el Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, en virtud del oficio número 398-SG-CNJ de fecha 26 de febrero de 2018 respectivamente.

2. PROBLEMA JURÍDICO

2.1. En virtud de los puntos a los cuales el recurrente contrae su recurso, al Tribunal de Casación, le corresponde resolver:

2.1.1. Si, la aplicación retroactiva de la norma constitucional que reconoce la unión de hecho, habida entre dos personas del mismo sexo, vulnera por indebida aplicación los artículos 68 de la Constitución de la República promulgada el 20 de octubre de 2008, y por falta de aplicación los artículos 23.26, 24.1 y 38 y 272 y 7.1 y 222 del Código Civil, incurre en falta de motivación y vulnera preceptos de valoración probatoria.

3. CRITERIOS JURÍDICOS Y PUNTOS DE DERECHO BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARA 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 de Casación.

3.2. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la obligación de motivar una decisión judicial, proviene de dos fuentes; la una política constitucional, que la concibe y formula como garantía básica de un debido proceso; y la otra, que la materializa como un instrumento técnico procesal.

3.2.1. Motivar una decisión judicial, entonces, desde la óptica constitucional implica, fundamentar la decisión en normas de derecho y/o principios jurídicos, explicando de forma, lógica y comprensible, el por qué aquellas se aplican a los hechos del proceso; en tanto, como mecanismo procesal, sustenta los razonamientos de hecho y derecho, valoración probatoria y aplicación de la ley, que efectuó el juez para arribar a una decisión respecto a la pretensión y las excepciones opuestas; todo ello expuesto en un discurso argumentativo autosuficiente y racional, que a más de evidenciar la verdad procesal, muestre las razones, en función de las cuales, el observador externo, (partes procesales,

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

abogados, otros jueces, opinión pública) puede considerar que esa decisión está fundada tanto lógica como jurídicamente.[1]

3.2.2. De lo señalado deviene que el requisito constitucional y legal de la motivación en las decisiones judiciales, tiene características propias, pues más allá del silogismo, con la premisa mayor constituida por la norma, la premisa menor por el hecho y la conclusión por la decisión final, involucra aspectos del razonamiento del juez, tanto en los hechos (razonamiento probatorio) como en derecho (escogimiento de la norma, interpretación y aplicación) así como en la formulación del discurso justificativo del porqué de la decisión.

3.3 .Invocada la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, deben señalarse las normas de valoración de la prueba que se consideran infringidas, para que el Tribunal pueda analizar si estas fueron indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas, debe indicarse además, el medio de prueba afectado por este vicio y las normas de derecho sustancial que como efecto devienen en equivocadamente aplicadas o no aplicadas. La acusación de vulneración directa de las primeras e indirecta de las segundas, debe fundamentarse explicándose de una manera lógica y debidamente sustentada como ha ocurrido el quebrantamiento de las primeras, especificando que medio de prueba se ha valorado de una forma diferente a la prevista en la ley y como aquello ha conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las segundas, teniendo en cuenta para ello que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil determina que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, entonces, la fundamentación de esta acusación debe encaminarse a demostrar que los jueces al valorar determinado medio de prueba lo hicieron en contra de una norma de valoración o de las reglas del correcto entendimiento, y la lógica.

3.4. La causal 1 del artículo 3 de la Ley de Casación, configura los vicios 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 parte dispositiva",* con fundamento en esta causal, se deben acusar violaciones directas a normas de derecho sustancial, sin consideración a los hechos probados.

3.5. La unión de hecho estable y monogamia de más de dos años, con el fin de vivir juntos, entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. (Artículo 222 del Código Civil reformado R.O. 526 19-VI-2015)

4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO EN RELACIÓN CON PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

4.1. PRIMER CARGO. A la luz de los criterios expuestos, y en atención a los cargos formulados, este Tribunal, procede a analizar las imputaciones contra la sentencia, haciéndolo en primer término con respecto a la vulneración de la obligación de motivar haciéndolo en primer término con respecto a la vulneración de la obligación de motivar las decisiones judiciales, en razón del efecto que la presencia de este vicio podría producir, señalando que, si aquel precede, no se requiere analizar otro cargo, pues basta su verificación para casar (anular) la sentencia.

4.1.1. Con fundamento en la causal 5 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente acusa a la sentencia de carecer de los requisitos necesarios para ser considerada como suficiente y adecuadamente motivada; lo que, a su decir, provoca que la misma contenga decisiones contradictorias o incompatibles, que determinan su nulidad. Afirma que, la sentencia real y efectivamente aplicó de modo retroactivo las normas establecidas en la Constitución de la República y que, por tal motivo, el fallo es contradictorio y debe ser anulado; pues, de *"haberse aplicado correctamente el Derecho Positivo vigente al tiempo en que se suscitaron los hechos, la sentencia hubiese arribado a la conclusión de que no podía aplicarse el artículo 68 de la Constitución de la República y los artículos 222 y 223 del Código Civil, y, por tanto, no podía declarar la existencia de la unión de hecho."* (Sic)

4.1.1.1. La Constitución de la República, en su artículo 11, entre los principios que rigen el ejercicio

[1] Michele Taruffo, La motivación de la sentencia civil, Editorial Trotta, Madrid, 2011, "Prólogo" p.17.

de los derechos, prevé que, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales. El artículo 68 por su parte, establece que la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismo derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio; condiciones y circunstancias que se encuentran establecidas a partir del artículo 222 y siguientes de Código Civil.

Obra del libelo del recurso de casación, que el recurrente aduce que la sentencia no se encuentra motivada, por haberse aplicado de manera retroactiva la Constitución de la República, pese a que los hechos descritos en la demanda, se señalan suscitados con fecha anterior a su publicación. En este sentido, el Tribunal considera que en atención a lo que ordena y garantiza nuestra Constitución en el artículo 11.8, los derechos reconocidos en ésta, deben desarrollarse de manera progresiva a través de las normas y la jurisprudencia y que, aun cuando los hechos se hayan suscitado con anterioridad a su vigencia, estos no pueden ser desconocidos, porque los derechos constitucionales son intemporales, es decir, que no existen a partir de la vigencia de un cuerpo normativo, son parte intrínseca de la persona y su dignidad. Para ratificar esta posición, señalamos lo ocurrido con la "Ley No. 115 que regula las uniones de hecho" publicada en el R.O. 399 de 29 de diciembre de 1982, la que si bien fue incorporada en la Codificación del Código Civil en el año 2005, prescribía en su Disposición Transitoria, que *"Las uniones de hecho que a la fecha de vigencia de la presente Ley reúnan las condiciones del Art. 1, se regirán por ella.",* estableciendo así, que las uniones de hecho, limitadas en aquella épocas a parejas heterosexuales, debían ser protegidas por esta ley, siempre que dicha unión, aun cuando hubiere iniciado con fecha anterior a su vigencia, permaneciera indemne hasta la fecha de su promulgación y publicación.

Similar situación ocurrió en Colombia, con respecto al reconocimiento de las uniones maritales de hecho, en donde la Corte Suprema de Justicia, señaló que *"(...) un nuevo análisis de esta problemática conduce a la Corte a modificar su aludida doctrina, para concluir que la Ley 54 de 1990 sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia no así a las que para ese momento ya habían fenecido-, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido, por supuesto, el anterior al 31 de diciembre de 1990, en el obvio entendido que se verifiquen todos los presupuestos requeridos por la normatividad patria. Para este pronunciamiento, la Corte se apoyó en la Constitución de 1991: "Justamente sobre el tema de la aplicación inmediata de la Constitución, tiene señalado la Corte Constitucional que "no puede abrigarse duda alguna que la Carta de 1991 se aplica en forma inmediata y hacia el futuro tanto a aquellos hechos que ocurran durante su vigencia como a las situaciones en tránsito de ejecución. No así, por el contrario, a aquellas situaciones jurídicas que alguna doctrina prefiere denominar consolidadas y no simplemente concretas, como lo propuso en su momento Bonnecase"* (Se subraya, sentencia C-014 de enero 21/93)"[2] (Sic). Criterio con el que este Tribunal concuerda, y que, aplicado al presente caso, hace concluir, que la sentencia dictada por los jueces de la Corte Provincial de Justicia, no carece de motivación, al haber realizado una correcta aplicación de la norma, en aras de proteger las uniones de hecho existentes entre parejas del mismo sexo, iniciadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución y que continuaron después de su promulgación, siempre que se cumplan con los requisitos impuestos en aquella disposición. Razón por la cual, este Tribunal desecha el cargo de falta de motivación.

SEGUNDO CARGO. Al amparo de la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente sostiene, que el fallo impugnado incurre en errónea interpretación del artículo 115 del Código de

[2] Álvarez M. Esperanza Lucía. NORMAS Y RECONOCIMIENTOS JURISPRUDENCIALES, EN LA RELACIÓN DE PAREJA EN UNIÓN DE HECHO. SABER, CIENCIA Y Libertad. ISSN 1794-7154. P. 70.

Procedimiento Civil en lo atinente al concepto de sana crítica y, falta de aplicación del principio de valoración conjunta de la prueba presente en el mismo artículo. En este sentido, afirma que la Sala utiliza la confesión judicial por él rendida para determinar la existencia de la unión de hecho, confesión en la que, en su parte medular y relevante, a criterio del recurrente, nunca acepta haber reunido ninguno de los requisitos establecidos para la unión de hecho; afirma que, la Sala de manera antojadiza divide esta confesión judicial, al analizar solo ciertas preguntas y respuestas.

2.1. Invocada la causal 3 del artículo 3 de la Ley de Casación, deben señalarse las normas de valoración de la prueba que se consideran infringidas, para que el Tribunal pueda analizar si éstas fueron indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas, debe señalarse además, el medio de prueba afectado por este vicio y las normas de derecho sustancial que como efecto devienen en equivocadamente aplicadas o no aplicadas. La acusación de vulneración directa de las primeras e indirecta de las segundas, debe fundamentarse explicándose de una manera lógica y debidamente sustentada como ha ocurrido el quebrantamiento de las primeras, especificando qué medio de prueba se ha valorado de una forma diferente a la prevista en la ley y como aquello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las segundas, teniendo en cuenta para ello que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil determina que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, entonces, la fundamentación de esta acusación debe encaminarse a demostrar que los jueces al valorar determinado medio de prueba lo hicieron en contra de una norma de valoración o de las reglas del correcto entendimiento, y la lógica.

2.2. El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, contiene tres mandatos, a ser cumplidos obligatoriamente por el juez en la valoración de la prueba, su apreciación en conjunto, la que se realiza valorándolas a cada una de ellas en forma expresa, relacionándolas entre sí, para de todas ellas obtener una conclusión, en cuya formulación utilizará su correcto entendimiento (reglas de la sana crítica), sin descuidar los requisitos de validez previstos en la ley sustantiva y su pertinencia y debida actuación, según la ley procedimental.

2.3. En la sentencia, efectivamente se analiza la confesión judicial rendida por el demandado, pero solo en la parte que favorece al actor de la causa, así por ejemplo, no se la relaciona con la pregunta 10, en la que el accionado afirma *"Carlos Pesantes no podría afirmar dicha aseveración por cuanto en la demanda que él me cita pone la Calle Los Tulipanes, desconoce el nombre de la persona que me brinda los servicios de empleada doméstica, señora María Sigcha; jamás puede decir que conformó un hogar, porque yo tengo novia llamad Ximena Pazmiño, desde hace más de quince años; jamás puede decir que formamos un hogar porque él tenía, relaciones afectivas, sentimentales con dos novias y creo que con algunos amigos."* (Sic) que el tenía otras relaciones al igual que el actor, relaciones que son corroboradas por los diferentes testimonios rendidos por los testigos de ambas partes, así como con la prueba documental, que si bien da cuenta de que entre ellos había una relación sentimental (cartas y fotos incorporadas a fs. 35 a 81 del cuaderno de primera instancia), no prueba que aquella haya sido estable y monogámica (existen capitulaciones matrimoniales que denotan la existencia de otra relación - fs.114-116) y peor aún, que se haya formado un hogar de hecho, un hogar común, que denote permanencia. Otro de los elementos que exigen las relaciones de hecho para que puedan surtir efectos jurídicos es la notoriedad, es decir, el conocimiento de la relación por terceros[3], deben comportarse externamente como pareja.[4], situación que no se observa en la relación existente entre Carlos Javier Pesantes Palma y Jaime Geovanny Villacreses Ramos. Verificada la infracción de la norma contenida en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha conducido a la infracción del artículo 222 del Código Civil y 68 de la Constitución de la República, procede el cargo, en consecuencia, existe mérito para casar la sentencia.

[3] J.M. Martinell y Ma. T. Areces Piñol (Eds). Uniones de hecho. Departament de Dret Privat Facultat de Dret i Economia. Universitat de Lleida. 1998. p. 216.
[4] Op. Cit. p. 371.

DECISIÓN

Por las consideraciones que anteceden, el 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"** AL CASAR la sentencia dictada el 26 de febrero de 2018, las 14h08, por un Tribunal de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, declara sin lugar la demanda, por falta de prueba. **Notifíquese** y **devuélvase** los expedientes de instancia.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL(PONENTE); Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL; Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonzo, JUEZ NACIONAL E.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

V

Causa Nro. *01614-2010-0950*
Resolución Nro. *175-2018*
Fecha: *29 de noviembre de 2018*

TEMA: Unión de hecho. La Sala de Casación expresa que la equivocada aplicación conlleva el criterio de impertinencia de la norma sustancial empleada para resolver el caso, lo que torna incongruente el cargo, pues justamente los arts. 222 y 223 del Código Civil están llamados a definir el concepto y a regular la institución civil de la unión de hecho, cuya declaración constituye la pretensión jurídica.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La señora GEJF comparece al Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Cuenca y demanda en juicio ordinario de unión de hecho a Dina, Piedad, Beatriz, Inés, Román y Patricio F. Z. y a los presuntos y desconocidos herederos de LTFZ, manifestando que desde el primero de marzo de mil novecientos noventa y ocho hasta el siete de octubre de 2010, o sea durante más de 12 años, tuvo una relación de convivencia pública y notoria en unión estable y monogámica y libre de matrimonio con el señor LTFZ, quien en dicho período tenía el estado civil de viudo y ella de soltera. La parte demanda ha comparecido negando los fundamentos de la demanda y expresan que la actora no pasó de ser una empleada doméstica de su hermano y piden se la rechace. Finalizado el proceso la Jueza, con fecha seis de noviembre de dos mil doce, las 09h00, declara con lugar la demanda reconociendo que entre la señora GEJF y el señor LTFZ existió Unión de Hecho con todos los efectos legales que ello implica.- Las señoras Dina, Lía y Beatriz FZ plantean recurso de Apelación y les es concedido ante la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Azuay. La actora se adhiere al recurso.- Con fecha trece de octubre de dos mil catorce, teniendo en cuenta la Resolución No. 58-2013 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de ocho de julio de dos mil trece y el oficio número FJA-DPA-2013-3068 de fecha 25 de noviembre de 2013, que dispone su ejecución y por los cuales los asuntos de familia que estaban en conocimiento de las juezas y jueces de lo civil, pasarían previo sorteo a conocimiento de las judicaturas de la niñez y adolescencia, que se transformaron en juzgados de la familia, mujer, niñez y adolescencia.- Con esta fundamentación y por cuanto la Jueza del Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil perdió competencia en esta causa y en virtud del principio de seguridad jurídica se inhibe del conocimiento de la misma, envía el proceso a la Oficina de Sorteos de la Corte Provincial del Azuay para que se radique la competencia en uno de los Juzgados de la Familia.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, una vez verificados los fundamentos de la apelación, aprecia que la causa planteada por la señora GEJF en contra de los herederos presuntos y desconocidos y de los herederos conocidos del señor que en vida se llamó LTFZ, observa que la accionante y el causante no mantenían una relación extramatrimonial, su unión estaba apegada a la ley, la Constitución y conformaba una verdadera unión de hecho. Por otro lado la parte demandada no ha

desvirtuado lo probado por la parte actora y los incidentes que se han creado respecto de las pretensiones de la accionante deberán ser ventilados mediante otras acciones y no en la presente. Consecuente con este análisis se rechaza la impugnación interpuesta y se confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado. Las partes solicitan ampliación y aclaración de la sentencia, lo cual se contesta que la resolución es totalmente clara, didáctica y en ella se analizaron todas las pretensiones de las partes por lo cual nada tiene que completar ni aclarar.

SÍNTESIS CASACIÓN

Dentro del presente recurso el análisis de la Sala se contrae exclusivamente a la confrontación entre los aspectos materia del recurso casación y la sentencia dictada por el tribunal juzgador. Ha sido objeto de admisibilidad únicamente el cargo propuesto al amparo de la causal tercera de casación del art. 3 de la Ley de Casación, esto es, por errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el art. 199 del Código de Procedimiento Civil que ha conducido a la equivocada aplicación de los arts. 222 y 223 del Código Civil.- La Sala de Casación expresa que la equivocada aplicación conlleva el criterio de impertinencia de la norma sustancial empleada para resolver el caso, lo que torna incongruente el cargo, pues justamente los arts. 222 y 223 del Código Civil están llamados a definir el concepto y a regular la institución civil de la unión de hecho, cuya declaración constituye la pretensión jurídica en la presente causa.- Al no existir el vicio alegado respecto del precepto de valoración probatoria que se invoca y resaltando que de la revisión de la sentencia de mayoría se constata que no es esa la única prueba que presentada y analizada, ya que el tribunal provincial, para construir su decisión se apoya en varios medios de prueba, respecto de los cuales el accionado no ha formulado impugnación, por lo tanto le corresponde rechazar el cargo y el recurso de casación.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01614-2010-0950

Jueza Ponente: Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, jueves 29 de noviembre del 2018, las 09h38.-

VISTOS: ANTECEDENTES.- 1. El señor Cornelio Patricio Flores Zamora, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, de 10 de julio de 2017, por la cual "(…)*declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia venida en grado*"(…), dentro del juicio nº 01614-2010-0950, que por declaratoria de unión de hecho, les sigue la señora Gladys Esperanza Jadán Fárez a él y a las señoras Beatriz Leonor Flores Zamora, Jenny Merchán Flores, Ximena Merchán Flores; Dina Flores Zamora y Lía Piedad Flores Zamora.

2. Los sendos recursos de casación propuestos por el señor Cornelio Patricio Flores Zamora y por las señoras Beatriz Leonor Flores Zamora, Jenny Merchán Flores, Ximena Merchán Flores; Dina Flores Zamora y Lía Piedad Flores Zamora fueron concedidos para ante esta sala por el tribunal de apelación en auto de 8 de agosto de 2017.

3. De los recurso presentados por las demandadas y el demandado, el único que fue objeto de calificación de admisibilidad por parte de la conjueza de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, doctora Janeth Cecilia Santamaría

Acurio, de conformidad con el art. 201, número 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, es el presentado por el señor Cornelio Patricio Flores Zamora, mediante auto de admisibilidad parcial de 11 de octubre de 2017, conforme consta de fojas 31 a 39 del expediente de casación.

JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL: La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación planteado en contra de la indicada sentencia, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 189.2 del Código Orgánico de la Función Judicial; 281 del Código de la Niñez y Adolescencia, y en virtud de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia nº 001-2018 del 26 de enero de 2018.

Este tribunal se encuentra integrado por las doctoras María Rosa Merchán Larrea y María del Carmen Espinoza Valdiviezo, juezas nacionales y por la doctora Magaly Soledispa Toro, actuando también como jueza nacional, en virtud del oficio nº 1594-SG-CNJ, de 21 de septiembre de 2018, de la titular de este órgano de administración de justicia, ante la ausencia definitiva del doctor Carlos Teodoro Delgado Alonso. Obra del expediente, el sorteo de la causa y de la ponencia de 16 de noviembre de 2017.

Para el análisis y resolución del recurso de casación propuesto, este tribunal realiza las siguientes consideraciones:

PRIMERA: ANTECEDENTES

La señora Gladys Esperanza Jadán Fárez presenta ante el juez civil de Cuenca demanda en la que expone que el 1 de marzo de 1998, inició "una relación de convivencia de manera pública y notoria en unión estable, monogámica y libre de matrimonio con el señor León Tarquino Flores Zamora, mismo que a la fecha indicada tenía el estado civil de viudo". Agrega que en "nuestras relaciones sociales se nos ha considerado como marido y mujer", hasta el siete de octubre del año 2010, fecha en la que falleció mi conviviente con el mismo estado civil. Asegura que durante los 12 años 7 meses que convivieron, "lo hicimos sin ningún tipo de impedimento ni restricción que haya perturbado dicha unión, la misma que la formamos con el ánimo de vivir y trabajar juntos, hemos emprendido actividades comerciales, negocios y además hemos adquirido bienes muebles e inmuebles los cuales hasta la presente los vengo usando y usufructuando como dueña y señora, nos hemos auxiliado mutuamente apoyándonos y ayudándonos en nuestra vida marital como ocurrió en su enfermedad y hasta el día de su muerte".

Con estos antecedentes y amparada en los arts. 222 al 232 del Código Civil, 157 del mismo cuerpo legal, y 67 y 68 de la Constitución de la República y más disposiciones de la Ley que Regula la Unión de Hecho solicita que en sentencia se declare la unión de hecho entre ella y el señor León Tarquino Flores Zamora; demanda que la propone en la vía ordinaria y en contra de los herederos presuntos y desconocidos del referido fallecido y de los herederos conocidos Dina, Piedad, Beatriz, Inés, Román, y Patricio Flores Zamora.

Una vez aceptada a trámite la demanda se la ha sustanciado hasta su resolución, en la que se declaró con lugar la pretensión jurídica de la accionante, la misma que fue confirmada por el tribunal de la Sala de Familia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en sentencia de 11 de abril de 2014.

Respecto de esta sentencia, el tribunal de la Sala de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, al conocer el recurso de casación impugnatorio de la resolución de la Sala de Familia de la Corte Provincial del Azuay, en auto de 27 de agosto de 2014 a las 09h10, declaró la nulidad procesal a partir de la providencia de fecha 3 de enero de 2011, las 08h30 (fojas 15) ordenando reponerse el proceso al estado de citarse al demandado Patricio Flores Zamora, y disponiendo que a los demandados herederos presuntos y desconocidos del causante y a los conocidos que han comparecido a juicio se les tendrá por legalmente citados.

El juez de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, con sede en el cantón Cuenca, a quien le correspondió continuar la tramitación de la causa, luego de haberse subsanado las causas de nulidad, dictó sentencia el 23 de junio de 2016, en la que "*declara la existencia de la unión de hecho entre la accionante señora Gladys Esperanza Jadán Farez y el extinto León Tarquino Flores Zamora a partir del día 1 de marzo del año 1998 hasta el día 7 de octubre del año 2010, fecha en la que falleció León Tarquino Flores Zamora, con todos los efectos legales que esta declaratoria conlleva*".

De esta sentencia interponen sendos recursos de apelación ante la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, los demandados Beatriz Leonor Flores Zamora, Yenny y Ximena

Merchán Flores, Dina Fanny Flores Zamora, Lía Piedad Flores Zamora, Cornelio Patricio Flores Zamora, recursos que, como se explicó previamente fueron objeto de rechazo por el voto de mayoría del indicado tribunal.

Respecto de esta última resolución, los accionados presentan recurso de casación.

SEGUNDA: VALIDEZ PROCESAL

Al recurso de casación calificado de admisible, se le ha dado el tramitado previsto en las normas procesales que lo rigen, consignadas en la Ley de Casación y el Código de Procedimiento Civil, por lo que se declara la validez de lo actuado con ocasión de este medio impugnatorio.

TERCERA: NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN

El art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial establece el principio de unidad jurisdiccional y gradualidad, en función del cual, "la administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia".

Sobre el recurso de casación, tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina, son concordantes respecto a su carácter extraordinario, formal, restrictivo y concreto, como medio de impugnación judicial.

Corresponde a esta sala verificar las infracciones legales en que habría incurrido el tribunal juzgador en la resolución de esta causa, a la luz de los cargos que formula el recurrente, teniendo para el efecto, únicamente el apoyo de los insumos proporcionados en la fundamentación del recurso, pues como lo señala Edgardo Villamil Portilla[1]: "*En casación, (…) la sentencia es un juicio a la sentencia del Tribunal y no a la conducta del procesado o de las partes en el contrato*".

En palabras del maestro italiano, Hugo Rocco: "El recurso de casación importa el nuevo examen de la controversia, pero no mediante una jurisdicción plena acerca del hecho y del derecho, como puede ser la del juez de apelación, sino mediante una jurisdicción limitada a las *cuestiones de derecho*"[2]. Los límites de esa jurisdicción están previstos, en este caso en la Ley de Casación, a través de las causales taxativas de casación.

Por tanto, dentro del presente recurso, el análisis de la sala se contrae exclusivamente a la confrontación entre los aspectos materia del recurso de casación y la sentencia dictada por el tribunal juzgador, dada la naturaleza de esta impugnación.

CUARTA: DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y DE SU CONTESTACIÓN:

4.1 Ha sido objeto de admisibilidad únicamente el cargo propuesto al amparo de la causal tercera de casación del art. 3 de la Ley de Casación, esto es, por errónea interpretación del precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba contenido en el art. 199 del Código de Procedimiento Civil que ha conducido a la equivocada aplicación de los arts. 222 y 223 del Código Civil.

En su escrito recursivo el casacionista solicita: "*ADMITAN mi recurso y REVOQUEN LA SENTENCIA VENIDA EN GRADO*".

4.2 Dentro del término correspondiente, la parte accionante contestó el recurso propuesto y en lo principal, indica que el art. 199 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable a la causa puesto que el medio probatorio valorado en la sentencia no es un documento dirigido a un tercero ni es carta realizada por un tercero, porque, según sostiene, la prohibición de que una carta a un tercero o de un tercero sea prueba "radica en aquella garantía constitucional de inviolabilidad a la correspondencia cosa que, ni de lejos, podría argüirse en la especie. Este documento fue elaborado por mi conviviente y entregado a mí".

Hace énfasis en que dicho documento fue objeto de pericia, "en varias ocasiones dada la nulidad declarada inicialmente de la causa", las que determinarían "de manera nítida i acertada que la caligrafía que contiene ese documento al igual que la firma i rúbrica que al pie se encuentra pertenecen a LEÓN TARQUINO FLORES ZAMORA" (sic), quien a su decir, no es un tercero sino propiamente el demandado en esta causa y por él, sus herederos.

Concluye su exposición solicitando rechazar el recurso que ha sido admitido a trámite.

[1] Villamil Portilla, Edgardo, "Estructura de la sentencia judicial", Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Consejo Nacional de la Judicatura de Colombia, Bogotá, 2004, página 156.

[2] ROCCO, Hugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. 1, parte general, Ed. TEMIS, 1969, pág. 399.

QUINTA: ANÁLISIS DEL RECURSO PLANTEADO

Corresponde a este tribunal determinar si el tribunal de apelación ha incurrido en errónea interpretación del art. 199 del Código de Procedimiento Civil, al valorar una carta dirigida a un tercero lo que ha conducido a la equivocada aplicación de los arts. 222 y 223 del Código Civil, que regulan la unión de hecho, al amparo de la causal tercera de casación.

La causal tercera tiene las siguientes particularidades:

> "Art. 3.- CAUSALES.- 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".

Para establecer el carácter de precepto de valoración probatoria de las normas invocadas por el recurrente, conviene recordar que el vocablo "valorar", conforme explica Azula Camacho,[3] es establecer el grado de utilidad o aptitud de una cosa para un determinado objetivo. "Referido a la prueba, es el grado de convicción o credibilidad que produce en el juzgador. Mediante la valoración el juez concluye si los hechos materia de la controversia están o no demostrados".

El casacionista, en orden a fundamentar el cargo, alega que el tribunal de apelación, en su fallo de mayoría, incurre en una contradicción evidente al valorar el documento de fojas 38[4] por cuanto "la carta, vital en criterio del Tribunal, fue redactad[a] para obtener una historia clínica que reposaba en el Hospital Metropolitano de Quito, es decir que ese documento debía ser presentado en dicho Hospital para que se entregue un historial clínico. El Tribunal Ad-quem sostiene que ese documento no puede ser considerado una carta porque no se encuentra dirigido a un tercero como consta del Art. 199 del C. de P. Civil, porque no existe destinatario y que es únicamente 'una petición" (sic).

Señala que una carta es un medio de comunicación que se dirige a un destinatario –Hospital– por parte del remitente y que este documento fue enviado vía fax al destinatario para entregue una documentación, por tanto, es una carta que contiene una petición.

De la lectura de esta escueta fundamentación, si bien se establece que la norma (art. 199 del Código de Procedimiento Civil) a la que se atribuye la calidad de precepto de valoración probatoria, ha sido referida y analizada en la sentencia y se ha determinado el vicio que la afectaría, así como también se ha expuesto las razones para la impugnación, no ocurre lo mismo con respecto de las normas indirectamente infringidas, que son los arts. 222 y 223 del Código Civil, en relación con los cuales se limita a señalar el vicio que postula: equivocada aplicación, sin llegar a explicar el recurrente cómo la presunta errónea interpretación del art. 199 del Código de Procedimiento Civil desencadenó una equivocada aplicación de los arts. 222 y 223 del Código Civil y ni de qué forma se produce dicho vicio.

Al efecto se debe considerar que la doctrina jurisprudencial ecuatoriana coindice en señalar que la "equivocada aplicación" alude a la indebida aplicación y no a yerros respecto al sentido o interpretación de la norma. En suma, la equivocada aplicación conlleva el criterio de impertinencia de la norma sustancial empleada para resolver el caso, lo que torna incongruente el cargo pues, justamente los arts. 222 y 223 del Código Civil están llamados a definir el concepto y a regular la institución civil de la unión de hecho, cuya declaración constituye la pretensión jurídica en la presente causa.

Estos evidentes defectos y omisiones que presenta el libelo recursivo han sido pasados por alto por la conjueza que lo admitió indebidamente. Aun así, este tribunal está en la obligación de pronunciarse sobre el cargo que ha sido calificado como admisible, con las limitaciones que dichas carencias suponen.

El vicio "errónea interpretación", según Devis Echandía[5], se determina "porque existe una norma

[3] AZULA CAMACHO, Jaime, Manual de Derecho Procesal, tomo VI, Pruebas Judiciales, Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2008, pág. 64 y siguientes.
[4] Corresponde a foja 87 del proceso.
[5] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Estudios de Derecho Procesal, Editorial Zavalía, 1985, Buenos Aires, Argentina, pág. 75.

legal cuyo contenido o significado se presta a distintas interpretaciones, y el tribunal, al aplicarla, siendo aplicable al caso (pues si no lo es habría indebida aplicación) le da la que no corresponde a su verdadero espíritu".

El art. 199 del Código de Procedimiento Civil contiene la siguiente disposición:

> "Art. 199.- Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba".

Pero ¿qué son las cartas? El Diccionario de la Legua Española de la Real Academia de la Lengua Española define a la carta así:

"Papel escrito, y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella".

En igual sentido, el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas (2006), la define como "papel escrito, a mano o a máquina, de propia letra o al dictado, y por lo general cerrado en un sobre, mediante el cual una persona manifiesta a otra algo sobre una cosa o asunto. Carta significa, además, el despacho o la provisión de un tribunal superior".

El documento de foja 38 contiene el siguiente texto manuscrito:

"18 febrero/10 León Tarquino Flores Zamora con c[é]dula de identidad 010009043-0, autorizo para que entreguen a mi esposa Gladys Jadan Farez con c[é]dula de identidad # 010334727-4, toda la historia clínica que est[á] en el Hospital Metropolitano en Quito".

> El art. 18 del Código Civil, en su regla 2ª determina que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. ¿Cuál es el uso general que tiene el vocablo "carta"?

Partiendo del hecho de que se trata de un medio de comunicación escrito, existe consenso respecto de las partes que debe tener una carta para que sea considerada tal:

a) La fecha;
b) El nombre completo del destinatario, dirección, ciudad, país y código postal;
c) El saludo;
d) Cuerpo o texto: es la parte más importante de la carta, ya que porta el mensaje. Puede ser de carácter expositivo o argumentativo. Se ubica a dos espacios debajo del saludo. Se divide en introducción (se agradece al destinatario o indica el motivo del escrito), núcleo (se desarrolla la idea principal) y una conclusión (resumen de la carta).
e) La despedida: cierra el mensaje con una cortesía, generalmente la palabra "atentamente";
f) La firma: incluye el nombre y puesto de la persona que firma la carta.

Sin duda, carta no es cualquier documento que contenga un texto sino aquel que tiene estos requisitos. El destinatario es la persona a quien está dirigida, a quien se la debe entregar o a quien le debe llegar; esto ocurre incluso en las cartas abiertas que se publican por la prensa, en las que se precisa la autoridad a quien está dirigido el mensaje.

Estos elementos la diferencian de cualquier otro documento escrito, por lo que se puede concluir que el documento que se analiza no contiene todos los elementos antes señalados para que se la pueda considerar una carta sino que es un documento que contiene una autorización para la entrega de la historia clínica del señor León Tarquino Flores Zamora, que al estar protegida por el derecho y la obligación de confidencialidad, prevista en el art. 7, letra f de la Ley Orgánica de Salud, publicada en Registro Oficial (suplemento) nº 423 de 22 de diciembre de 2006, así como en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, vigente a la época, no puede ser entregada a cualquier persona sino al mismo interesado o a la persona a quien delegue.

No constituyendo el escrito objeto de la impugnación una carta, que es la condición para la aplicación de la norma que se impugna (art. 199 del Código de Procedimiento Civil), sino un requisito formal (autorización) a ser cumplido en acatamiento de las normas de confidencialidad de la información relacionada con la salud de las personas y habiendo establecido el voto de mayoría del tribunal provincial que el documento antes transcrito no tiene la calidad de tal, corresponde concluir que no existe la errónea interpretación de dicha norma, en relación con el concepto de "carta", sino que por el contrario, el tribunal le ha dado a la norma el sentido correcto.

Al no existir el vicio alegado respecto del precepto de valoración probatoria que se invoca, resulta inoficioso continuar con el análisis del cargo propuesto en relación con las normas indirectamente infringidas, esto es, en relación con la segunda parte del silogismo jurídico exigido para la configuración de la causal tercera de casación, tanto más que como se explicó previamente, su postulación contiene omisiones y errores que tornan inviable su análisis.

No obstante es menester resaltar que, de la revisión de la sentencia de mayoría se constata que si bien

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

es cierto que el tribunal de apelación (voto de mayoría) analiza en primer lugar la carta en cuestión, que la considera "vital" no es menos cierto que esa no es la única prueba que analiza, pues también valora los siguientes medios de prueba:

"(…) 7.1.2. En cuanto a la gran cantidad de facturas presentadas por la actora, misma que se encuentran a su nombre y con la que se ha pretendido probar que era la actora la que compraba todo lo necesario para la vida diaria en su calidad de ama de casa, por parte de los demandados se ha impugnado también los indicados documentos manifestando que las compras se las hacían en calidad de empleada doméstica y que el señor Flores Zamora, las revisaba y "asentaba el visto bueno" (Fjs. 44, escrito de Beatriz Flores Zamora, Jenny y Ximena Merchán Flores), argumento que no ha sido comprobado pues en ninguna de las facturas existe un "visto bueno" o una firma del supuesto 'patrono' (…)".

"7.1.3. Existe documentación que debe ser relacionada entre sí, para establecer que el señor León Tarquino Flores Zamora y la señorita Gladys Jadán Farez, tenían una relación que no era de empleador y empleada y que en criterio de éste Tribunal, abona aún más al hecho de que la relación de pareja entre los pre nombrados señores y por ende la unión de hecho, existió; así tenemos que, con las certificaciones de líneas aéreas que prestan sus servicios desde la ciudad de Cuenca hasta Quito y viceversa, que obran del cuaderno de primera instancia, se comprueba que en innumerables ocasiones los señores Flores Zamora y la señorita Gladys Jadán Farez, viajaron en los mismos vuelos y en las mismas fechas, a la ciudad de Quito, esta prueba documental tiene relación directa con la certificación del señor Gerente General del Hotel Colón Internacional C.A, de la ciudad de Quito, de la que se desprende que el señor León Tarquino Flores Zamora, se hospedó en todas las fechas que se señalan y que van desde el mes de abril del 2007 al mes de febrero del 2010 "en una habitación tipo King (matrimonial)" (…) El Certificado Aerogal que obra a Fjs. 258 del cuaderno de primera instancia, reproducido como prueba de los accionados respecto a que el señor León Tarquino Flores Zamora viajó solo en el año 2009, no resta fuerza a todos los otros viajes que hicieron juntos el prenombrado señor y la accionante (…)".

"7.1.4. Uno de los elementos fundamentales que configuran una unión de hecho de conformidad a lo dispuesto en el Art. 222 del Código Civil vigente a la época de la presentación de la demanda, a más de la unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, es el fin de vivir juntos, procrear y AUXILIARSE MUTUAMENTE, éste último elemento sustancial, el animus, se encuentra suficientemente probado por la accionante, es así que, de las facturas del Hospital del Río, se puede observar que el 29 de agosto/10, 23 de septiembre/10, el señor León Tarquino Flores Zamora estuvo hospitalizado en la indicada casa de salud, en habitación suite, se consumió desayuno, almuerzo y cena de acompañante, así como se hizo uso de cama de acompañante todas éstas facturas, se encuentran suscritas por la actora; el certificado notariado de la señora Nube Quizphi Urgilés, quien fue la enfermera del señor León Tarquino Flores Zamora y en el que se hace constar que la señorita Gladis Jadán, "…fue la única persona que acompaño y estaba junto al señor León Flores Zamora BRINDÁNDOLE TODO EL CUIDADO Y LA ATENCIÓN RESPECTIVAMENTE HASTA EL ÚLTIMO DÍA DE SU VIDA que fue el 7 de octubre del 2010 me consta que la Señora Gladis Jadán Fárez y el señor León Flores Zamora mantenían unos profundo amor, respeto y cariño." (Las mayúsculas fuera del texto); el certificado del Dr. Miguel Jerves Andrade, oncólogo clínico, del que se desprende que LA ÚNICA PERSONA QUE CUIDABA Y ACOMPAÑABA AL SEÑOR LEÓN TARQUINO FLORES ZAMORA, ERA LA ACTORA, quien además junto con el prenombrado señor, conocía los honorarios profesionales y los entregaba directamente en efectivo (…)".

"7.1.5. Los accionantes han reproducido como prueba de su parte, publicaciones de prensa de agradecimiento e invitación a una ceremonia religiosa al cumplirse un mes del fallecimiento del señor León Tarquino Flores Zamora, que obran a Fjs. 78 y 79 del cuaderno de primera instancia, sin embargo, también hay un acuerdo publicado por la actora, con la correspondiente nota de venta del diario El Mercurio, de fecha 5 de noviembre del 2010, a nombre de la actora, por una publicación de agradecimiento e invitación a misa de honras en la que consta que,

"Al cumplirse el primer mes del fallecimiento del Sr.: LEON FLORES ZAMORA…Gladys Jadán agradece a todos que con sus oraciones, misas, notas de pesar…" ; por tanto ésta prueba de los accionados por sí sola, tampoco es suficiente para probar que la accionante, no fuera la conviviente del señor Flores y que fueron únicamente sus familiares directos los que realizaron los indicados actos como deudos, pues la actora de la causa, también lo hizo (…)".

"7.1.6. En cuanto al informe certificado del IESS y Certificado de aportes, que obran a Fjs. 541 a 546 del cuaderno de primera instancia y a Fjs. 91, 92 y 93 del cuaderno de segunda instancia, reproducidos como prueba de los accionantes respecto a la relación laboral de la actora con el señor León Tarquino Flores Zamora, debe ser analizado en cuanto al hecho de que, en primer lugar, la accionante no ha negado en ningún momento que entró a trabajar a la casa de quien después se convirtió en su conviviente, en calidad de empleada doméstica, cuando la señora Alicia Crespo, cónyuge del señor León Flores vivía y que fue dos años después de la muerte de la pre nombrada señora que inició la relación sentimental con el señor Flores Zamora (…)".

"7.2.1 Se hará especial mención al testimonio rendido tanto en primera como en segunda instancia, por el señor Andrés Ricaurte Cedeño Bermello, quien se desempeñó como chofer del señor León Flores Zamora y que ha sido calificado por uno de los impugnantes al momento de concretar los puntos a los que se contrae el recurso de apelación como, "valioso testimonio". Se debe partir del hecho de que su testimonio rendido en segunda instancia, tiene un tinte evidentemente discriminatorio hacia la accionante, actitud que va en contra el principio de igualdad consagrado en el Art.11, numeral 1 de la Constitución de la República y el derecho a la igualdad formal y no discriminación constante en el numeral 4 del Art. 66 de la norma en cita; en efecto se discrimina a la accionante cuando manifiesta textualmente, "jamás se relacionaría con la empleada doméstica".- Se debe contrastar lo manifestado por el testigo en mención, tanto en primera como en segunda instancia, a efecto de verificar que su testimonio esté apegado a la verdad de los hechos que conocía y que no hubiere incurrido en contradicciones que afecten su declaración.- En su testimonio en esta instancia al ser preguntado respecto a que trato dio a la accionante, manifiesta "El trato que ambos nos dimos fue de compañeros de trabajo…" y "no hubo ningún trato especial, solo como compañeros de trabajo, tanto ella a mí y yo a ella", sin embargo, en primera instancia respondió que aún después de la muerte del señor Flores Zamora, siguió acudiendo a los llamados de la accionante para trasladarla de un lugar a otro cuando así la señorita Jadán Farez lo requería "por compañerismo y más no porque recibía órdenes de ella"; aquello evidencia contradicción entre lo declarado por el testigo en primera y segunda instancia y no hay una razón lógica para que una persona como el testigo que ha declarado que la accionante no era más que su compañera de trabajo, recibiera disposiciones de ésta aún después de la muerte del señor Flores Zamora, la única explicación es que conocía de la relación que unía a la señorita Jadán Farez con el señor León Flores y la siguió tratando exactamente igual como en vida del pre nombrado señor lo hacía (…)".

"7.2.2. Existe un hecho en el que varios de los testigos presentados en esta instancia son concordantes y es que el señor León Flores Zamora, no se llevaba con su familia, lo cual refuerza lo manifestado por la accionante en cuanto al hecho de que no iban a reuniones de la familia de su conviviente, porque éste no tenía relación con ellos y contradice lo manifestado por los demandados, en cuanto a que siendo sus familiares, no era posible que no conocieran de la supuesta relación de convivencia de la accionante y el pre nombrado señor, así como contradice lo manifestado por los accionados en cuanto al hecho de que se veían todas las semanas y en reuniones familiares".

"(…) CONFESION JUDICIAL DE LA ACCIONANTE: Al responder a las preguntas formuladas manifestó que no asistió con su conviviente porque eran solo reuniones de hombres, que cuando vivía con la deponente no asistía a reuniones familiares, porque no se llevaba con sus familiares. Estas respuestas, analizadas en el contexto de las demás declaraciones testimoniales, se tienen por verdaderas, dado el hecho probado de que el señor León Tarquino Flores Zamora, no se llevaba con su familia".

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Como se observa, el tribunal provincial, para construir su decisión, se apoya no solo en el documento cuestionado sino también en varios medios de prueba adicionales, respecto de los cuales el accionado no ha formulado impugnación y si la ha formulado, no ha sido calificada como admisible por la conjueza, a quien, conforme el art. 201, reformado del Código Orgánico de la Función Judicial le corresponde fijar en base a los cargos propuestos, el ámbito del pronunciamiento de la sala de casación, sin que este tribunal se encuentre facultado para excederlo.

Siendo así, corresponde rechazar el cargo postulado al amparo de la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del art. 199 del Código de Procedimiento Civil que condujo a una equivocada aplicación de los arts. 222 y 223 del Código Civil.

RESOLUCIÓN:

Con estas consideraciones, la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación propuesto por el señor Cornelio Patricio Flores Zamora, en contra de la sentencia de mayoría dictada por la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, de 10 de julio de 2017, dentro del juicio ordinario nº 01614-2010-0950, que por declaratoria de unión de hecho, les sigue la señora Gladys Esperanza Jadán Fárez a él y a las señoras Beatriz Leonor Flores Zamora, Jenny Merchán Flores, Ximena Merchán Flores; Dina Flores Zamora y Lía Piedad Flores Zamora. Sin costas. Notifíquese y devuélvase para los fines correspondientes.

f) Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (PONENTE E.); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial