Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CXXIV

2019

Gaceta Judicial

Fundada el 28 de mayo de 1895

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Número 4

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
Septiembre de 2020

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 2019

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. R: 451-2019 J: 17811-2017-01155	Destitución del cargo de notaria segunda del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas por haber incurrido en manifiesta negligencia prevista en el número 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.- Las sanciones de este artículo son extensivas a los notarios que son servidores judiciales, conforme lo determina el numeral 5 del artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial. **Autor:** Martha del Carmen Obando Guayachico. **Demandado:** Consejo de la Judicatura.	1901
II. R: 522-2019 J: 17811-2016-01802	Silencio administrativo positivo respecto de recurso de reposición presentado contra la resolución que da por terminado contrato de servicios ocasionales. No es procedente admitir los efectos del silencio administrativo positivo únicamente por falta de contestación al recurso de reposición en sede administrativa, pues para que éste opere se tiene que cumplir con determinados requisitos esenciales y formales. **Autor:** Freddy Artemio Peña Farez. **Demandado:** Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos; y Procurador General del Estado.	1911
III. R: 472-2019 J: 09801-2011-0118	La indemnización de daños y perjuicios en procesos de propiedad intelectual, por uso indebido de marca registrada y competencia desleal. **Autor:** Wilson Kung Pik Leon Lee representante legal de Oriental Industria Alimenticia O.I.A. CIA. LTDA. **Demandado:** Compañía Procesadora Nacional de Alimentos C.A. PRONACA C.A.	1918
IV. R: 634-2019 J: 17811-2017-00144	Fijación de tarifas de uso del espectro radioeléctrico. Los usuarios de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa de acuerdo con las normas aplicables, y no es admisible ninguna modalidad de redondeo, pues el artículo 22 del reglamento de derechos de concesión y uso de frecuencias del espectro radioeléctrico establece, además, la fórmula para el cálculo de la tarifa mensual para la prestación del servicio fijo por satélite. **Autor:** Procurador Judicial de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT. EP. **Demandado:** Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) y Procurador General del Estado.	1932

V. R: 652-2019 J: 17811-2013-11576	Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontratual objetiva del estado. Los tribunales de lo contencioso administrativo son competentes para conocer estas acciones que no son incompatibles ni contradictorias en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que, *"en el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello"*. **Autor:** Procurador Judicial de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT. EP. **Demandado:** Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) y Procurador General del Estado.	1939

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

I. R: 136-2019 J: 09501-2017-00756	Los elementos que sustentan la base imponible del Impuesto a la Renta son: el ingreso, el costo y el gasto; el ocultamiento prescrito en el artículo 94 del Código Tributario es susceptible de constituirse sobre todos estos elementos, o sobre cualquiera de ellos, pues cualquier variación de estos aquellos, incide de forma directa en la determinación del impuesto en mención. **Autor:** Compañía Blotein S.A. **Demandado:** Servicio de Rentas Internas.	1955
II. R: 17510-2014-0058 J: 17510-2014-0058	La errónea interpretación debe ser determinante en la decisión de la causa, pues dicho yerro está ligado intrínsecamente al análisis e interpretación que realizó el Tribunal del principio de la realidad de los hechos económicos (esencia sobre la forma). **Autor:** Compañía Aseguradora del Sur C.A. **Demandado:** Servicio de Rentas Internas.	1965
III. R: 17751-2016-577 J: 09504-2014-0136	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, no puede ser empleado para nombrar el hecho económico y que pueda constituirse en el presupuesto legal para perfeccionar el impuesto a la salida de divisas, y consecuentemente el nacimiento de una obligación tributaria. **Autor:** Banco Bolivariano C.A. **Demandado:** Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur.	1988
IV. R: 457-2019 J: 17502-2013-0097	Cómo opera la caducidad de la facultad determinadora de la autoridad tributaria según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 95 del Código Tributario. **Autor:** Publio Enrique Díaz Ballesteros. **Demandado:** Servicio de Rentas Internas.	2018

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

I. R: 81-2019 J: 17282-2016-05465	El fallo de casación se aparta del Precedente Jurisprudencial Obligatorio determinado en la resolución 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. La ratio decidendi de la sentencia determinó la expedición del nuevo precedente jurisprudencial en cuanto al entendimiento de la institución de la acumulación en materia de sustancias estupefacientes, criterio establecido en resolución 02-2019 del citado cuerpo colegiado. **Autor:** Fiscalía General del Estado **Demandado:** Gladis Fernanda Erazo Ortíz	2037
II. R: 231-2019 J: 17721-2016-0154	Cuando en la impugnación se alega la existencia de atenuantes o de agravantes no constitutivas de la infracción, se debe considerar que éstas debieron ser analizadas por los juzgadores de instancia, en base a los hechos materia del proceso; por tanto, en la valoración probatoria de la sentencia impugnada, debe encontrarse fijada y debidamente probada la existencia o ausencia de dichas circunstancias. **Autor:** Mireya Verónica Morales Yumbla **Demandado:** Jorge Armando Castillo Yamasqui.	2053
III. R: 662-2019 J: 17256-2014-0022	El delito de abuso de confianza o apropiación indebida, es un delito de resultado, tiene como elementos constitutivos del tipo, el dolo, la distracción, la disposición, el perjuicio ajeno, el objeto material y la entrega de la cosa. **Autor:** Orquesta Metal Puro **Demandado:** Julieta Estrella Silva	2070
IV. R: 873-2019 J: 15281-2017-00654	El Tribunal de Casación, corrige y aclara la diferencia, determinando que en el delito de estafa se debe demostrar que el sujeto activo engañó para beneficiarse y como tal, ocasionar un perjuicio al patrimonio de la víctima; a falta de demostración del elemento subjetivo del tipo penal, como es el dolo en la acción efectuada, revela que se trata de una conducta atípica respecto de lo que se ha considerado estafa. **Autor:** Fiscalía General del Estado. **Demandado:** Byron Patricio Cárdenas Calderón y Olguer Roberto Freire Barrionuevo.	2080
V. R: 906-2019 J: 12282-2014-0888	En el fundamento del recurso de casación no es acertado alegar simultáneamente que una misma norma jurídica ha sido contravenida de forma expresa y además que ha sido indebidamente aplicada, pues escapa de una dimensión de entendimiento lógica, y resulta contradictorio. Del análisis del Tribunal de Casación se puede determinar el cómo ha de prosperar un recurso de casación, debidamente fundamentado, conforme a las diferentes casuales establecidas en la ley. **Autor:** Luis Enrique Montezuma Velazco. **Demandado:** Ángel Jorge Camacho Ledesma.	2090

VI. R: 963-2019 J: 09288-2017-00614	Cuando se ha condenado de conformidad con el criterio jurisprudencial determinado en la derogada Resolución 12-2015 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y si las circunstancias fácticas de la causa así lo permiten, cabe que posteriormente el Tribunal de alzada, aplique la Resolución 02-2019, puesto que le resulta más favorable al procesado. **Autor:** Fiscalía General del Estado. **Demandado:** Óscar Darwin Aponte Sabando.	2103
VII. R: 970-2019 J: 01283-2015-0878	El Tribunal de Revisión, en su resolución no solo debe limitarse a declarar el error de hecho en la sentencia condenatoria, sino a fijar lo que los elementos han arrojado como los hechos más cercanos a la verdad histórica,reivindicándola, pues ese es precisamente el objetivo del recurso de revisión. **Autor:** Zhagui Jaguay John Luis. **Demandado:** Alex Mauricio Escobar Sarria.	2112
VIII. J: 06171-2013-0034	Si se alega como causal de revisión que la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados, el recurrente debe al menos identificar de manera individual cada elemento probatorio que anuncia, señalar qué hechos nuevos aportará con cada uno de ellos, qué relación tienen estos hechos con los que motivaron la condena, y cómo con esta prueba nueva demostrará, primero la causal invocada y, segundo, que la realidad histórica es distinta a la verdad procesal fijada en la sentencia condenatoria. **Autor:** Fiscalía General del Estado. **Demandado:** Rómulo Alberto Riera Verdugo, Edison Raúl Quezada Ordóñez, César Raúl Lara Edison Gustavo Valle Hidrovo y Jorge Carlos Cumbe Campoverde.	2155
IX. R: 1082-2019 J: 09123-2012-0406	No se puede negar la aplicación de la atenuante contenida en el artículo 29.7 del Código Penal, con la mera afirmación de que no se ha presentado el certificado de uno de los Tribunales de Garantías Penales de la jurisdicción que acredite la no existencia de procesos penales previos contra el procesado. **Autor:** Fiscalía General del Estado. **Demandado:** César Gustavo Landín Moreno.	2191
X. R: 0068-2017 J: 17721-2017-0068	El artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal establece como requisito que el daño produzca a la víctima problemas de funcionalidad en los ámbitos personal, laboral, escolar, familiar o social, se requiere entonces que se justifique uno o varios de esos supuestos, y no todos, para adecuar la conducta al tipo penal referido. En el fallo de casación se determinan además los estándares de motivación que deben contener las sentencias en la justicia ordinaria. Se reconoce también la facultad del Tribunal de Apelación, para en su decisión, adecuar los hechos que han sido materia del enjuiciamiento,al tipo penal que consideran jurídicamente correcto, conforme al principio iura novit curia, corrigiendo el yerro del juzgador de primer nivel. **Autor:** Fiscalía General del Estado. **Demandado:** Giovanny Alejandro Criollo Mayorga.	2200

XI. R: 1275-2019 J: 17282-2017-01674	Si se ha comprobado la existencia de una circunstancia agravante, en este caso el haber actuado en pandilla, y tal como manda la norma, se ha aplicado para el autor el máximo de la pena privativa de libertad aumentada en un tercio, de ahí se debe partir para el cálculo de la pena que corresponde al cómplice. **Autor:** María Cristina Abata López. **Demandado:** Carlos Fernando Barriga Carrillo y Kevin David Quinapallo Tipán Y Marco Aurelio Jiménez Toro.	2220
XII. R: 1602-201 J: 18281-2016-00094	En el delito de secuestro, para que prospere la acusación y posterior condena, debe darse por probado conforme a los hechos materia del enjuiciamiento, que el procesado actuó con conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo del injusto, esto es privar de la libertad, retener, ocultar, arrebatar o trasladar a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad. **Autor:** Jesús Carmen Cárdenas Freire. **Demandado:** Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman.	2234

SALA DE LO LABORAL

I. R: 0011-2019 J: 09359-2015-03253	Despido intempestivo de una mujer en periodo de lactancia y en estado de embarazo. **Autor:** Ruth Arianna Carpio Briones. **Demandado:** María Ernestina Muñoz Álvarez.	2259
II. R: 0080-2019 J: 17731-2015-0144	Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de un trabajador de su fondo de reserva con el interés del seis por ciento anual y el cincuenta por ciento de recargo en beneficio del trabajador. **Autor:** Virgilio Cipriano Santana Vera. **Demandado:** Diego Alejandro Guerrero Izurieta.	2275
III. R: 17371-2018-00694 J: 0126-2019	Despido intempestivo, desahucio y pago de rubros laborales, desde la fecha que la entidad demandada asumió a sus trabajadores de forma directa, ya que anteriormente fueron asumidos por la empresa tercerizadora. **Autor:** Edgar Estuardo García Espinosa. **Demandado:** Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales (EMPSA).	2282
IV. R: 0263-2019 J: 09359-2018-01065	La esencia del caso cinco de casación es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia; lo cual no ha sido tomado en cuenta por la actora ya que sus alegaciones se centran en su inconformidad con las conclusiones a las que se ha llegado en la sentencia de mayoría impugnada. **Autor:** Katherine Alexandra Cevallos Falconi. **Demandado:** Corporación FAVORITA C.A.	2290

V. R: 0346-2019 J: 17371-2017-04594	El Art. 94 del Código del Trabajo no estable como requisito para el pago del triple de recargo que el empleador haya sido citado con la demanda, sino únicamente que se hubiere sido necesaria acción judicial para el cobro de remuneraciones pendientes. **Autor:** Raquel Francisca Salgado Places. **Demandado:** Compañía CHAIDE Y CHAIDE S.A.	2303
VI. R: 0372-2019 J: 24331-2018-00421	El acuerdo de mediación contenido en el acta de acuerdo total de mediación pone fin al conflicto, por lo que es pertinente que los jueces acepten la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada. **Autor:** Jorge Amado Ventura Choez. **Demandado:** El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Salinas.	2312
VII. R: 0449-2019 J: 13353-2012- 0142	Despido intempestivo de acuerdo al Contrato Colectivo de Trabajo. **Autor:** Humberto Agustín Peñarrieta Cedeño. **Demandado:** El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Junín.	2319
VIII. R: 0563-2019 J: 17731-2016-1840	La indemnización por despido intempestivo debe calcularse en base a la última remuneración percibida de acuerdo al Art. 95 del Código del Trabajo. **Autor:** Ramón Alfonso Coronel Poveda. **Demandado:** Cerveceria Nacional C.N S.A.	2328
IX. R: 0618-2019 J: 09359-2015-02173	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 por despido intempestivo prevista en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo. **Autor:** Lenyn Cerbantes Gallegos Zurita. **Demandado:** Escuela de Conductores Profesionales ESPOL E.P. (CONDUESPOL).	2349

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

I. R: 0201-2019 J: 17230-2016-06352	Daño moral: La ponderación del monto por indemnización de daño moral debe atender a la gravedad del daño, atendiendo al carácter meramente reparador, mas no sancionador. **Autor:** Marcelo Benjamín Vaca Navas. **Demandado:** Banco Pichincha S.A.	2363
II. R: 0216-2019 J: 17113-2013-0718	La reclamación de daño moral no está ligada a resultados de proceso penal. **Autor:** María Soledad Recalde Argüello. **Demandado:** Diego Francisco Yépez Garcés.	2371

III. R: 0238-2019 J: 18334-2014-3998	La omisión de solemnidades indispensables para la validez de la compraventa de una sucesión hereditaria de una menor incapaz relativa, contenida en el acta de mediación, insinuación judicial y escritura pública, producen nulidad absoluta, y contra aquella no opera la prescripción de la acción rescisoria, pues no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por el transcurso del tiempo, y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte. **Autor:** María Cristina Sevilla Altamirano. **Demandado:** Patricia Elena, Lorenzo Germán, Juan Antonio y Ana Lucia Sevilla Naranjo, e Hilda Aurelia Naranjo Román; Juan Antonio Sevilla Naranjo.	2384
IV. R: 0082-2019 J: 11333-2017-03427	Daños y perjuicios. Requisitos para la determinación de la existencia de responsabilidad civil extracontractual. **Autor:** Lida Agila Maza y Lorgio Chamba Calva **Demandado:** El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja.	2392

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES

I. R: 038-2019 J: 23201-2014-7278	La presunción legal de paternidad de la calidad de hijos concebidos dentro de matrimonio no puede ser desvanecida por otra presunción que no conste establecida en el ordenamiento jurídico. **Autor:** Mario Marcelo Jaramillo. **Demandado:** Angélica Esthela Meza Loor.	2403
II. R: 073-2019 J: 09209-2017-01673	Prorrogación tácita de la competencia, nulidad de sentencia de primer nivel pronunciada en juicio de reconocimiento de unión de hecho. **Autor:** Wilson Alfredo Galarza Campoverde. **Demandado:** Estela del Rosario Flores Noboa.	2415

Gaceta Judicial

año 2019

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Casación Nro. *17811-2017-01155*
Resolución Nro. *451-2019*
Fecha: *18 de junio de 2019, las 16h08*

TEMA: Destitución del cargo de notaria segunda del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas por haber incurrido en manifiesta negligencia prevista en el número 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.- Las sanciones de este artículo son extensivas a los notarios que son servidores judiciales, conforme lo determina el numeral 5 del artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

XXXX comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y demanda al Pleno y al Director General del Consejo de la Judicatura, con la pretensión de que en sentencia se declare la ilegalidad del acto administrativo de destitución del cargo de Notaria Segunda del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, que se disponga el reintegro a sus funciones y que se rehabilite su expediente personal porque -según afirma- no ha cometido ninguna falta.- Por denuncia presentada en contra de la accionante se inició el respectivo sumario administrativo por haber inobservado normas expresas de la Ley Notarial, al otorgar una posesión efectiva proindiviso en favor de una conviviente supérstite sin solicitarle el respectivo documento habilitante y en favor de su hija menor de edad; incurriendo, por lo mismo, en falta gravísima sancionada con la destitución del cargo, con fundamento en el número 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, según el informe motivado emitido por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Santo Domingo de los Tsáchilas que ha sido acogido en su totalidad por el Pleno del Consejo de la Judicatura.- El Tribunal de instancia rechaza la excepción previa de legitimación pasiva alegada por el demandado, por considerar que se ha conformado el litis consorcio necesario con la autoridad pública llamada a comparecer a juicio y contradecir la demanda; expresa que, en efecto, se autorizó de manera incorrecta dicha posesión efectiva al habérsela otorgado a quien no tenía acreditada la calidad de conviviente sobreviviente, incumpliendo el requisito establecido en el artículo 18, número 12 de la Ley Notarial, y que es irregular la existencia en el protocolo notarial de dos documentos con el mismo número de folio mediante los cuales se concede la posesión efectiva solicitada a distintas personas las cuales se contradicen entre sí, sin realizar otra escritura, lo que demuestra la incorrección en el obrar de la actora de la causa, ya que un notario o notaria no pueden utilizar el mismo folio de acta notarial para efectuar una corrección, pues al hacerlo se estaría presumiblemente tratando de ocultar un error inicial en detrimento de la pulcritud del protocolo y de la fe pública de que se hallan investidos; y, sostiene, por último, que se comprueba la carencia de motivación del acto administrativo impugnado porque la accionante si bien incurrió en faltas previstas en normas expresas en la Ley Notarial por las cuales se instauró el sumario administrativo, el Consejo de la Judicatura la destituye en aplicación del número 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, que corresponde a la sanción por el cometimiento de una infracción

gravísima aplicable sólo a jueces, fiscales y defensores públicos, cuyo efecto jurídico es la nulidad del acto administrativo, conforme lo previsto en el artículo 76, letra l) de la Constitución de la República; consideración efectuada sobre la base de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el sentido de que la tipificación establecida en el número 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial tiene como sujetos de infracción y sanción a jueces, fiscales y defensores públicos. En tal virtud, acepta parcialmente la demanda, declara la nulidad de la resolución impugnada y, restableciendo el derecho de la accionante, dispone el reintegro al cargo u otro de similar condición en la circunscripción territorial de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, y que se rehabilite su expediente personal eliminando la sanción impuesta.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado Consejo de la Judicatura deduce recurso de casación por los casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP, respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; fallo que, al aceptar parcialmente la demanda, declara la nulidad del acto administrativo impugnado y dispone el reintegro de la actora de la causa al cargo de Notaria Segunda del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas u otro de similar condición, en la circunscripción territorial de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, y que se rehabilite su expediente personal eliminando la sanción impuesta.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia expresa que está de acuerdo con los reparos hechos por el Tribunal de instancia en su fallo, respecto de las actuaciones irregulares de la notaria, pero que al resolver comete un error conceptual cuando confunde los alcances y efectos de una sentencia constitucional en un caso concreto (inter partes), con una sentencia de jurisprudencia vinculante (erga omnes) que establecen los numerales 1 y 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, al pretender darle un alcance de jurisprudencia constitucional vinculante a lo expresado por la Corte Constitucional en un caso específico que trata sobre una sanción disciplinaria de destitución por error inexcusable impuesta a una servidora judicial por sus actuaciones en un proceso de alimentos, y deducir que lo afirmado en tal caso debe ser entendido con relación al artículo 109 numeral 7 del COGEP. La Sala de Casación estima, también, que el artículo de un Código no puede analizarse de modo aislado, sino que debe interpretarse con relación a los demás artículos que lo integran, e incluso con distintas normas conexas del ordenamiento jurídico para lograr que en su integridad exista la debida coexistencia, correspondencia y armonía; que esta Sala ya se pronunció sobre la aplicación del artículo de la referencia, en el sentido de que la sanción de destitución es extensiva a todos los operadores de justicia, sin distinción alguna; que el numeral 7 del artículo 109 del COFJ no es una norma aislada que no tenga correlación con todo el contenido del artículo en mención, ya que las y los notarios son también servidores judiciales conforme lo determina el numeral 5 del artículo 38 del Código ibídem, y que pretender que los notarios solo puedan ser destituidos por motivos contemplados en la Ley Notarial implicaría no tomar en cuenta lo señalado en esa misma Ley que establece que, en caso de oposición entre lo dispuesto en dicha Ley y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicarán las disposiciones de éste último, pues si los notarios y notarias estuvieran' exentos de ser destituidos a pesar de haber celebrado y autorizado actos notariales con manifiesta negligencia, al actuar en contra de su propia ley notarial', se estaría violentando el artículo 233 de la Constitución de la República que prescribe que ningún servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el

ejercicio de sus funciones o por omisiones, y que serán responsables administrativa, civil y penalmente. La Sala de Casación concluye que la actuación de la actora de la causa en su calidad de notaria fue totalmente incorrecta y atentatoria contra la fe pública de la cual estaba investida, ya que al otorgar una posesión efectiva sin solicitar los documentos que prevé el artículo 18 numeral 12 de la Ley Notarial incurrió en manifiesta negligencia que no puede aceptarse y, más aún, intentó ocultarlo cometiendo otro error posterior, conforme ha quedado manifestado en la sentencia. Por tales consideraciones, esta Sala acepta el recurso interpuesto por el caso 2 del artículo 268 del COGEP, y por tanto casa la sentencia y rechaza la demanda, confirmándose la legalidad del acto administrativo impugnado.

Demanda propuesta por Martha del Carmen Obando Guayachico en contra del Pleno y del Director General del Consejo de la Judicatura, por destitución del cargo de Notaria Segunda del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, por manifiesta negligencia, en aplicación del artículo 109 número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17811-2017-01155
Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, martes 18 de junio del 2019, las 16h08.-

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 los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y el acta de sorteo 23 de abril de 2019 que consta en el proceso. **D)** Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del COGEP, estando la presente causa en estado de sentenciar, se considera:

PRIMERO.- Mediante sentencia de 26 de octubre del 2018, 9h35, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio 17811-2017-01155 propuesto por la abogada Martha del Carmen Obando Guayachico, en que impugna la Resolución No. MOT-1368-SNCD-2016-JLM (23001-2016-0069) de destitución a su cargo de Notaria Segunda del cantón Santo Domingo, emitida el 6 de julio de 2017 por el Pleno del Consejo de la Judicatura, en lo principal dijo y resolvió: "*La demandante manifiesta que en ejercicio del cargo como Notaría Segunda del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, se le presentó el 2 de mayo de 2016, una petición por parte de la señora Elsa Margoth Tapia Delgado, en calidad de madre de su hija menor de edad, con el fin de que se le conceda la posesión efectiva de los bienes dejados por el ciudadano Jorge Estalin Delgado Montenegro, que como documentos habilitantes se adjuntó el certificado de nacimiento de la niña, copia de la cédula de ciudadanía y certificado de votación de la peticionaria y el certificado del causante; petición que fue atendida mediante Acta Notarial No. 2016-23-01-02-P03412, de 2 de mayo de 2016, con la cual se concedió la posesión efectiva de los bienes dejados por el referido ciudadano, a favor de la menor representada por su madre, dejando a salvo los derechos de terceros que tengan en la sucesión; que dicha acta notarial fue inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Santo Domingo, el 18 de agosto de 2016. El 6 de julio de 2016, se presentó una denuncia en su contra ante el Director del Consejo de la Judicatura, de la provincia de Santo*

Domingo de los Tsáchilas, por parte de las señoras Sandra Lucía Delgado Lucero, Daniela Elizabeth Delgado Lucero y del señor Diego Fernando Delgado Lucero, aduciendo que la señora Elsa Margoth Tapia Delgado había solicitado la posesión efectiva no solo para su hija menor de edad adicionalmente como cónyuge sobreviviente de la unión de hecho, lo cual habría conferido en el acta notarial… ***Que, el fundamento de la destitución*** *con base a lo manifestado en el Informe Motivado emitido por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura es que la comisión de la infracción administrativa* ***fue la de conceder la posesión efectiva de bienes muebles e inmuebles y todos los derechos del causante a favor de la señora Elsa Margoth Tapia Delgado, en su calidad de conviviente, sin haber justificado tal calidad****… Señala que con la expedición de la resolución impugnada se vulneró el derecho al debido proceso, en las garantía de motivación de las decisiones emitidas por autoridad pública, que además se ha vulnerado la garantía el principio de legalidad, respecto a la tipificación de la acción u omisión que están prohibidas por la ley, además que se violó el derecho a la seguridad jurídica,* ***ya que al aplicar la sanción determinada en el artículo 109, número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, aplicó una norma al caso concreto de manera indebida, pues la acción prohibida establecida en la disposición legal se encuentra dirigida a quienes tiene la condición de juez, fiscal o defensor público, y no se menciona a los notarios****, como sujetos de dicha infracción. Sostiene que es aplicable a los funcionarios judiciales solo por el hecho que en la primera parte del artículo se refiere a los servidores judiciales realizando una interpretación extensiva; que utiliza la analogía para sancionarle, lo cual está prohibido por la Convención Americana de Derechos Humanos… en su calidad de Presidente del Consejo de la Judicatura; en su orden;* ***para contestar la demanda, quienes señalan que los hechos que motivaron el inicio del sumario disciplinario fue porque inobservó lo establecido en el numeral 12 del artículo 18 y numeral 3 del artículo 20 de la Ley Notarial, ya que en el ejercicio de su cargo de Notaría, otorgó de manera arbitraria una posesión efectiva pro indiviso de bienes, a favor de una supuesta conviviente sobreviviente, sin solicitarle los documentos a través de los que se debía justificar dicha calidad (sentencia de reconocimiento de la unión de hecho o acta de matrimonio)****, incurriendo por ello en una de las prohibiciones establecidas para los Notarios en el ejercicio de su cargo. Por tal omisión en el desempeño de su cargo, la cual es tipificada como* ***infracción gravísima según lo determina el artículo 109 número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, tal tipificación se encuentra establecida para las faltas cometidas por los jueces, fiscales, defensores públicos y demás servidores judiciales, por inacción o por acciones colmadas de desidia, se separan considerablemente de una obligación positiva o negativa consagrada en una norma legítima****. El inciso segundo del artículo 172 de la Constitución de la República, así como el inciso cuarto del artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen que las actuaciones de servidores judiciales, incluidos los notarios, deben aplicar el principio de la debida diligencia; por su parte la manifiesta negligencia, es aquel comportamiento u omisión colmados de desidia y falta de acuciosidad… Además, agrega que con tal actuación se causó un daño al sistema notarial, al poner en tela de duda la credibilidad, probidad y transparencia del mismo, pues el artículo 200 de la Constitución de la República establece que* ***los notarios son depositarios de la fe pública, al garantizar y atestiguar solemnemente la veracidad de determinados hechos y actos de trascendencia jurídica****. El 2 de mayo de 2016,* ***conforme constan de la tercera y cuarta copia notariada de la escritura matriz de posesión efectiva, que confirió el 6 de julio de 2016, se observa que la posesión efectiva es otorgada a favor de Elsa Margoth Tapia Delgado, en calidad de conviviente sobreviviente, y de la menor de edad en calidad de hija, quedando como heredera…*** *De las pruebas aportadas por las partes procesales y en ejercicio del control de legalidad que debe hacer el Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 300 del COGEP, se considera para la resolución las siguientes: 1) Denuncia presentada por los señores Sandra Lucia Delgado Lucero, Daniela Elizabeth Delgado Lucero y Diego Femando Delgado Lucero; 2) Tercera copia certificada del Acta Notarial de Posesión Efectiva de los Bienes dejados por el causante señor Delgado Montenegro Jorge Estalin,* ***folio No. 2016-23-01-02-P03412, en la cual se concede la posesión efectiva a la señora Tapia Delgado Elsa Margoth en calidad de conviviente sobreviviente y a la menor de edad representada por su madre, en calidad de hija como heredera****; 3) Copia certificada del Acta Notarial de Posesión Efectiva de los Bienes dejados por el causante señor Delgado Montenegro Jorge Estalin,* ***en la cual se concede la posesión efectiva a favor de la hija menor de***

edad representada por su madre Tapia Delgado Elsa Margoth, con folio No. 2016-23-01-02-P03412;… *El artículo 18, número 12 de la Ley Notarial, dispone…* ***La omisión en solicitar la sentencia de reconocimiento de la unión de hecho, es reconocida por la accionante en el número 3 del libelo****, al señalar que a la petición se adjuntó el certificado de nacimiento de la niña, copia de la cédula de ciudadanía, certificado de la peticionaria y el certificado de defunción del causante.* ***Por lo que, para el Tribunal es evidente que la accionante al haber otorgado posesión efectiva de bienes del causante, Delgado Montenegro Jorge Estalin, a favor de Tapia Delgado Elsa Margoth, lo hizo incumpliendo el requisito establecido en el artículo 18, número 12 de la Ley Notarial, pues autorizó de manera incorrecta la posesión efectiva a quien no tenía acreditada la calidad de cónyuge sobreviviente en la forma como lo determina la ley.*** *Además, es irregular por decir lo menos, que el mismo día, 2 de mayo de 2016, exista el documento denominado "ACTA NOTARIAL DE POSESIÓN EFECTIVA DE LOS BIENES DEJADOS POR EL CAUSANTE SEÑOR DELGADO MONTENEGRO JORGE ESTALIN"* ***con mismo número de folio 2016-23-01-02-P03412,*** *mediante la cual la accionante en calidad de Notaría Segunda del cantón Santo Domingo, concede "....la POSESION EFECTIVA proindivisa de todos los bienes muebles e inmuebles y de todos los derechos que tiene en general el causante señor DELGADO MONTENEGRO JORGE ESTALIN, a favor de...., representada legalmente por su madre TAPIA DELGADO EISA MARGOTH, en calidad de hija quedando como heredera..." (fs. 103-110 expediente instancia provincial);* ***sin realizar otra escritura de acuerdo con lo que dispone el artículo 18, número 1 de la Ley Notarial, lo cual ocasiona que existan dos Actas Notariales con el mismo número de folio, que conceden la posesión efectiva a distintas personas las cuales se contradicen entre sí, inobservando lo dispuesto en el artículo 19, letra d) de la Ley Notarial,*** *que señala: "Son deberes de los Notarios:...d) Incorporar diariamente al protocolo las escrituras públicas que autorice y los documentos que deban ser protocolizados";* ***e incurriendo en la prohibición a los Notarios establecidas en el artículo 20 numeral 3 de la referida Ley****, que prescribe: "3.- Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad...";* ***lo cual claramente dista de la actuación debida de una Notaria, la que se encuentra en el deber de una conducta intachable para dar fe pública, con esta actuación el Tribunal encuentra que se causó un daño al sistema notarial****, independientemente del certificado de gravámenes emitido por el Registrador de la Propiedad del cantón Santo Domingo dentro del trámite No. 179692 de 1 de agosto de 2016 y del Memorando No. RPCSD-AJ-2016-104 de 29 de septiembre de 2016, expedido por la Asesora Jurídica del Registro de la Propiedad del mencionado cantón, fs. 29-30 proceso judicial, en el que señalan que la inscripción de la posesión efectiva otorgada por la Notaría Segunda del cantón Santo Domingo fue a favor de la menor de edad representada por su madre Elsa Margoth Tapia Delgado,* ***pues éstos documentos no desvirtúan las irregularidades verificadas en el otorgamiento de la posesión efectiva a favor de la señora Elsa Margoth Tapia Delgado, en calidad de cónyuge sobreviviente, sin el cumplimiento de requisitos legales, y más aún la existencia de otra Acta Notarial con igual número de folio otorgando la posesión efectiva solo a la menor de edad representada por la antes mencionada peticionaria, documento presumiblemente fue generado a raíz de la denuncia presentada en contra de la accionante****; por lo que, el Tribunal no encuentra que en la sustanciación del expediente administrativo no se haya valorado debidamente las pruebas presentadas en el término probatorio* ***pues con las mismas se aprecia la incorrección en su obrar como Notaria Segunda del cantón Santo Domingo… Ahora bien, evidenciada la irregularidad de la accionante en ejercicio del cargo de Notaría Segunda del cantón Santo Domingo, el Tribunal debe verificar si el cargo de falta de validez del acto administrativo por falta de motivación y por haber aplicado un tipo sancionador tipificado en el artículo 109, número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial que no le era aplicable tiene asidero y si con tal cargo se desvirtúa la presunción de legitimidad del acto administrativo****. El referido artículo señala: "A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias:...7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;".* ***Si bien los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de Quito, se pronunciaron en casos anteriores [Juicios Nos. 17811-2016-01677 de***

13 de septiembre de 2017 y 17811-2016-00427 de 22 de enero de 2018] respecto de la pertinencia de la aplicación de la infracción gravísima establecida en el artículo 109, número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial a otros servidores judiciales distintos a los jueces, fiscales o defensores públicos, como son los Notarios y Secretarios, *aquellas decisiones se fundaron en el pronunciamiento de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia [Sentencia de 15 de junio de 2017 dentro del Juicio No. 17811-2016-01363], que constituían el pronunciamiento vertido por el Órgano Superior que determinó la aplicación de la norma contenida en la disposición legal aludida es aplicable a todos los operadores de justicia por lo señalado en el primer inciso de la misma disposición legal;* ***no obstante, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo desconocía del criterio de la Corte Constitucional del Ecuador que tiene carácter obligatorio y que no puede dejar de ser observado, así el criterio emitido de manera posterior por la Corte Constitucional del Ecuador el 7 de marzo de 2018, en la sentencia No. 083-18-SEP-CC dentro del caso No. 1730-12-EP,*** *Órgano de Justicia Constitucional que como máximo intérprete de la Constitución de la República del Ecuador* ***de acuerdo con lo que ordena el artículo 436, número 1 de la Norma Fundamental****, determinó claramente que la tipificación establecida en el artículo 109, número 7 del Código Orgánico de la Función Judicial tiene como sujetos de dicha infracción y consecuente sanción a jueces, fiscales y defensores públicos… La Corte Constitucional del Ecuador para resolver este caso, estableció como uno de los problemas jurídicos realizar el control constitucional del acto administrativo contenido en la resolución emitida por el Consejo de la Judicatura en Transición de 10 de enero de 2012, dictada dentro del proceso administrativo N.° MOT-722-UCD-Oll-NA (DPLR-004-2011-KA), objeto de la acción de protección, contra cuya sentencia se presentó la acción extraordinaria de protección y en la que resolvió que tal actuación administrativa vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación establecida en el artículo 76, número 7 letra 1) de la Constitución de la República del Ecuador.* ***Con este antecedente constitucional,*** *el Tribunal analizará el procedimiento administrativo sancionador… Por tanto, el Tribunal comprueba la carencia de motivación de la resolución expedida el 6 de julio de 2016, cuyo efecto jurídico de conformidad con lo que dispone el artículo 76, número 7 letra 1) de la Constitución de la República del Ecuador es la nulidad del acto administrativo, se desvirtúa la presunción de legitimidad de la resolución impugnada en este caso. VI. DECISIÓN Por lo expuesto, este Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve: Aceptar parcialmente la demanda propuesta por la accionante, por lo que se declara la nulidad de la resolución de 6 de julio de 2016, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, dentro del Expediente Disciplinario MOT-1368-SNCD-2916-JLM (23001-2016-0069); y restableciendo el derecho de la accionante, se dispone el reintegro al cargo de Notaría Segunda del cantón Santo Domingo u otro de similar condición en la circunscripción territorial de la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas y se rehabilite su expediente personal en el Consejo de la Judicatura eliminando la sanción impuesta por medio de la resolución declarada nula por este Tribunal. Para el cumplimiento de lo ordenado, se le concede el término de treinta días al Consejo de la Judicatura. Sin costas, ni honorarios que regular.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.".* (Lo resaltado nos pertenece).

SEGUNDO.- Mediante auto de admisión de 11 de marzo de 2019, el Conjuez de la sala admite a trámite el recurso de casación presentado por el Consejo de la Judicatura, por los casos 2 y 3 del artículo 268 del COGEP. Respecto al caso 2 dice: "Con cargo al caso 2 del artículo 268 del COGEP el recurrente aduce que la sentencia recurrida carece del requisito de motivación. Al respecto es necesario señalar que este cargo es de vital importancia. Por tanto, cuando se acusa al fallo de falta de motivación, y dada la rigurosidad del recurso de casación para la admisibilidad de esta causal, se exige que el recurrente determine con precisión cuáles son las razones o elementos que le llevaron a considerar que no ha existido una adecuada motivación, además debe identificar cuál es el requisito que se ha omitido al expedir la sentencia, especificando para el efecto la parte del fallo que adolece de tal vicio. Al fundamentar el recurso por esta causa el recurrente transcribe la parte pertinente de la sentencia recurrida en la que el Tribunal de instancia cita una sentencia de la Corte Constitucional y al respecto el recurrente manifiesta: "... **el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo rebasa las líneas correspondientes al examen de legalidad que se efectúa al acto administrativo**

en la presente causa pues *el criterio expuesto en la sentencia recurrida encuentra asidero en el pronunciamiento que hiciere la Corte Constitucional del Ecuador apenas el 7 de marzo de 2018, en la sentencia No. 083-18-SEP-CC dentro del caso 1730-12-EP*, ***sentencia a la que el Tribunal de forma equivocada le da la categoría de obligatoria y vinculante lo cual es totalmente falso, asimismo el análisis formulado por el Tribunal de instancia hace referencia a un análisis netamente constitucional que en el presente caso se separa incluso de las alegaciones que hiciere el actor*** ...". *Más adelante el recurrente se remite a los parámetros que utiliza la Corte Constitucional para determinar si una sentencia se encuentra debidamente motivada: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. En lo atinente a la razonabilidad el recurrente manifiesta que la sentencia recurrida:* "... ***realiza un análisis netamente constitucional y se aplica de forma impropia el contenido de una sentencia emanada de la Corte Constitucional de Ecuador en una línea totalmente diferente a la que correspondía dentro de la presente causa,*** la nulidad del acto administrativo debió ser motivada con la aplicación de las normas pertinentes al caso concreto y no en base a un precedente constitucional que no tiene la categoría de obligatorio ...". (Lo resaltado nos pertenece).

TERCERO.- Es relevante considerar el contenido de las siguientes normas: **3.1.- El artículo 18 numeral 12 de la Ley Notarial manda que:** "Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes:... Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si lo hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constara en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;". **3.2.- El numeral 5 del Art. 38 del Código Orgánico de la Función Judicial,** que dice: "Conformación de la Función Judicial.- Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial: 5. Las notarías y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial.". **3.3.- Los numerales 1 y 6 del artículo 436 de la Constitución de la República dicen:** "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante. 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. **3.4.- El artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial dice:** "Infracciones gravísimas.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: 7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable.".

CUARTO.- Los jueces distritales en la sentencia impugnada no dudan de manera alguna, (al contrario: afirman "que es evidente") que la accionante, Ab. Martha del Carmen Obando Guayachico, al haber otorgado posesión efectiva de bienes del causante Delgado Montenegro Jorge Estalin, a favor de Tapia Delgado Elsa Margoth, **lo hizo incumpliendo el requisito establecido en el artículo 18 numeral 12 de la Ley Notarial**; pues se autorizó de manera incorrecta la posesión efectiva a quien no tenía acreditada la calidad de cónyuge sobreviviente o el reconocimiento de la unión de hecho, en la forma como lo determina la norma mencionada.

QUINTO.- Incluso tienen palabras duras con la actuación de la ex-notaria **señalando que su actuación posterior "además" fue "irregular por decir lo menos",** dado que el mismo día 2 de mayo de 2016 existe el documento denominado *"acta notarial de posesión efectiva de los bienes dejados por el causante señor Delgado Montenegro Jorge Estalin"* con mismo número de folio 2016-23-01-02-P03412, sin realizar otra escritura de acuerdo con lo que dispone el artículo 18 numeral 1 de la Ley Notarial, **lo cual ocasiona que existan dos actas notariales con el mismo número de folio, que conceden la posesión efectiva a distintas**

personas las cuales se contradicen entre sí; inobservando además lo dispuesto en el artículo 19 letra d) de la misma ley, e incurriendo también en la prohibición a los notarios establecidas en el artículo 20 numeral 3 ibídem.

SEXTO.- Señalan los jueces distritales que lo anterior claramente dista de las actuaciones que corresponden a una notaría quien da fe pública, por lo **que el Tribunal Distrital encuentra que sí se causó un daño al sistema notarial,** independientemente del certificado de gravámenes emitido por el Registrador de la Propiedad del cantón Santo Domingo dentro del trámite No. 179692 de 1 de agosto de 2016 y del Memorando No. RPCSD-AJ-2016-104 de 29 de septiembre de 2016, en el que señalan que la inscripción de la posesión efectiva otorgada por la Notaría Segunda del cantón Santo Domingo fue a favor de la menor de edad representada por su madre Elsa Margoth Tapia Delgado, pues éstos documentos no desvirtúan las irregularidades verificadas en el otorgamiento de la posesión efectiva también a favor de la señora Tapia Delgado sin el cumplimiento de los requisitos legales que expresamente dispone el artículo 18 numeral 12 de la Ley Notarial, esto es que en los trámites de posesión efectiva se debe presentar la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si lo hubiera; y más aún con la existencia de otra acta notarial con igual número de folio otorgando la posesión efectiva solo a la menor de edad representada por la antes mencionada peticionaria, documento presumiblemente fue generado a raíz de la denuncia presentada en contra de la accionante, pues evidentemente un notario o una notaría no pueden utilizar el mismo número de folio de acta notarial para efectuar una corrección, pues al hacerlo estaría, entre otros aspectos, presumiblemente tratando de ocultar su error inicial en detrimento de la pulcritud del protocolo y de la fe pública que deben guiar sus actos en la notaría**. Reparos todas estos, señalados en los considerandos cuarto a sexto de esta sentencia, y mencionados en la sentencia impugnada con los cuales este Tribunal de Casación está de acuerdo**.

SÉPTIMO.-

7.1.- Sin embargo de lo anterior, los jueces distritales cometen al resolver un serio error conceptual, cuando confunden de manera palmaria los alcances y efectos de una sentencia constitucional en un caso concreto, esto es inter-partes, con una sentencia de jurisprudencia vinculante, esto es erga-omnes; **en definitiva confunden, o mezclan, los numerales 1 y 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, y tal confusión la aplican o proyectan a los antecedentes del presente juicio, lo cual es inaceptable, y va en contra de lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del COFJ.** Pues afirman que la sentencia No. 083-18-SEP-CC expedida por la Corte Constitucional del Ecuador el 7 de marzo de 2018, dentro del caso No. 1730-12-EP, caso concreto que trata sobre una sanción disciplinaria de destitución, por error inexcusable, en contra de una servidora judicial que se desempeñaba como secretaria encargada del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Los Ríos, con sede en Babahoyo, respecto a sus actuaciones en un proceso de alimentos, temas que evidentemente nada tienen que ver con lo que haya hecho una notaría de la ciudad de Santo Domingo en un caso de una posesión efectiva mal otorgada, violando lo que ordena el artículo 18 numeral 12 de la Ley Notarial, como es el caso que nos ocupa**; sentencia constitucional mencionada en un caso concreto a la cual los jueces distritales pretenden darle un alcance que no tiene de jurisprudencia constitucional vinculante, como si el Pleno de la Corte Constitucional hubiese interpretado el artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial en la parte resolutiva de dicha sentencia, lo cual de manera alguna se hace.** La sentencia constitucional referida No. 083-18-SEP-CC expedida por la Corte Constitucional del Ecuador se mantiene dentro de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República, y de ninguna manera por el numeral 6 de la misma norma. 7.2.- Los jueces distritales cometen así un peligroso error hermenéutico; pues si su criterio prevalecería, entonces resultaría que cualquier juez o jueza, de cualquier nivel y materia, podría, extrayendo bien o mal elementos de la parte considerativa de cualquier sentencia inter-partes expedida por la Corte Constitucional, pretender que el Pleno de la Corte Constitucional ha afirmado que tal norma del ordenamiento jurídico debe ser entendida de una determinada forma y no de otra, el caos jurídico que ello generaría sería impensable. Qué es, precisamente, lo que han hecho los jueces distritales en la sentencia impugnada, al extraer de la parte considerativa de la sentencia constitucional referida ciertos considerandos

para de ahí "deducir" (y hacer decir al Pleno de las Corte Constitucional lo que ciertamente no ha dicho), que tales afirmaciones realizadas en un caso concreto en la parte considerativa de la sentencia constitucional mencionada debe ser entendido con relación al artículo 109 numeral 7 del COFJ como jurisprudencia vinculante con efectos generales en el sistema jurídico ecuatoriano. 7.3.- Debe quedar absolutamente claro, como no puede ser de otra manera, que cuando la Corte Constitucional desea interpretar una norma legal como tal con efecto general, lo hace mediante "sentencias vinculantes" conforme el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República; y que ciertamente el Pleno de la Corte Constitucional no necesita que ningún juez o jueza de la justicia ordinaria les den interpretando sus sentencias inter-partes pretendiendo darles equivocadamente un alcance vinculante erga-omnes, cuando ni el propio Pleno les ha dado ese carácter.

OCTAVO.-

8.1.- Es necesario tener en cuenta que un artículo de un código, como en el presente caso el artículo 109 del COFJ, no puede ser analizado de manera aislada como el Tribunal Distrital lo ha hecho, sino que debe ser interpretado con relación a los demás artículos del mismo código, e incluso con distintas normas conexas del ordenamiento jurídico, lo cual evidentemente no es una tarea fácil para la o el juez, y podrían o no darse distintos criterios interpretativos; **pero lo que no resultaría aceptable es que se pretenda, como lo hacen la y los jueces distritales, que dentro del mismo artículo, se "aíslen" sus incisos, literales, o numerales, como si fuesen a su vez normas independientes sin relación entre sí, lo cual contradice una correcta interpretación sistemática de la norma,** pues la misma debe ser interpretada a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todos sus incisos la debida coexistencia, correspondencia y armonía. 8.2.- Al respecto esta Sala Especializada en la sentencia de 10 de mayo del 2017, 12h36, Juicio No. 11804-2016-00187, ya se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera: "En ese sentido, se debe considerar varios elementos: a) El inciso primero del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, bajo el título de infracciones gravísimas, antes y después de la reforma del 13 de julio de 2011, disponía que a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá la sanción de destitución siempre que incurra en una de las conductas detalladas en dicho artículo, **es decir, la sanción de destitución es extensible a todos los operadores de justicia, sin distinción alguna**… c) Sobre el principio de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, el catedrático argentino Pedro Jorge Coviello, manifiesta que: ***"Sabemos que en derecho penal la exigencia es estricta. Mas no ocurre lo mismo en este ámbito donde las situaciones en diversos campos de la actuación administrativa muestran cambios constantes*** *(…) Sobre este punto, se señaló que aunque el principio de tipicidad se conserve, "no mantiene su mismo rigor" en este campo, en atención a que no interesa tanto la estricta descripción formal de la infracción, como la concepción excluyente de lo que dará lugar a la incriminación. Por otra parte, CASSAGNE ha sostenido* ***que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y abiertas, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público,*** *sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos".* (Jorge Coviello Pedro, ponencia "Base constitucional de la potestad sancionadora", Derecho Administrativo en el siglo XXI, Adrus D&L Editores, Lima 2013, página 478);". (Lo resaltado nos corresponde); línea jurisprudencial ésta que ha sido reiterada en la sentencia de 15 de junio del 2017, 15h35, juicio No. 17811-2016-01363. **8.3**.- Por tanto resulta evidente que el numeral 7 del artículo 109 no es una norma aislada que no tenga correlación con todo el contenido del mismo artículo 109, que con meridiana claridad empieza señalando su alcance, esto es que los 18 numerales que lo componen constituyen infracciones disciplinarias gravísimas, susceptibles de ser cometidas e imponibles de sanción con destitución a todos los servidores de la Función Judicial; sin que pueda caber duda de que las y los notarios son también servidores judiciales, como lo determina el numeral 5 del Art. 38 del COFJ. **8.4**.- **De no ser así, se llegaría entonces al absurdo de que las notarías y notarios del país no podrían ser destituidos, cuando actúen con manifiesta negligencia en sus actuaciones notariales;** sino únicamente por las demás motivos señalados en los otros numerales del mismo artículo 109 del COFJ cuando sea el caso, como por ejemplo la situación del numeral

15 que dice: "No cobrar las tasas por servicios notariales, apropiarse de parte o totalidad de ellas, o cobrar más de lo debido a los usuarios del servicio para beneficiarse.". 8.4.1.- Pretender, por otra parte, que los notarios sólo podrían ser destituidos por situaciones contempladas exclusivamente en la Ley Notarial, y no en el artículo 109 del COFJ, implicaría no tomar en cuenta lo señalado en el artículo 3 de la misma Ley Notarial, que señala: "En caso de oposición entre lo que disponen la Ley Notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial.". 8.4.2.- Sin ser realmente necesario abundar en este tema baste decir, finalmente, que si las notarías y notarios estarían algo así como "exentos de ser destituidos, a pesar de haber celebrado y autorizado actos notariales con manifiesta negligencia, al actuar en contra de su propia ley notarial", como parecería que los jueces distritales pretenden sostener con su sentencia impugnada (aunque reconocen que "es evidente" la incorrección en que incurrió la accionante, y que su actuación posterior fue además "irregular por decir lo menos"), entonces simplemente se estaría violentando palmariamente el artículo 233 de la Constitución de las República que contiene el innegable principio de que: "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente…".

NOVENO.- Para este Tribunal de Casación, al igual que lo fue para el propio Tribunal Distrital que emite la sentencia impugnada, la actuación realizada por la accionante, tal como se ha referido en los considerandos primero, cuarto, quinto y sexto, fue totalmente incorrecta en su calidad de notaria y atentatorio contra la fe pública de la cual estaba investida, y evidentemente cometió manifiesta negligencia al no cumplir con el claro mandato respecto a los requerimientos necesarios para otorgar una posesión efectiva de bienes hereditarios, dando a una interviniente, madre de una de las herederas, una calidad que no tenía de supuesta conviviente sobreviviente sin solicitarle los documentos que debían justificar dicha calidad, expresamente señalados en el artículo 18 numeral 12 de la Ley Notarial, esto es la sentencia de reconocimiento de unión de hecho; incumplimiento que sin duda es gravísimo por las enormes consecuencias conflictivas que ello podría acarrear a niveles intrafamiliares y con terceros, pues no puede olvidarse que en las sucesiones hereditarias se pueden dar todo tipo de problemas económicos no solo respecto a las cuotas hereditarias entre hermanos y hermanas, **sino también con un tema tan delicado como los "gananciales" del cónyuge sobreviviente o quien tenga la condición real de conviviente por unión de hecho, pues dentro de nuestro sistema civil se da prácticamente los mismos derechos al conviviente por una unión de hecho legalmente reconocida que al cónyuge por matrimonio**; pudiendo entonces producirse conflictos de todo orden que a veces tardan años en resolverse en sendos juicios civiles y a veces en penales, que es obvio que deberían tratar de evitarse, pues pueden devenir en problemas muy serios. Por lo que el hecho de que un o una notaría, investida nada menos y nada más que de "fe pública", en documento público reconozca una condición de conviviente sobreviviente a quien no se ha demostrado legalmente que la tiene es un tema muy serio como se ha comentado, error que simplemente un notario o una notaría de la República no puede cometer, y no hay duda que al hacerlo incurre en una manifiesta negligencia que no puede ser aceptada; y peor aun cuando aparentemente intentó tapar ese error cometiendo otro posterior, como se mencionó en los considerandos quinto y sexto de esta sentencia.

En razón de todo lo antes 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 el Director Nacional de Asesoría Jurídica y delegado del Director General del Consejo de la Judicatura, por el caso 2 del artículo 268 del COGEP, y por tanto se casa la sentencia de 26 de octubre del 2018, 9h35, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; y se rechaza la demanda, confirmándose la legalidad de la Resolución No. MOT-1368-SNCD-2016-JLM (23001-2016-0069), emitida el 6 de julio de 2017 por el Pleno del Consejo de la Judicatura. Notifíquese, devuélvase y publíquese.

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

II

Casación Nro. 17811-2016-01802
Resolución Nro. 522-2019
Fecha: 23 de julio de 2019, las 12h13

TEMA: Silencio administrativo positivo respecto de recurso de reposición presentado contra la resolución que da por terminado contrato de servicios ocasionales. No es procedente admitir los efectos del silencio administrativo positivo únicamente por falta de contestación al recurso de reposición en sede administrativa, pues para que éste opere se tiene que cumplir con determinados requisitos esenciales y formales.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

FAPF comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, y demanda al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y al Procurador General del Estado, con la pretensión de que, en sentencia, se declare que ha operado el silencio administrativo positivo y su consecuente aceptación del recurso de reposición interpuesto respecto de la resolución que da por terminado el contrato de servicios ocasionales celebrado con el Ministerio demandado, que se ordene la restitución inmediata a su función de servidor público de apoyo 2 en el CRS-QUEVEDO y que se le cancelen todos los valores que ha dejado de percibir, con los intereses respectivos.- El delegado del Procurador General del Estado contesta la demanda y se excepciona alegando improcedencia de las pretensiones del accionante y falta de derecho para reclamar la restitución al cargo y el pago de remuneraciones dejadas de percibir, ya que la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales no solo que está contemplada en la normativa jurídica aplicable al caso, sino también en el contrato firmado por el accionante; que el silencio administrativo está supeditado a la legalidad de lo solicitado por el administrado y que por esta vía mal se podría tornar lo que originalmente es ilícito, en lícito, y solicita que se rechace la demanda. La delegada de la Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, al contestar la demanda, plantea la excepción previa de ilegitimidad de personería y como excepciones de mérito: improcedencia de la demanda por inexistencia del silencio administrativo positivo; inexistencia de ilícito administrativo, alega plus petitio y solicita que se rechace la demanda por impertinente e improcedente en derecho.- El Tribunal Distrital en la audiencia única acepta la excepción previa de ilegitimidad de personería formulada por la parte demandada y como se trata de una excepción subsanable, una vez cumplido lo dispuesto en auto interlocutorio, notifica a las partes procesales el escrito de saneamiento para continuar con la prosecución de la causa; sostiene que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y de la ex Corte Suprema de Justicia, establece requisitos sustanciales y formales para la intervención de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en hacer efectivos los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos; así, la petición debe estar dirigida a autoridad competente para aceptar o negar lo solicitado, el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular, el reconocimiento del silencio administrativo no debe ir en contra del

ordenamiento jurídico, esto es, no deben contradecir la Constitución o la ley, la acción de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, entre otros. El Tribunal de instancia expresa que el actor de la causa pretende que vía silencio administrativo se deje sin efecto el acto administrativo mediante el cual se da por terminado el contrato de servicios ocasionales y, por tanto, se le reintegre a sus funciones, alegando la falta de contestación al recurso de reposición planteado a este respecto; y, considera que, conforme la doctrina, es legalmente viable el silencio administrativo en vía de recurso, siempre y cuando lo solicitado no sea contrario a derecho o nulo, y que si bien el accionante ha demostrado que la autoridad competente no dio contestación al recurso de reposición en el tiempo máximo de dos meses, no es menos cierto que lo solicitado carece de asidero legal y, en consecuencia, no puede ser atendido por efecto del silencio administrativo positivo ya que el acto administrativo presunto derivado de dicho silencio administrativo es contrario a derecho, toda vez que el contrato de servicios ocasionales no se encontraba vigente por vencimiento del plazo legal y, por lo mismo, no se puede disponer a la administración el reintegro del accionante en base a un contrato de servicios ocasionales ya fenecido, por lo que en el presente caso, atendiendo la pretensión del accionante, el silencio administrativo no genera efectos positivos cuando lo que se peticiona es contrario al ordenamiento jurídico. En tal virtud, rechaza la demanda.

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor de la causa FAPF, con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, 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 en contra del Ministerio de Justicia, Derechos, Humanos y Cultos y del Procurador General del Estado. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia sostiene en lo principal, que no cabe la interpretación que el recurrente efectúa del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado sobre el silencio administrativo," …de que el sólo transcurso del plazo se entenderá que ha operado el silencio administrativo positivo …", pues para que éste opere se tiene que cumplir con determinados requisitos sustanciales y formales; y, que en la especie no es procedente admitir los efectos del silencio administrativo positivo únicamente por falta de contestación al recurso de reposición en sede administrativa, cuando el Tribunal de instancia en el fallo expedido ha evidenciado que la pretensión del recurrente no puede ser atendida porque el acto administrativo presunto derivado de dicho silencio administrativo es contrario al ordenamiento jurídico. Por lo expresado, la Sala Especializada considera que la sentencia recurrida no incurre en el vicio de errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, dado que no se la ha entendido equivocadamente, ni se le ha dado un alcance que no tiene. En tal virtud rechaza el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, no casa la sentencia impugnada.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2016-01802

Jueza Ponente: Dra. Cynthia Guerrero Mosquera

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

Quito, martes 23 de julio del 2019, las 12h13.

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 y distribución de juicios de las Salas Especializadas emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como el acta de sorteo de 11 de marzo de 2019 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 7 de diciembre del 2017, las 14h24, dentro del juicio contencioso administrativo No. 17811-2016-01802, seguido por el señor Freddy Artemio Peña Farez, en contra del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos; y Procurador General del Estado, en la cual resolvió que: *"…en el presente caso, no ha sido demostrado la ocurrencia del efecto positivo del silencio administrativo reclamado por el accionante, ya que existe un incumplimiento de uno de los requisitos sustanciales, por lo que no es necesario en este caso analizar los demás presupuestos para que opere tal silencio administrativo positivo. Por lo expuesto, el Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechaza la demanda presentada por el señor Freddy Artemio Peña Farez."*.

B) El señor Freddy Artemio Peña Farez, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 7 de diciembre del 2017, las 14h24, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, por los casos dos y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

C) El doctor Juan Montero Chávez, Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 7 de febrero del 2019, las 11h59, señaló que admite el recurso de casación interpuesto únicamente por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, en lo que se refiere a la errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; e inadmite el recurso por el caso 2 Ibídem.

D) Conforme los artículos 273, 88, 90 y 313 del Código Orgánico General de Procesos, estando la presente causa en estado para resolver, se considera:

PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos.

SEGUNDO: 2.1. En el día y hora fijados se llevó a efecto la audiencia de casación a la que compareció el actor y a su vez recurrente señor Freddy Artemio Peña Farez, acompañado de su defensa técnica, el Dr. Gerardo Morales Suárez; así como por la parte demandada Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (Actual Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores), comparece el Abg. Cristian Paguay Rivera en virtud del oficio del Director de Asesoría Jurídica de la referida dependencia; y, por la Procuraduría General del Estado, comparece la Abg. Jenny Santamaría Robles, en virtud de la delegación otorgada por el Procurador General del Estado.

2.2. El recurrente identificó la sentencia impugnada, las disposiciones legales infringidas, e invoca el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos en el que fundamentó su recurso, basado que en la sentencia recurrida existe errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, y al fundamentar su recurso en su memorial de casación en lo principal señala que: *"…Las razones por las cuales se ha interpretado erróneamente son: Porque se confunde o se le da un sentido distinto al requisito de regularidad y su consecuente nulidad o lesividad que pueda generar y*

mucho menos que pueda existir un acto inconvalidable, pues como dejo anotado, existe la convalidación al retornar a la función y otorgar el nombramiento provisional. Porque la nulidad de pleno derecho que refiere el fallo impugnado se produce por vicios esenciales de tramitación o que el ordenamiento jurídico calificara como nulo o que cuando lo ganado por silencio fuera ostensible o manifiestamente ilegal. Porque no se está transfiriendo facultades normativas relativas al dominio público o al servicio público. El tribunal de instancia debió interpretar la norma del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado en el sentido de que el sólo transcurso del plazo se entenderá que ha operado el silencio administrativo positivo y su consecuente aprobación del (sic) mi recurso de reposición, porque sus efectos generan un derecho autónomo y porque no se busca con ello un nombramiento permanente, sino un reintegro y su sucesivo nombramiento provisional. Esta es la correcta interpretación.".

2.3. Por su parte la defensa técnica del accionado, expuso sus argumentos respecto a la norma y caso señalado por el recurrente manifestando en lo principal según consta en el acta resumen de la audiencia de casación que: "*conforme 14 Ley Reglamento concordante 58 LOSEP, no se ha vulnerado derecho accionante terminación de contrato es figura contemplada en normativa citada y en contrato, el silencio administrativo supeditada legal de administrados mal podría tornar lo ilícito en lícito, no se acompaña certificado alguno, contrario derecho su vinculación servicio por contratos ocasionales que podía darse por terminado en cualquier momento, improcedencia y falta de derecho para reclamar restitución y pago de valores. PGE, causal admitida errónea interpretación 28 de Ley de Modernización, contemplaba efecto positivo silencio administrativo no se había contestado por parte administración requerimiento de ciudadano, existen requisitos que se han ido desarrollando de forma doctrinaria y jurisprudencial, requerimiento guardar concordancia con derecho con silencio administrativo lo irregular no merece protección, no existe discrepancia respecto de interpretación 28 Ley, no ha cumplido*.".

TERCERO: El caso quinto del artículo 268 del COGEP, se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto. En el recurso de casación por el caso quinto del artículo 268 del COGEP, no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotético contenido en la norma. El vicio de juzgamiento o in iudicando contemplado en el caso quinto, se da en tres circunstancias: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) 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. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.

CUARTO: 4.1. Como se indicó anteriormente al alegar el caso quinto del artículo 268 del COGEP, se debe partir de hechos probados en la sentencia, haciendo una abstracción sobre las conclusiones a las que arribó el Tribunal A quo sobre el material fáctico, por tanto, quien acusa a una sentencia por uno de los vicios previstos en el caso quinto, reconoce de forma tácita que las conclusiones a las que llegó el tribunal juzgador sobre los hechos discutidos en el juicio, es correcta, así como hechos probados y considerados como ciertos por parte del Tribunal de instancia se identifican los siguientes: *"…SEXTO.- La prueba admitida fue producida en la Audiencia Única, conforme lo establecido en los artículos 79, 160, 165, 170 y 196 del Código Orgánico General de Procesos, garantizando a las partes procesales el derecho de contracción. De conformidad,*

a lo estipulado en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, el Tribunal considera relevantes para su resolución las siguientes pruebas: i. Contrato de servicios ocasionales, de fecha 2 de mayo de 2014, suscrito por el hoy accionante y la Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (fojas 50 a 52 de autos). i. Escrito de 1 de agosto de 2016, con el cual se interpuso recurso de reposición, ante la Coordinadora General Administrativa Financiera (e) del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (fojas 54 y 55 de autos). Memorando No. MJD-HC-2016-000140, de 30 de junio de 2016. Escrito de fecha 12 de octubre de 2016, ingresado al Ministerio de Justicia, mediante el cual, el accionante indica que por haber operado el silencio administrativo, ante la falta de contestación o resolución del recurso de reposición interpuesto, en el plazo previsto en el artículo 175 del ERJAFE, solicita se disponga su reintegro inmediato a sus funciones. (fojas de autos). Oficio s/n, de 30 de diciembre de 2016. (fojas 57 de autos). (…) OCTAVO.-… En consecuencia, el Tribunal en aplicación de las normas que regulan la materia, atentos los argumentos expuestos por las partes procesales, y valoradas globalmente las pruebas practicadas y agregadas a los autos, las mismas permiten concluir lo siguiente: a.- La aseveración del actor, se relaciona a que mediante escrito de 1 de agosto de 2016, interpuso recurso de reposición, ante la Coordinadora General Administrativa Financiera (e) del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, con el objeto de que se reconsidere la decisión adoptada mediante Memorando No. MJD-HC-2016-000140, de 30 de junio de 2016, y deje sin efecto la misma, disponiendo su reintegro a sus funciones, con todos los efectos que de ella se desprenden. (fojas 54 y 55 de autos). b.- La parte actora acompañó a su demanda el escrito de fecha 12 de octubre de 2016, ingresado al Ministerio de Justicia, mediante el cual, el accionante indica que por haber operado el silencio administrativo, ante la falta de contestación o resolución del recurso de reposición interpuesto, en el plazo previsto en el artículo 175 del ERJAFE, solicita se disponga su reintegro inmediato a sus funciones. (fojas de autos). c.- De la prueba actuada por la entidad demandada se encuentra el oficio s/n, de 30 de diciembre de 2016, en el cual se refiere al escrito de 12 de octubre de 2016, presentado por el hoy accionante, mediante el cual la entidad demandada señala que la petición de silencio administrativo positivo respecto de los hechos descritos carece de eficacia jurídica, oficio que atenta la razón que obra a fojas 57 vuelta de autos, no fue notificada al accionante. (fojas 57 de autos). En el caso sub judice, partiendo de que el reconocimiento del silencio administrativo positivo no puede ir en contra del ordenamiento jurídico, y por tanto, no es procedente reconocer como actos presuntos aquéllos que contradigan la ley o la Constitución, y por ello, la tarea del Juez de verificar si el acto presunto derivado del silencio administrativo es regular. Así, es necesario precisar si mediante el reconocimiento del silencio administrativo positivo, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos debe reintegrar al accionante a sus funciones conforme lo solicita amparado en el contrato de servicios ocasionales que obra a fojas 50 a 52 de autos. Revisado el contrato de servicios ocasionales en mención, se encuentra que el plazo corre desde el 2 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2014, conforme la cláusula quinta, por lo que a la fecha de desvinculación del accionante, esto es, 30 de junio de 2016, el contrato había fenecido por cumplimiento del plazo. En este sentido, en el caso concreto, la parte accionante pretende que vía silencio administrativo se deje sin efecto el acto administrativo que contiene la terminación del contrato de servicios ocasionales, efectuado por la administración pública con Memorando No. MJDHC-2016-000140, amparada en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, y el artículo 146 literal f) del Reglamento General de Aplicación, y por tanto, se le reincorpore a sus funciones, alegando la falta de contestación al recurso de reposición planteado. Efectivamente, conforme lo señala, la doctrina es legalmente viable el silencio administrativo en vía de recurso, siempre y cuando lo solicitado no sea contrario a derecho o nulo. Por tanto, si bien el accionante ha demostrado que la autoridad competente no ha dado contestación en el tiempo máximo de dos meses el recurso de reposición planteado oportunamente, no es menos cierto, que lo solicitado por el actor carece de asidero legal; y en consecuencia, la pretensión del accionante no puede ser atendida por efecto del silencio administrativo alegado, porque el acto administrativo presunto derivado de dicho silencio administrativo es contrario a derecho, puesto que legalmente no es posible la procedencia de la petición, considerando que el contrato de servicios ocasionales no se encontraba vigente, por vencimiento del plazo legal, y por ende, no se puede disponer a la administración el reintegro del accionante con mérito o base en un contrato de servicios ocasionales que feneció en el año 2014, y por ende resulta imposible para la administración pública dejar sin efecto la terminación de las relaciones laborales realizada mediante el Memorando en mención, y volver al accionante a una

situación jurídica incierta sin ningún tipo de vinculación laboral, a través del silencio administrativo positivo. Por otro lado, se evidencia una actuación irregular de la administración pública demandada, al mantener una relación laboral amparada en un contrato que había fenecido, pero que por no ser materia de la presente causa, este Tribunal no puede pronunciarse al respecto y mucho menos, realizar un control de legalidad de las actuaciones administrativas. En este punto, conviene citar lo manifestado por la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo en la Resolución No. 456-2014, recurso No. 439-2010, de 5 de junio de 2014 (Gaceta Judicial No. 14, Serie XVIII, 2014), "… pues es claro que no toda petición puede ser reconocida como válida vía silencio administrativo, porque se incurriría en el extremo de simplemente solicitar lo que a bien tenga el peticionario, y esperar a que transcurra el tiempo previsto en la ley sin recibir atención, para obtener como reconocido tal "derecho", sin opción a valorar su pertinencia y procedencia; es obvio que la petición debe ser conforme a derecho y no contraria al ordenamiento jurídico" (el subrayado es nuestro). (…) Por tanto, en el presente caso, no se cumple con el requisito mencionado, puesto que, atendiendo la naturaleza de la pretensión del accionante el silencio administrativo no genera efectos positivos cuando lo que se peticiona es contrario al ordenamiento jurídico, ya que a consecuencia de dichos actos expresos o presuntos que se pretender (sic) hacer valer se adquirieren derechos sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición.". Sobre la base de estos hechos considerados como ciertos en la sentencia de instancia dictada por el Tribunal, se puede identificar que el objeto de la controversia es la procedencia o no del silencio administrativo positivo frente a la interposición del recurso de reposición, en la cual se fundamenta el fallo, de tal forma que guarda relación con los hechos del proceso, tanto más que esta Sala Especializada concuerda con lo señalado por el Tribunal A quo en su sentencia en el sentido de que: *"…Es decir, y como lo ha señalado reiterada jurisprudencia, para hacer efectivos los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo con efectos positivos, se tiene que cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales, como son: a) Que la solicitud se dirija contra autoridad competente para aceptar o negar lo solicitado; b) Que el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular; y, c) Que la acción de ejecución debe estar respaldada en un instrumento público, constituido por la certificación otorgada por el funcionario competente de la institución del Estado, el cual está obligado, a pedido del interesado y bajo pena de destitución, a indicar el vencimiento del término desde el cual se ha producido el efecto del silencio administrativo, con lo que se demuestra que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente con todos los efectos que ello implica*", por lo que en definitiva no cabe la interpretación que a su criterio efectúa el recurrente respecto al Art. 28 de la Ley de Modernización, respecto al silencio administrativo positivo, al sostener *"…de que el **sólo transcurso del plazo se entenderá que ha operado el silencio administrativo positivo** y su consecuente aprobación de mi recurso de reposición, porque sus efectos generan un derecho autónomo y porque no se busca con ello un nombramiento permanente, sino un reintegro y su sucesivo nombramiento provisional.*" (Lo resaltado corresponde a la Sala), pues como ha sido indicado para que opere el silencio administrativo con efectos positivos, se tiene que cumplir determinados requisitos formales y sustanciales.

4.2. En este mismo sentido esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, en Resolución No. 712-2016, de 9 de junio de 2016, dentro del juicio contencioso administrativo No. 112-2009, ha señalado que: *"…Al respecto, doctrina nacional nos indica que: "Es preciso advertir, por otra parte, que los efectos del silencio administrativo no son ilimitados y tampoco son aplicables a todos los casos. **Un primer límite advierte que no cabe el efecto estimatorio del silencio administrativo cuando la petición o pretensión del administrado es contraria al ordenamiento jurídico**. Como expresan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: [...] el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general. **La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla**.". (El resaltado nos pertenece). Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, (Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007), 241. Igualmente: "1)… La Sala en numerosos fallos, ha hecho suya la doctrina de la línea jurisdiccional de la escuela española según la cual: ´la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que*

la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho´, lo que en otras palabras significa que es esencial para que surta efecto el silencio administrativo positivo, ***que la petición se haya dirigido a la autoridad o al administrador que sea competente para resolver la materia de tal petición****, y que en el supuesto de haber sido resuelta favorablemente, tal petición no se encuentre afectada por nulidad de pleno derecho.". (El resaltado consta en el texto). (…) 13) La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha determinado, en varios fallos que siendo la Ley de Modernización del Estado un cuerpo jurídico de carácter ordinario,* ***el efecto positivo del silencio administrativo establecido en su Art. 28, no tiene aplicación alguna frente a disposiciones contenidas en leyes orgánicas que contienen efectos diferentes****; …De tal suerte, ha de entenderse que, el efecto previsto en la Ley de Modernización del Estado es solo aplicable al caso que la Ley no señale de modo expreso efecto distinto al silencio administrativo.". (El resaltado es nuestro). Marco Morales Tobar, Manual de Derecho Procesal Administrativo, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 300-01. 309. Efectivamente, para que el silencio administrativo positivo opere se requiere como condiciones inexcusables que la petición sea justa, posible (que no ocasione nulidad alguna con su aceptación tácita), oportuna (solicitada a tiempo, y a la autoridad pública competente) y que no esté prohibida por la ley, pues únicamente cabría extraer consecuencias positivas o afirmativas del silencio administrativo cuando así lo establece una disposición expresa o cuando se trate de peticiones en que el interesado, al ser ya titular del poder para hacerlo, no tendría sentido atribuir valor negativo al silencio; el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la Ley, y difícilmente puede decirse que la Ley haya querido que a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares como resultado de la falta de diligencia de la administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce....".* De lo señalado se infiere lógicamente que en la especie no es procedente admitir los efectos del silencio administrativo positivo únicamente por falta de contestación al recurso de reposición en sede administrativa, cuando el Tribunal A quo, en su sentencia recurrida ha evidenciado que: *"… la pretensión del accionante no puede ser atendida por efecto del silencio administrativo alegado,* ***porque el acto administrativo presunto derivado de dicho silencio administrativo es contrario a derecho****,… considerando que el contrato de servicios ocasionales no se encontraba vigente, por el vencimiento del plazo legal, y por ende, no se pude disponer a la administración el reintegro del accionante con mérito o base en un contrato de servicios ocasionales que feneció en el año 2014,…Por tanto, en el presente caso no cumple con el requisito mencionado, puesto que,* ***atendiendo la naturaleza de la pretensión del accionante el silencio administrativo no genera efectos positivos cuando lo que se peticiona es contrario al ordenamiento jurídico****,…*" (Lo resaltado corresponde a la Sala). Por tales motivos este Tribunal de Casación, considera que la sentencia de instancia no ha incurrido en el vicio de errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, dado que no se la ha entendido equivocadamente ni se le ha dado un alcance que no tiene, en consecuencia, se rechaza el recurso de casación interpuesto.

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**: rechaza el recurso de casación interpuesto en consecuencia, no casa la sentencia de 7 de diciembre de 2017, las 14h24, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese**.

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

III

Casación Nro. 09801-2011-0118
Resolución Nro. 472-2019
Fecha: 27 de junio 2019, 10h32

TEMA: La indemnización de daños y perjuicios en procesos de propiedad intelectual, por uso indebido de marca registrada y competencia desleal.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

WKPLL, representante legal de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CÍA. LTDA., comparece ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil y demanda, en trámite verbal sumario, a la Compañía Procesadora Nacional de Alimentos C.A. PRONACA, con la pretensión de que, en sentencia, se ordene que esta Compañía deje de comercializar productos con etiquetas semejantes a las registradas por la Compañía accionante y de que le pague la suma de $ 2'000.000,oo más intereses, costas procesales y honorarios de sus abogados patrocinadores, como resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por los actos ilegales efectuados, incluyendo la competencia desleal, por cuanto la Compañía demandada viene usando de modo indebido un diseño de etiquetas similar a los de las marcas DISEÑO DE ETIQUETA ORIENTAL, provocando confusión en el público consumidor respecto del origen empresarial de los productos salsa china de soya ORIENTAL y salsa de ají, en particular, utilizando los mismos colores, formas, letras y posición de los elementos de la etiqueta de los productos de ORIENTAL que han sido registrados por su representada, por lo que es evidente la vulneración a los derechos de uso exclusivo que le confiere el registro de los mismos, por ser titular de los de propiedad intelectual.- La compañía PRONACA contesta la demanda negando los fundamentos de hecho y de derecho e indicando que es contrario a derecho que una persona pretenda ser la dueña exclusiva de cualquier elemento de uso común, genérico o descriptivo; que la acción se fundamenta en la supuesta confusión de las marcas de la accionante con las que utiliza PRONACA y que las semejanzas existentes corresponden única y exclusivamente a elementos de uso común, genéricos, descriptivos con respecto a los cuales O.I.A. CÍA. LTDA. no ostenta derecho alguno; que con respecto a la indemnización reclamada, la actora de la causa debe demostrar que existió una violación que generó una pérdida económica y que el infractor obtuvo beneficio directamente proporcional al valor reclamado y se excepciona alegando nulidad del proceso por falta de competencia del Tribunal de instancia, en razón del territorio, toda vez que la accionada tiene su domicilio en Quito.- El Tribunal Distrital se declara competente para conocer la presente causa en virtud de las respectivas normas del Código Orgánico de la Función Judicial, del Código de Procedimiento Civil y de la Ley de Propiedad Intelectual; considera, en lo principal, que de las pruebas que obran del expediente, se puede evidenciar que PRONACA en sus productos salsa china de soya y salsa de ají ha utilizado sobre los envases signos distintivos idénticos y semejantes a los legalmente registrados por la O.I.A. CÍA. LTDA. y que, por tanto, existió la posibilidad de riesgo de confusión al público consumidor, teniendo en cuenta que para casos como este, no es necesario que se produzca la confusión o la asociación, sino basta con que exista la posible confusión, tal como la interpretado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de la Interpretación Prejudicial solicitada y aplicable para

este caso, y que los actos realizados por PRONACA al utilizar en sus productos signos distintivos de la marca legalmente registrada por su competidora, se constituye en un acto de competencia desleal, lo que es contrario al ordenamiento jurídico vigente, a las normas supranacionales y a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que debe regir a los comerciantes en sus actuaciones; el Tribunal de instancia sostiene que el registro de la marca confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que la utilice sin su consentimiento y, en especial realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, alguno de los actos siguientes: a) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca registrada, con relación a productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los cuales se la ha registrado, cuando el uso de ese signo pudiese causar confusión o producir a su titular un daño económico o comercial, u ocasionar una dilución de su fuerza distintiva. Se presumirá que existe posibilidad de confusión cuando se trate de un signo idéntico para distinguir idénticos productos o servicios; (...) d) Cualquier otro que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a lo previsto en los literales anteriores. El titular de la marca podrá impedir todos los actos enumerados en el presente artículo, independientemente de que éstos se realicen en redes de comunicación digitales o a través de otros canales de comunicación conocidos o por conocer, por tanto, y sin lugar a dudas, existió la posibilidad de riesgo de confusión al público consumidor, tomando en consideración que para estos casos, no es necesario que se dé la confusión o la asociación, sino basta con que exista la posible confusión, tal como así lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de la Interpretación Prejudicial No. 606-IP-2016. Además la Ley de Propiedad Intelectual establece que en los casos de infracción de los derechos reconocidos en dicha Ley se puede demandar, entre otros, la indemnización de daños y perjuicios y, con fundamento en el artículo 243 de la Decisión 486 que enumera criterios para calcular esta indemnización y en la misma Ley de Propiedad Intelectual, así como en los informes periciales practicados al efecto, establece que la accionante ha sufrido pérdidas por $ 339.273,89 y que PRONACA obtuvo beneficios económicos por $ 561.810,oo; y, adoptando la Interpretación Prejudicial, de acatamiento obligatorio, en sentencia, acepta parcialmente la demanda y ordena: 1) Que PRONACA deje de comercializar productos con etiquetas que se asemejen a las registradas y usadas por la demandante; y, 2) En cuanto al reclamo de daños y perjuicios formulado por O.I.A. CÍA LTDA. establece, como daños y perjuicios ocasionados, relacionado al daño emergente y lucro cesante, la cantidad de $ 901.083,85, " ... que se obtiene de los beneficios que el titular de la marca hubiese obtenido de no haberse producido la violación en consideración a que sus ventas no se incrementaron por cerca de dos años; los beneficios obtenidos por la compañía infractora al utilizar etiquetas similares de una marca legalmente registrada, por cerca de dos años donde se ha demostrado que hubo un incremento significativo en sus ventas como consecuencia de la competencia desleal en la que incurrió y los gatos realizados por publicidad, mercadeo e inversiones en infraestructura física, no hay lugar al pago de costas procesales y honorarios de abogados patrocinadores por no haberse probado en el juicio, se dispone que la demandada la Compañía PRONACA C.A. en un plazo no mayor a treinta días de ejecutoriado el presente fallo, pague los valores determinados a la actora COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CÍA. LTDA.."

SÍNTESIS CASACIÓN
El apoderado y procurador judicial de PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS, PRONACA C.A., con fundamento en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio propuesto en su contra por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CÍA. LTDA. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en lo relativo a la alegación fundamentada en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación formulada por el recurrente, de que el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo era el competente para resolver esta causa, señala que la competencia se radicó en el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, atento el auto inhibitorio del Tribunal Distrital de Quito, en razón del domicilio del accionante, por disposición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado; en cuya virtud niega el recurso por este extremo; la Sala de casación considera, en lo principal, que el Juez de instancia realiza una correcta interpretación de los artículos 217 literales a) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual así como del artículo 155 literales a), d), e) y f) de la Decisión 486; interpretación con la cual llega a la conclusión de que PRONACA en sus productos salsa china de soya y salsa de ají, ha utilizado signos distintivos idénticos y semejantes sobre los envases de sus productos, a los legalmente registrados por O.I.A. CÍA LTDA., por lo que no verifica la errónea interpretación y falta de aplicación de las normas invocadas por el casacionista, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; la Sala Especializada expresa que no observa que el Tribunal de instancia haya violentado el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, al establecer la indemnización, pues dicha norma señala que la indemnización de daños y perjuicios comprende las pérdidas sufridas y el lucro cesante causadas por la infracción; considera, también, que se aplica el artículo 243 de la Decisión 486, por lo que la interpretación efectuada por el Tribunal Distrital es correcta y el valor establecido por daños y perjuicios, daño emergente y lucro cesante es acorde a lo dispuesto en la normativa invocada y calculada de manera pericial, por lo que niega el recurso por este extremo y por tales cargos; y, en lo que concierne a que la prueba no ha sido valorada en su conjunto, estima que el recurrente al fundamentar el recurso en la causal tercera, lo hace de modo ligero y que menciona la sana crítica, sin demostrar razonada y jurídicamente la forma en que el Tribunal de instancia incurrió en dicha infracción, pues su sola inconformidad no basta para que el recurso progrese, por cuyo motivo no demuestra jurídicamente la infracción del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, más aún si se tiene en cuenta que las reglas de la sana crítica no se encuentran establecidas en ningún precepto legal concreto y niega el recurso, también, por este extremo. Por tales consideraciones, niega el recurso de casación interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09801-2011-0118

Jueza Ponente: Ab. Cynthia Guerrero Mosquera

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

Quito, jueves 27 de junio del 2019, las 10h32.

VISTOS: Conocemos la presente causa en virtud de haber sido designados como Jueces Nacionales, el Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura de Transición No. 04-2012, de 25 de enero de 2012, y la Abg. Cynthia Guerrero Mosquera y el Dr. Pablo Tinajero Delgado, mediante Resolución del Consejo de la Judicatura No. 341-2014, de 17 de diciembre de 2014; y, las Resoluciones No. 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, de integración de las Salas Especializadas y distribución de procesos, respectivamente, emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. **ANTECEDENTES: A)** El Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia del Guayas mediante sentencia de 2 de marzo de 2018, las 08h34, resolvió*: "Acepta parcialmente la demanda planteada por el señor WILSON KUNG PIK LEON LEE, en su calidad de representante legal de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CIA. LTDA, en contra de la Compañía Procesadora Nacional de Alimentos C.A. PRONACA C.A., y en consecuencia se ordena: 1.- Que la Compañía Procesadora Nacional de Alimentos C.A. PRONACA C.A., deje de comercializar productos con etiquetas que se asemejen a las registradas y usadas por la demandante. 2.- En Relación al reclamo de indemnización de daños y perjuicios, éste Tribunal determina en base a los informes periciales realizados, los principios establecidos en el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, las normas de Interpretación Judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para la especie; y en base a los elementos indicados en los informes periciales realizados en la presente causa, establece como daños y perjuicios ocasionados, relacionado al daño emergente y lucro cesante en la cantidad de NOVECIENTOS UN MIL OCHENTA Y TRES DÓLARES CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $ 901,083.85) que se obtienen de los beneficios que el titular de la marca hubiese obtenido de no haberse producido la violación en consideración a que sus ventas no se incrementaron por cerca de dos años; los beneficios obtenidos por la compañía infractora al utilizar etiquetas similares de una marca legalmente registrada, por cerca de dos años, donde se ha demostrado que hubo un incremento significativo en sus ventas como consecuencia de la competencia desleal en la que incurrió y los gastos realizados por publicidad, mercadeo e inversiones en infraestructura física, no hay lugar al pago de costas procesales y honorarios de abogados patrocinadores por no haberse probado en el juico; se dispone que la demandada la Compañía PRONACA C.A. en un plazo no mayor a treinta días de ejecutoriado el presente fallo, pague los valores determinados a la actora la COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CIA. LTDA…"*

B) Mediante auto de 12 de abril de 2018, las 09h08, el Tribunal Distrital negó los recursos de aclaración y ampliación planteados.

C) El doctor Carlos Alberto Arroyo del Río, en calidad de apoderado y procurador judicial de PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS, PRONACA C.A., en el juicio verbal sumario de daños y perjuicios No. 09801-2011-0118, que sigue ORIENTAL INDUSTRIAL ALIMENTICIA OIA CIA. LTDA en contra de PRONACA, interpuso recurso de casación basado en las causales, primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

D) En auto de 24 de octubre de 2018, las 08h10, el Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el apoderado y procurador judicial de la compañía Procesadora Nacional de Alimentos Pronaca C.A. Estando el estado procesal para resolver se considera:

PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación. Toda vez que se han observado las solemnidades inherentes al recurso se declara su validez procesal.

SEGUNDO: El casacionista al momento de fundamentar la causal segunda, argumento: *"Es fundamental considerar que* ***la demanda fue interpuesta en el año 2011****, cuando ya se habían incorporado las reformas introducidas por el COFJ (Disposición Reformatoria 5 num. 1) al artículo 294 de la Ley de Propiedad Intelectual, estableciéndose la competencia en razón del territorio (domicilio del demandado) para la resolución de controversias de propiedad intelectual. De Ahí que no cabe duda alguna que la demanda en cuestión debió ser resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito".*
2.1*. La causal segunda del Art. 3 de La ley de Casación procede por: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando haya viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiera quedado convalidada legalmente". De este modo no toda violación de procedimiento es motivo de casación. Para que proceda la misma, debe verificarse la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que dicha acción u omisión haya influido en la decisión de la causa y colocado a una de las partes en estado de indefensión*.
2.2. El Tribunal de Instancia, en su sentencia de 2 de marzo de 2018, aseguró su competencia argumentando lo siguiente: *"PRIMERO: Previamente a examinar el tema materia de la controversia judicial, es obligación del juzgador asegurarse que goza de competencia para conocer y resolver la causa. A ese efecto, el artículo 217 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial determina: "ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: (...) 6. Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual (...)"; el artículo 29 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Además del juez del domicilio, son también competentes (..) El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos; (...)"; no obstante, se aprecia del contenido de la demanda que el lugar en que se ha cometido la violación a los derechos protegido por la Ley de Propiedad Intelectual, es en todo el territorio Ecuatoriano, de tal manera que de conformidad con la norma establecida en el Art. 24 del Código de Procedimiento Civil y 296 inciso segundo de la Ley de Propiedad Intelectual que señala: "La competencia en materia de propiedad intelectual se fija de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 26, 27, 28 y 29 del Código de Procedimiento Civil y en el presente artículo. Serán también competentes para conocer estas causas los jueces del lugar en el que se hubiere cometido la infracción."(el énfasis es fuera de texto), éste Tribunal es competente para conocer el asunto sub-judice que se examina...".*
2.3. Al respecto es necesario señalar, que el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, radicó su competencia mediante auto de 28 de enero de 2011, atento al auto inhibitorio del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito en razón del domicilio del accionante por disposición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. Por lo que este Tribunal de Casación no encuentra mérito para casar la sentencia con cargo al artículo 2 de la Ley de Casación, más aún si el conflicto de competencia en razón de territorio ya fue dilucidado, por lo que niega el recurso por este extremo.
TERCERO: 3.1. *La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere a errores o vicios in iudicando, esto es, cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o cuando se atribuye a una de derecho un significado equivocado. (Gaceta Judicial S XVI No. 2 páginas 340 y 356).*
3.2. Esta causal protege la ley sustantiva: *"...la causal primera, se anota que dicha causal contiene el vicio de violación de la ley sustantiva, que puede configurarse como su inaplicación, su aplicación equivocada o su errónea interpretación. La doctrina señala que la violación de la ley se presenta cuando "el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de la norma jurídica en vigor, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente (Calamandrei), o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta de la que corresponde. La violación puede ser, entonces, atinente a la ley como norma jurídica de carácter abstracto en cuanto a su existencia o contenido, o bien puede referirse al juicio individual relativo al caso concreto, por aplicación incorrecta del precepto a los hechos establecidos. En el primer caso, se trata de una errónea inteligencia de la ley, en el segundo, de una errónea apreciación jurídica del caso resuelto" (Fernando de la Rúa, El Recurso de Casación, Víctor P. de Zalvalía, Buenos Aires, 1968, P. 103). Registro Oficial No. 27 de 29 de febrero de 2000".*
3.3. La casacionista interpuso su recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación alegando que existe errónea interpretación de los artículos 217 literales a) y d) de la Ley

de Propiedad Intelectual, y 155 literales a), d), e) y f) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y falta de aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República; artículos 3, literal b), y 47 del Acuerdo de Integración Subregional Andino y los artículos 32 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, fundamentó su recurso en esta causal en los siguientes términos: *"Como es conocido, las marcas pueden ser gráficas, denominativas o mixtas en el presente caso, ORIENTAL INDUSTRIAL ALIMENTICIA O.I. CIA. LTDA, es titular de varias marcas mixtas, respecto de las cuales la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual ha concedido su registro, dado que en su conjunto son distintivas. Lo cual, no implica que se le hayan otorgado derechos de exclusividad aisladamente considerados respecto de ciertos componentes que integran el conjunto marcario, como los colores, diseños emblemáticos chinos, símbolos o caracteres chinos (equivocadamente referidos por la actora y el tribunal como letras del alfabeto chino) y que son de uso común. No obstante los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil pretenden que el ius prohibendi que nace de los artículos mencionados que implica la facultad del titular de una marca para impedir que terceros usen un signo idéntico o similarmente confundible, exceda su alcance y se aplique a supuestos en los que los únicos elementos similares o comunes entre las marcas en conflicto son justamente aquellos de uso común, genéricos o descriptivos; es decir atribuyendo derechos de exclusividad sobre componentes o elementos respecto de los que no caben derechos de exclusividad, desvirtuando así la razón de ser de las normas mencionadas, pues la correcta interpretación de estas normas es que los elementos de uso común, descriptivo o genéricos pueden y son usados libremente por cualquier agente económico dentro del mercado….el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, en el considerando CUARTO de la sentencia impugnada se limita a transcribir el numeral 2.6 arriba mencionada, sin realizar examen comparativo alguno...Lo anterior permite claramente concluir que la errónea interpretación de los artículos 217 a) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual y 155 a), d), c) y f) de la citada Decisión 486, así como la falta de aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República; artículos 3. literal b, y 47 del Acuerdo de Integración Subregional Andino y de los artículos 32 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, han influido en la parte dispositiva… ".*

3.3.1. Este Tribunal de Casación, observa que la sentencia de 2 de marzo de 2018, las 08h34 emitido por el Tribunal Distrital, motivó su falló: *"Obra del proceso de folios 4 a 9 y de 454 a 463, los Títulos Nros. 9379-01 y 9378-01 de fecha 13 de febrero del 2001, que contienen el registro de la MARCA DE PRODUCTO DISEÑO DE ETIQUETA ORIENTAL, de salsa china de soya y salsa de ají, con fecha de vencimiento 13 de febrero del 2011; así mismo los Títulos Nos. 2980-05, y 656 10, que contienen de igual manera el registro de la marca de producto DISEÑO DE ETIQUETA ORIENTAL, a foja 5, consta el Título No. 902-08 de 26 de septiembre del 2008, con el cual se registra el nombre comercial logotipo característico GRUPO ORIENTAL ECUADOR, con los cuales la accionante ha probado ser la propietaria de dichas marcas con las características detalladas en cada una de las etiquetas registradas ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual….De la revisión de las fotografías del diseño de etiquetas registradas por la ahora accionante así como de los títulos del registro del DISEÑO DE ETIQUETAS anteriormente mencionados, se puede distinguir con mucha claridad los colores, signos, símbolos entre otros que son de propiedad de la ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA CIA LTDA para proteger salsa china de soya y ají, clase internacional 30, las cuales le confieren su derecho al uso exclusivo en el mercado nacional y el derecho a ejercer el ius prohibendi frente a terceros que pretendan restar la fuerza distintiva de las marcas previamente registradas, siendo así, la actora ha probado ser la propietaria exclusiva del registro de marca DISEÑO DE ETIQUETA ORIENTAL; además del análisis de las etiquetas utilizadas por PRONACA para promocionar sus productos especialmente los relacionados con salsa china de soya y ají (fojas 456 a 459 y 591 a 602), se determina con claridad meridiana, la utilización de los mismos colores, diseños, signos y símbolos que fueron registrados previamente por la demandante en este caso ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA CIA LTDA. Al respecto el artículo 217 de la Ley de Propiedad Intelectual con mucha claridad dispone: "El registro de la marca confiere a su titular el derecho de actuar contra cualquier tercero que la utilice sin su consentimiento y, en especial realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, alguno de los actos siguientes: a) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca registrada, con relación a productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los cuales se la ha registrado, cuando el uso de ese*

signo pudiese causar confusión o producir a su titular un daño económico o comercial, u ocasionar una dilución de su fuerza distintiva. Se presumirá que existe posibilidad de confusión cuando se trate de un signo idéntico para distinguir idénticos productos o servicios; (...) d) Cualquier otro que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a lo previsto en los literales anteriores. El titular de la marca podrá impedir todos los actos enumerados en el presente artículo, independientemente de que éstos se realicen en redes de comunicación digitales o a través de otros canales de comunicación conocidos o por conocer." (EL RESALTADO ES FUERA DE TEXTO). El artículo 155 de la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial de LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, de la cual el Ecuador es miembro, determina lo que sigue: "Artículo 155.- El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos: a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos; (...) d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión; e) usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular; f) usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio." (el énfasis es del Tribunal), la norma supranacional es clara al precisar con exactitud el ius prohibendi al utilizar signos idénticos o similares a una marca notoriamente conocida respecto de un producto en este caso de salsa china de soya y ají, como ha sucedido en la especie y así lo reconoce tácitamente la demandada, cuando al contestar la demanda hace notar que utiliza en su productos salsa china de soya y ají, los colores y símbolos de las etiquetas registradas por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA C.A. cuando manifiesta que: " (...) en el presente proceso la Oriental fundamenta su acción alegando la supuesta confusión de sus marcas con las que utiliza Pronaca, donde se puede observar que la semejanzas existentes corresponden única y exclusivamente a elementos de uso común, genéricos, descriptivos con respecto de los cuales la Oriental no ostenta derecho alguno, como son el color rojo o anaranjado, para identificar ajíes, el color amarillo en diversidad de elementos, en figura geométrica de un rombo; (…) Bajo estas consideraciones, expuestas con mucha precisión por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se puede evidenciar con absoluta nitidez, que en este caso, la demandada PRONACA C.A. , en sus productos salsa china de soya y salsa de ají, ha utilizado signos distintivos idénticos y semejantes sobre los envases de sus productos, a los legalmente registrados por la ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA C.A; es evidente que PRONACA C.A. en su producto GUSTADINA SALSA CHINA comercializó en primera instancia su producto con una etiqueta roja, la misma que posteriormente ha sido modificada, utilizando indebidamente los mismos colores, gráficos y otros elementos de la marca SALSA CHINA DE SOYA ORIENTAL, asi mismo, en el producto GUSTADINA AJÍ PICA RICO cuya etiqueta es idéntica a SALSA DE AJÍ ORIENTAL de propiedad de la ahora accionante, como así lo precisa en su informe pericial la Eco. Cecilia Bohórquez cuando señala: "PRONACA comercializaba el producto SALSA CHINA bajo una etiqueta roja hasta junio del 2009 así como también el producto AJÍ (...) PRONACA en julio del 2009 realiza el lanzamiento de sus productos ají Pica Rico y salsa china Gustadina con las siguientes etiquetas (objeto del juicio). En noviembre del 2010, se retiran del mercado todo el producto con las etiquetas antes mencionadas. En febrero del 2011 hacen el relanzamiento de las dos categorías con un cambio de imagen apoyado por inversión en publicidad" (foja 862 y 863); por tanto, y sin lugar a dudas, existió la posibilidad de riesgo de confusión al público consumidor, tomando en consideración que para estos casos, no es necesario que se dé la confusión o la asociación, sino basta con que exista la posible confusión, tal como así lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de la Interpretación Prejudicial No. 606-IP-2016".

3.3.2. De lo apreciado por esta Sala Especializada, puede concluir que el juzgador realiza una correcta interpretación de la normativa invocada, artículos

217 literal a) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual, así como el artículo 155 literales a), d), e) y f) de la Decisión 486, con la cual llega a la conclusión, que comparte este Tribunal de Casación al indicar*: "puede evidenciar con absoluta nitidez, que en este caso, la demandada PRONACA C.A. , en sus productos salsa china de soya y salsa de ají, ha utilizado signos distintivos idénticos y semejantes sobre los envases de sus productos, a los legalmente registrados por la ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA C.A; es evidente que PRONACA C.A. en su producto GUSTADINA SALSA CHINA comercializó en primera instancia su producto con una etiqueta roja, la misma que posteriormente ha sido modificada, utilizando indebidamente los mismos colores, gráficos y otros elementos de la marca SALSA CHINA DE SOYA ORIENTAL, así mismo, en el producto GUSTADINA AJÍ PICA RICO cuya etiqueta es idéntica a SALSA DE AJÍ ORIENTAL de propiedad de la ahora accionante",* por lo que no se verifica la errónea interpretación y falta de aplicación invocada por la casacionista al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que no procede el recurso de casación por los cargos alegados.

3.4. El Casacionista también fundamentó su recurso de casación, por la primera causal del artículo 3 de la Ley de Casación con los alegatos de errónea interpretación del artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual y 243 de la decisión 486, fundamentándolo de la siguiente manera: *"..El primer yerro del Tribunal consiste en interpretar erróneamente los criterios de valoración de los "beneficios" y aplicarlos copulativamente o sumar los distintos criterios, duplicando así un mismo valor….El segundo yerro del Tribunal consiste en interpretar erróneamente como "beneficio" al valor de ventas realizadas por Pronaca; cuando en realidad el "beneficio" como sinónimo de utilidad es bastante distinto y más comprehensivo que la simple venta..."*

3.4.1 Al respecto, el Tribunal de Instancia, en su sentencia señaló: *"No obstante de ello, corren de las tablas procesales además, el escrito de aclaración al informe pericial tal como consta de fojas 1320 a 1333, de la experticia realizada por los peritos es fácil deducir el incremento que obtuvo la empresa PRONACA C.A. , durante el tiempo que comercializó los productos salsa china de soya y salsa de ají con la utilización de las etiquetas de igual característica y similitud que su competidora en este caso la Compañía ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A Cia Ltda (julio del 2009 a diciembre del 2010) y desde la fecha de su nueva y propia etiqueta en febrero del 2011; en este caso en el informe pericial realizado a la compañía PRONACA C.A, la Eco. Cecilia Bohórquez, en su análisis, se puede colegir que a julio del 2009, cuando la demandada empezó a utilizar las mismas etiquetas que la accionante en el producto AJÍ PICA RICO, vendía una cantidad de 217 unidades, mientras que desde agosto del 2009 a diciembre del 2010 en el que utilizó la etiqueta similar y hasta febrero del 2011, en que se realiza el lanzamiento de otra etiqueta, su promedio de venta en ese producto es de 60.000 unidades, resaltando que a febrero del 2011 vendió la cantidad de 101.002 unidades, situación similar sucede en el producto Salsa de Soya a junio del 2009, vendió la cantidad de 6.314 unidades, a diciembre del 2010 31.773 unidades y a febrero del 2011, 75.866 unidades, considerando que hasta esa fecha se mantuvo la misma etiqueta, de lo expuesto es notorio el incremento a su favor de ventas que obtuvo la accionada en esos productos, datos que coinciden con el peritaje realizado por el Eco. Jhon Paul Flores Mata a la Compañía PRONACA C.A. Del análisis al informe pericial realizado a la contabilidad de la actora en este caso la Compañía ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA Cia Ltda., realizado por la Eco. Cecilia Bohórquez, es fácil constatar que en el producto Salsa de Ají, Oriental en julio del 2009 vendía 382.000 unidades y a febrero del 2011 vendió 340.000 unidades, lo que significa que durante el tiempo que la accionada utilizó este producto con una etiqueta de similares características, la actora no obtuvo crecimiento en sus ventas, situación similar ocurre con el producto Salsa China de Soya Oriental, deduciendo que mientras la demandada incrementaba sus ventas en estos dos productos, la demandante no obtuvo crecimiento en los mismos, resultado que así mismo coincide con la experticia realizada por el Eco. Jhon Paul Flores, perito designado en la especie. Se ha demostrado también con el informe pericial que la actora ha invertido fuertes cantidades de dinero en publicidad y mercadeo en sus productos desde que hizo su lanzamiento al mercado logrando posición en el mismo, además de la infraestructura realizada para su producción, lo que le permite al Tribunal tener los elementos suficientes para realizar una cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados. En este caso conforme la experticia realizada a la contabilidad de las partes procesales, se establece la compañía ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA Cia Ltda, durante el tiempo en que la demandada PRONACA C.A. comercializó los productos salsa china de soya y salsa de ají con la utilización de etiquetas de igual*

característica y similitud, sufrió pérdidas por $ USD 339,273.89, en el decrecimiento de la venta de sus productos y por los valores utilizados en publicidad, mercadeo e inversión en obras de infraestructura realizada para la producción en esas dos categorías; mientras que, la compañía demandada, PRONACA C.A. durante el tiempo que utilizó etiquetas de igual característica y similitud que su competidora ORIENTAL Cia Ltda., obtuvo beneficios en la venta de sus productos por USD $561,810.00. Por lo que el Tribunal Distrital, dispuso: "En Relación al reclamo de indemnización de daños y perjuicios, éste Tribunal determina en base a los informes periciales realizados, los principios establecidos en el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, las normas de Interpretación Judicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para la especie; y en base a los elementos indicados en los informes periciales realizados en la presente causa, establece como daños y perjuicios ocasionados, relacionado al daño emergente y lucro cesante en la cantidad de NOVECIENTOS UN MIL OCHENTA Y TRES DÓLARES CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD $ 901,083.85) que se obtienen de los beneficios que el titular de la marca hubiese obtenido de no haberse producido la violación en consideración a que sus ventas no se incrementaron por cerca de dos años; los beneficios obtenidos por la compañía infractora al utilizar etiquetas similares de una marca legalmente registrada, por cerca de dos años, donde se ha demostrado que hubo un incremento significativo en sus ventas como consecuencia de la competencia desleal en la que incurrió y los gastos realizados por publicidad, mercadeo e inversiones en infraestructura física".

3.4.2 Esta Sala Especializada, tampoco observa que el Tribunal de Instancia, haya violentado el artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, por cuanto aplica lo dispuesto en dicha norma que señala que la indemnización de daños y perjuicios comprende las pérdidas sufridas y el lucro cesante, causadas por la infracción, tomando en consideración los *"beneficios que el titular hubiese obtenido de no haberse producido la violación, los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación; El precio, remuneración o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados; y, Los gastos razonables, inclusive honorarios profesionales, incurridos por el titular con relación a la controversia".* De igual manera, este Tribunal de Casación, observa que se aplica el artículo 243 de la Decisión 486, por lo que la interpretación realizada por el Tribunal Distrital es correcta y el valor establecido por daños y perjuicio, daño emergente y lucro cesante es acorde a lo dispuesto en la normativa antes invocada y calculada de manera pericial, por lo que se niega el recurso de casación por este extremo y por estos cargos.

CUARTA: 4.1. La causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, dispone: *"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".*

4.2. Sobre la causal tercera alegada por la casacionista, es necesario indicar que la jurisprudencia que consta en la Resolución No. 236, E.E. 117, 11-II-2011, Colección de Jurisprudencia 2009-II. Ediciones Legales Edle, septiembre 2011, pág. 381, considera que: *"para que prospere un recurso fundado en la causal tercera, es imprescindible que el recurrente: a) identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; b) establezca la norma o norma de tasación o procesales que estima infringidas; c) demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; d) señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente y la manera en que esto último se ha producido"*

4.3. Augusto Morello, en su libro La Casación un modelo intermedio eficiente, Edit. Abeledo Perrot, 2da. Ed. Buenos Aires, Argentina, págs. 32-36, nos menciona: "*Porque la apreciación probatoria es materia que, por lo general, no gusta a los jueces de Casación, que tiende 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 a resultados insostenibles (absurdos 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 intermedio eficiente".*

4.4. La casacionista al fundamentar su recurso, por esta causal menciona: *"El precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba que no ha sido aplicado, es el de la valoración de la prueba en su CONJUNTO, es decir el principio de la unidad de la prueba contenido en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil..." Es necesario indicar que, respecto de las reglas de sana crítica, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos: "El artículo 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se encuentran consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que se lo pueda citar como infringido."* (Gaceta Judicial S XVI No. 4 página 895) (el énfasis nos pertenece). Es decir que el casacionista al fundamentar la causal tercera, lo hace de forma ligera y menciona la "sana crítica" y se dedica atacar a la valoración de la prueba en "CONJUNTO", sin lograr demostrar razonadamente y jurídicamente la manera como el Tribunal de Instancia incurrió en la infracción acusada, pues su sola inconformidad no basta para el recurso progrese. De lo expuesto, no se demuestra jurídicamente en que forma el Tribunal Contencioso, infringió el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, más aún como se ha dicho de la jurisprudencia, las reglas de la sana crítica no se encuentran establecidas en ningún precepto legal concreto para pretender el casacionista invocar su infracción por lo que se niega el recurso por este extremo. Sin que sea necesario más consideraciones **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, 1)** Niega el recurso de casación interpuesto por el doctor Carlos Alberto Arroyo del Río, en calidad de apoderado y procurador judicial de PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS, PRONACA C.A., en contra de la sentencia de 2 de marzo del 2018, las 08h34 expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil. **2)** Sin costas. 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, publíquese y devuélvase.-**

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

VOTO SALVADO
Juicio No. 09801-2011-0118
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, jueves 27 de junio del 2019, las 10h32.

VISTOS: PRIMERO.- Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, emito mi voto salvado, dado que estoy en desacuerdo con el análisis realizado en todo el punto 3.4, toda vez considero que los Jueces Distritales si cometieron una errónea interpretación, dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, del artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), el cual señala que: *"Art. 303.- La indemnización de daños y perjuicios comprenderá las pérdidas sufridas y el lucro cesante, causadas por la infracción de daños y perjuicios comprenderá las pérdidas sufridas y el lucro cesante, causadas por la infracción. La cuantía de los ingresos no obtenidas, se fijará teniendo en cuenta entre otros, los siguientes criterios: a) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación; c) El precio, remuneración o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados; y d) Los gastos razonables, inclusive honorarios profesionales, incurridos por el titular con relación a la controversia.*

SEGUNDO. - En su recurso de casación, en el punto 4.2.2, PRONACA C.A. sostiene con relación a la causal primera que: *"El primer yerro del Tribunal consiste en interpretar errónea los criterios de valoración de los "beneficios" y aplicarlos copulativamente o sumara los distintos criterios, duplicando así un mismo valor, lo que evidentemente*

genera una cuantía exorbitante que excede del presunto perjuicio, violentando por lo tanto el principio fundamental de toda indemnización en el derecho ecuatoriano como es el "resarcitorio", el procurar restituir al afectado el daño causado dejándolo en la misma situación anterior a la infracción, como si el daño no hubiese ocurrido, más no el generar un lucro o beneficio económico adicional en virtud de una sobrecompensación: es decir, la compensación debe ser directamente proporcional al perjuicio causado (siempre que se demuestre y pruebe el nexo causal entre el daño y la conducta del infractor). Se observa que dos de los criterios que se pueden tener en cuenta para la cuantificación del lucro cesante (ingresos no obtenidos en palabras de la LPI en su art. 303) son: a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido de no haberse producido la violación y b) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación (…) ***El segundo yerro del Tribunal consiste en interpretar erróneamente como "beneficio" al valor de ventas realizadas por Pronaca; cuando en realidad el "beneficio" como sinónimo de utilidad es bastante distinto y más comprehensivo que la simple venta*** *(podría por ejemplo incluir el aumento de posicionamiento en un mercado), por lo tanto, para cuantificar correctamente este beneficio, es preciso conocer y aplicar* técnicas contables muy específicas, ninguna de las cuales ha sido aplicada por el tribunal", (Lo resaltado me corresponde).

TERCERO.- 3.1.- De la sentencia de instancia, como bien se la transcribe en el punto 3.4.1, se aprecia con claridad que los Jueces Distritales acumularon los parámetros señalados en los literales a) y b) del artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, esto es por un lado el valor de USD/. 339.273,89 y por otro USD/. 561.810,00, obteniendo un valor indemnizatorio de USD/. 901.083.85, lo cual ha criterio de este Juez Nacional no es factible.

3.2.- Al respecto autoriza doctrina jurídica marcaria, con la cual este juez nacional está de acuerdo, nos dice que: "*ciertamente, la fijación del lucrum cessans originado por la infracción del derecho de exclusiva sobre la marca es una prueba irrefutable y precisa del lucrum cessans, y, por otra parte, otorgar al demandante una indemnización basada en ganancias desmesuradas e imaginarias. Tal vez por esta razón el apartado 2 del artículo 38 de la Ley de Marcas proporciona a los tribunales tres criterios para evaluar el quatum de las ganancias dejadas de obtener por el titular de la marca infringida; a saber: a) Los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación: b) los beneficios que haya obtenido el infractor por consecuencia de la violación: c) y el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una hipotética licencia. Es innegable que los subapartados b) y c) del apartado 2 del art. 38 de la Ley de Marcas enuncia módulos que –en rigor- son propios de una acción de enriquecimiento injustificado y no de una acción que tiene por objeto la indemnización del lucrum cessans. Mas es indudable asimismo que conforme a lo establecido por el apartado 2 del art. 38, el titular de la marca infringida que entabla la actio indemnización de daños y perjuicios, tiene la facultad de elegir cualquiera de los módulos fijados por los subapartados a), b) y c) del art. 38.2 a la hora de reclamar el resarcimiento del lucrum cessans. (…) Aun cuando el titular de la marca infringida no hubiese requerido fehaciente al infractor y con independencia de que éste hubiese actuado o no de manera culposa o negligente, el titular de la marca infringida podrá entablar la acción de enriquecimiento injustificado prevista por el art. 18 de la Ley de Competencia Desleal de 1991. Al ejercitar este actio, el titular de la marca infringida puede reclamar al infractor bien la devolución del enriquecimiento negativo (damnun cessans) experimentado por el infractor (sub 2)".* Carlos Fernández Novoa, *Tratado sobre Derecho de Marcas* (Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001), 404-405, 408-409. (Lo resaltado me corresponde).

CUARTO. - 4.1.- Por tanto en la sentencia impugnada se da a los numerales a) y b) del artículo 303 de la LPI un enlace equivocado, dado que los mismos no son acumulables, sino que son distintos criterios o parámetros que el accionante puede elegir entre ellos, o el Tribunal aplicar uno de ellos, a efecto de calcular la indemnización de daños y perjuicios dependiendo de la pruebas aportadas y la dificultad de cuantificar la indemnización en el caso concreto, pero evidentemente sumar los dos parámetros implicaría una sobrecompensación como bien lo alega la empresa casacionista al señalar el primer yerro.

4.2.- Respecto del segundo yerro que se menciona, considero que no es tal en el caso que nos ocupa, pues, aunque contable y tributariamente el "beneficio como sinónimo de utilidad es bastante distinto y más comprehensivo que la simple venta ", ello tendría otra categorización para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios en materia de propiedad intelectual y entender el enlace que tiene el literal b) del artículo 303 LPI, pues como bien nos enseña también autoriza doctrina

marcaria, con la cual este juez nacional también está de acuerdo: *"Estrictamente, el elemento probatorio central para acreditar los daños y perjuicios sufridos por el titular de la marca no es el monto de utilidades obtenidas por el infractor, sino la magnitud de sus ventas y el cómputo del margen bruto que cabe obtener de tales ventas en una operación normal. Así, el infractor no podrá liberarse de su responsabilidad si su explotación ha sido ineficiente y en consecuencia no rentable. Deberá tenerse en cuenta el margen bruto y no el neto pues el desvío de ventas implica que el titular de la marca hace frente a iguales costos fijos con un monto menor de ventas.* "Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Derecho de Marcas. T.2. 2ed. (Buenos Aires: Ed. Heliasta. 2003), 230. **Por todo lo anterior, considero que: se debería casar parcialmente la sentencia impugnada,** aceptándose únicamente la errónea interpretación del artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, **y en consecuencia se debería modificar el valor indemnizatorio de USD/. 901.083.35** obtenido por el Tribunal Distrital y mencionado en la parte resolutiva de la sentencia impugnada., **debiéndose más bien tomar únicamente el valor más alto de USD/. 561.810.00** que tiene relación a lo preceptuado en el artículo 303 literal b) de la Ley de Propiedad Intelectual, valor éste que PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS PRONACA C.A. deberá pagar a ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CÍA. LTDA. **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

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

ACLARACIÓN

Juicio No. 09801-2011-0118

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

Quito, martes 23 de julio del 2019, las 12h37.

(09801-2011-0118) El Dr. Carlos Alberto Arroyo Del Río V., en calidad de apoderado y Procurador Judicial de Procesadora Nacional de Alimentos PRONACA C.A., solicita a esta Sala la aclaración de la sentencia de mayoría emitida el 27 de junio de 2019, las 10h32; con tal requerimiento se corrió traslado a la parte contraria, la misma que manifiesta: *"…Toda vez que la sentencia emitida el día 27 de junio de 2019, se encuentra debidamente motivada conforme lo exige la Constitución en su artículo 76 numeral 7 literal I) y es clara en su análisis así como en su parte resolutiva no hay nada que aclarar sobre lo solicitado por PRONACA y solicito de la manera más respetuosa que la Sala Especializada se pronuncie en ese sentido y rechace el recurso horizontal de aclaración propuesto por la casacionista…".*

Para resolver lo pertinente se considera:

PRIMERO: El Art. 281 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que: "El Tribunal no puede revocar ni alterar, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días".

SEGUNDO: Aclarar consiste en explicar o despejar los puntos dudosos. Procede, entonces, cuando estuviese redactado en términos ininteligibles, de comprensión dudosa, mientras que la ampliación procede cuando no se hubieren resuelto los puntos de la controversia o exista omisión de la decisión sobre las costas procesales; en el caso que nos ocupa el peticionario señala que: *"(…)ACLARE en base a qué consideraciones y análisis de las normas de competencia vigentes al momento en que se presentó la demanda, el Tribunal de Casación llega a la conclusión de que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil era competente para conocer la demanda en cuestión; ya que no existe análisis o pronunciamiento alguno de parte de esta corte al respecto, sino que simplemente se limitó a transcribir citas textuales de la sentencia del Tribunal de Instancia, sin analizar ni explicar de forma alguna la pertinencia de su aplicación conforme lo exige el articulo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución; (…) ACLARE la sentencia a efectos de pronunciarse respecto de cuáles fueron las consideraciones que tomó en cuenta el Tribunal para que se llegue a la conclusión de existió una correcta interpretación de la normativa invocada, cuando del proceso consta la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 606-IP-2016 emitida para este proceso, que*

evidencian una interpretación distinta, del art. 155 de la Decisión 486, a la adoptada por el Tribunal de Instancia; ()ACLARE la sentencia y se señalen las consideraciones que han conllevado a que el Tribunal de Casación establezca que no hay una falta de aplicación de los artículos en cuestión, caso contrario, se estaría vulnerando la garantía del debido proceso recogida en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución; (…)ACLARE las razones o motivos por los cuales el Tribunal de Casación ha considerado que la interpretación de dichos artículos, efectuada en su momento por el Tribunal Distrital ha sido la adecuada. Esto, dado que, el Tribunal de Casación nuevamente se limita a transcribir fragmentos de la sentencia, sin analizar ni explicar de forma alguna por qué es adecuado o correcto la aplicación copulativa de dos de los distintos criterios de valoración de daños y perjuicios establecidos por la normativa en cuestión; como sí se lo hace en el Voto Salvado; (…)ACLARE cómo el Tribunal de Casación concluye "que el casacionista al fundamentar la causal tercera, lo hacedeforma ligera y menciona la "sana crítica" y se dedica a atacar a la valoración de la prueba en conjunto'" pese a que mi mandante en ningún momento hace mención o referencia alguna a la sana crítica! (…)"; de lo manifestado por el recurrente se desprende que las peticiones realizadas no contienen ningún punto tendiente a que se aclare, sino que se pretende una revalorización de los hechos que ya fueron objeto de análisis por parte de este Tribunal.

TERCERO: El fallo recurrido a lo largo de los considerandos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO realiza un análisis exhaustivo de las causales alegadas por el recurrente, detallándolas individualmente y señalando los motivos por los cuales no pueden progresar, tal es así que con respecto a la causal segunda se señala*: "…Al respecto es necesario señalar, que el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, radicó su competencia mediante auto de 28 de enero de 2011, atento al auto inhibitorio del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito en razón del domicilio del accionante por disposición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. Por lo que este Tribunal de Casación no encuentra mérito para casar la sentencia con cargo al artículo 2 de la Ley de Casación, más aún si el conflicto de competencia en razón de territorio ya fue dilucidado, por lo que niega el recurso por este extremo…"*; *con respecto a la causal primera:* "…De lo apreciado por esta Sala Especializada, puede concluir que el juzgador realiza una correcta interpretación de la normativa invocada, artículos 217 literal a) y d) de la Ley de Propiedad Intelectual, así como el artículo 155 literales a), d), e) y f) de la Decisión 486, con la cual llega a la conclusión, que comparte este Tribunal de Casación al indicar: "puede evidenciar con absoluta nitidez, que en este caso, la demandada PRONACA C.A. , en sus productos salsa china de soya y salsa de ají, ha utilizado signos distintivos idénticos y semejantes sobre los envases de sus productos, a los legalmente registrados por la ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA C.A; es evidente que PRONACA C.A. en su producto GUSTADINA SALSA CHINA comercializó en primera instancia su producto con una etiqueta roja, la misma que posteriormente ha sido modificada, utilizando indebidamente los mismos colores, gráficos y otros elementos de la marca SALSA CHINA DE SOYA ORIENTAL, así mismo, en el producto GUSTADINA AJÍ PICA RICO cuya etiqueta es idéntica a SALSA DE AJÍ ORIENTAL de propiedad de la ahora accionante", por lo que no se verifica la errónea interpretación y falta de aplicación invocada por la casacionista al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que no procede el recurso de casación por los cargos alegados…"; así mismo en lo referente a la causal tercera se señala: *"…el casacionista al fundamentar la causal tercera, lo hace de forma ligera y menciona la "sana crítica" y se dedica atacar a la valoración de la prueba en "CONJUNTO", sin lograr demostrar razonadamente y jurídicamente la manera como el Tribunal de Instancia incurrió en la infracción acusada, pues su sola inconformidad no basta para el recurso progrese. De lo expuesto, no se demuestra jurídicamente en que forma el Tribunal Contencioso, infringió el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, más aún como se ha dicho de la jurisprudencia, las reglas de la sana crítica no se encuentran establecidas en ningún precepto legal concreto para pretender el casacionista invocar su infracción por lo que se niega el recurso por este extremo…".*

CUARTO: Conforme lo demostrado en líneas anteriores este Tribunal de Casación, en el fallo recurrido, analizó con claridad, exactitud y de manera completa el recurso de casación presentado por la Compañía Procesadora Nacional de Alimentos PRONACA S.A., por tanto el contenido del fallo es lo suficientemente explícito, claro e inteligible que no cabe duda respecto a la decisión adoptada; tal es así que Oriental Industria Alimenticia al

contestar el traslado con el pedido de aclaración señala: *"...Pretende alterar el sentido de la sentencia, cuestión que está prohibida expresamente en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que lo que busca el peticionario es un nuevo pronunciamiento de la Sala, sobre las razones que tuvo el Tribunal para negar la causal, a pesar de que sí existe dicho razonamiento en el fallo. Adicionalmente, la aclaración solo cabe cuando uno o varios puntos de la sentencia están obscuros y en esta causal se ha determinado con mucha claridad porqué la competencia en el juicio se radicó en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No2 y es precisamente es porque el daño a mi representada ocurrió en todo el territorio nacional. Consecuentemente no existe nada que aclarar por parte del Tribunal de Casación…"*. Por otro lado de la revisión in extenso de las solicitudes manifestadas por el peticionario, se verifica que únicamente exteriorizan su desacuerdo con el contenido del fallo recurrido. Por lo expuesto y sin más consideraciones que realizar, se rechazan las peticiones de aclaración presentadas por el Dr. Carlos Alberto Arroyo Del Río V., en calidad de apoderado y Procurador Judicial de Procesadora Nacional de Alimentos PRONACA C.A..- El Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional, firma por obligación legal el presente auto, al haber emitido voto salvado disidente.- **Notifíquese, cúmplase y devuélvase.-**

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

IV

Casación Nro. *17811-2017-00144*
Resolución Nro. *634-2019*
Fecha: *16 de octubre de 2019, las 10h44*

TEMA: Fijación de tarifas de uso del espectro radioeléctrico. Los usuarios de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa de acuerdo con las normas aplicables, y no es admisible ninguna modalidad de redondeo, pues el artículo 22 del reglamento de derechos de concesión y uso de frecuencias del espectro radioeléctrico establece, además, la fórmula para el cálculo de la tarifa mensual para la prestación del servicio fijo por satélite.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El procurador judicial de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT EP, comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y, mediante recurso de plena jurisdicción o subjetivo, demanda a la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL y al Procurador General del Estado, con la pretensión de que el mencionado Tribunal Distrital, en sentencia, acepte el recurso propuesto y anule la resolución emitida por el delegado de la Directora Ejecutiva de la ARCOTEL, que niega el reclamo administrativo formulado por CNT EP respecto del oficio en el que la demandada le comunica la actualización de la red satelital y el detalle de los valores a cancelarse por tarifa de uso del espectro radioeléctrico, por cada una de las sub redes registradas; y, del oficio en el que se señala el ancho de banda asignada a la Corporación accionante y la fórmula para el cálculo de la tarifa mensual del Servicio Fijo por Satélite, que introduce un criterio de redondeo en múltiplos de 25 KHz; oficios que responden a la solicitud de CNT EP, de que se reliquide los valores cobrados en exceso y se considere la fórmula de cálculo establecida en el artículo 22 del Reglamento de Derechos de Concesión y Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico ya que, al ser distinta a la prevista en dicha norma, le ocasiona un perjuicio económico considerable.- La ARCOTEL explica las razones técnicas para la aplicación de la fórmula de la referencia e indica que ésta tiene sustento normativo e incluso supranacional, por lo que, según afirma, los argumentos expuestos en la demanda no tienen asidero jurídico y deberán ser rechazados por improcedentes, a cuyo efecto deduce como excepción previa la de caducidad y como excepciones de fondo: falta de legitimación de la parte actora de la causa, en los hechos de su pretensión y en las afirmaciones; error en el fondo de proponer la demanda, puesto que la actora de la causa pretende la anulabilidad de tres actos administrativos, sin fundamentar su solicitud en argumentos viables en derecho; y, legitimidad y legalidad de los actos administrativos impugnados, y solicita que en sentencia se ratifique su validez y eficacia.- El Tribunal de instancia considera, en lo principal, que los oficios referidos dieron lugar, precisamente, a la reclamación administrativa formulada por parte de CNT EP, que culminó con la expedición de la resolución impugnada, en cuya virtud se verifica que tales oficios adquirieron firmeza con la expedición de la mentada resolución y que según la relación de fechas de los oficios y la resolución impugnados, no ha operado la caducidad; estima, también, que no se produce la excepción

de falta de legitimación y la desecha; y, por último considera que el establecimiento de la tarifa mensual por prestación del servicio fijo por satélite, no está previsto en la norma del artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, por lo que ARCOTEL lo ha hecho en inobservancia del principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, en el cual la administración pública debe enmarcar todas sus actuaciones y que si bien el artículo 54 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones le faculta otorgar las tarifas por el uso y explotación del recurso, las mismas deben fijarse de conformidad con el Reglamento que a tal efecto dicte la ARCOTEL, así como también del derecho a la seguridad jurídica consagrado en la Constitución, sin que haya fundamento legal para haber efectuado la aproximación a 25 KHz para la facturación mensual por uso de la red satelital, inobservado las normas constitucionales y legales relativas a la motivación, que ha dado lugar a la expedición de actos con evidente vicio de nulidad, lo que genera en favor del accionante el derecho a ser resarcido del exceso de la tarifa en la que no se debió considerar el redondeo a 25 KHz por el Servicio Fijo Satelital y que no debió ser sufragado por CNT EP sino únicamente dentro de los parámetros de la fórmula establecida en el artículo 22 del Reglamento tantas veces mencionado, cuya aplicación corresponde a la administración demandada, no por una insinuación judicial sino en acatamiento del principio de legalidad, por lo que resulta improcedente conceder la pretensión del actor en lo atinente a que el Tribunal disponga la aplicación de dicha fórmula de manera taxativa, cuando la misma debe ser el resultado de su aplicación objetiva por parte de la entidad demandada. Con tales consideraciones, el Tribunal de instancia acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad de la resolución y de los oficios impugnados y, en consecuencia, dispone que se proceda a liquidar los valores cobrados en exceso a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT desde el mes de noviembre de 2015 hasta la ejecución de la sentencia, periodo desde el cual se iniciaron los pedidos de la CNT anteriormente señalados.

SÍNTESIS DE CASACIÓN

El delegado para el Patrocinio y Coactivas y el procurador judicial de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL, con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por considerar que se ha incurrido en errónea interpretación del artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, deducen 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 procurador judicial de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT EP, en contra de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, ARCOTEL y del Procurador General del Estado. El fallo en mención, acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad de los actos administrativos contenidos en la resolución y en los oficios impugnados y, en consecuencia, dispone que se proceda a liquidar los valores cobrados en exceso a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT, desde el mes de noviembre de 2015 hasta la ejecución de la sentencia, periodo desde el cual se iniciaron los pedidos de dicha Corporación.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia considera, en lo principal, que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT, EP, fue autorizada legalmente para el uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio fijo por satélite por estación terrena, por lo que tiene la calidad de usuaria del mismo, y que el número 8 del artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso

de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico establece el derecho de los usuarios," A la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa, de acuerdo con las normas aplicables;' no es admisible ninguna modalidad de redondeo', norma que" … establece la fórmula para el cálculo de la tarifa mensual para la prestación del servicio fijo por satélite, sin que en ninguna de sus partes prevea el redondeo para su cobro, por lo que no cabe que por una pretendida costumbre de los proveedores de segmento espacial de realizar redondeos en múltiplos de mayor valor, ARCOTEL también haga lo mismo, siendo por tanto improcedente se cobre redondeo por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, por lo que no se demuestra por parte del recurrente la existencia de errónea interpretación en la sentencia del artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico.". En tal virtud, rechaza el recurso interpuesto.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17811-2017-00144

Juez Ponente: Dr. Pablo Tinajero Delgado

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

Quito, miércoles 16 de octubre del 2019, las 10:44.

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 la Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; y la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; **b)** 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; **c)** el 29 de enero de 2019 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 Procesos (COGEP), así como del acta de sorteo efectuando el 29 de enero de 2019, por lo que se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Con sentencia de 04 de diciembre de 2017, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No 17811-2017-00144, deducido por el Procurador Judicial de la Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP en contra de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) y de su Delegado, así como en contra del Procurador General del Estado, resolvieron: "*se acepta parcialmente la demanda presentada por la empresa actora CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES EP, y se declara la nulidad de los actos administrativos recurridos, estos son, la Resolución No. ARCOTEL-2016-0698 de 29 de septiembre de 2016, emitida por el Delegado de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL: así como de los Oficios No. ARCOTEL-DRE-2016-304-OF de 11 de marzo de 2016 y ARCOTEL-DRE-2016-0519-OF de 05 de mayo de 2016; y, en consecuencia, proceda a realizar la liquidación de valores cobrados en exceso a la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICANONES CNT EP desde el mes de noviembre de 2015 hasta la ejecución de la presente sentencia, periodo desde el cual se iniciaron los pedidos de la CNT anteriormente señalados*".

1.2.- Con escrito presentado el 07 de diciembre de 2017, el Delegado para el Patrocinio y Coactivas y el Procurador Judicial de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), solicitaron la aclaración y ampliación de la referida sentencia.

1.3.- Con auto de 19 de diciembre de 2017, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito negaron la indicada solicitud de aclaración y ampliación.

1.4.- El Delegado para el Patrocinio y Coactivas y el Procurador Judicial de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), con escrito presentado el 28 de diciembre de 2017, interpusieron recurso de casación en contra de la referida sentencia, con fundamento en el caso cinco del artículo 268 de Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

1.5.- Con auto de 21 de enero de 2019, el Conjuez Nacional admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

1.6.- Con auto de sustanciación de 20 de mayo de 2019, a las 16h40, el Juez ponente convocó para el día 17 de septiembre de 2019, a las 15h00, para que se desarrolle la audiencia prevista en el artículo 272 de Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Por cuanto las partes de mutuo acuerdo solicitaron el diferimiento de la audiencia inicialmente fijada para el 21 de mayo de 2019, cumpliendo con los requisitos establecidos en el último inciso del artículo 293 del COGEP.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Delimitación del problema jurídico a resolver. – El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia expedida el 04 de diciembre de 2017 por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2017-00144, deducido por el Procurador Judicial de la Empresa Publica Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP en contra de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) y su Delegado, así como en contra del Procurador General del Estado, adolece del vicio acusado por los recurrentes, por el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en cuanto a la errónea interpretación en la sentencia impugnada del artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico.

2.2.- Audiencia de casación. – En el día y hora fijados para el efecto se instaló la audiencia de casación a la que compadecieron los procuradores judiciales del recurrente y de la parte actora, debidamente facultados, así como sus defensores técnicos. El defensor técnico de la recurrente identificó la sentencia impugnada, y expuso la argumentación del recurso, requerido se la case. El defensor técnico de la parte demandada 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 Especializada pronunció su resolución, rechazando el recurso interpuesto, por lo que corresponde emitir la sentencia escrita motivada, conforme los términos expuestos a continuación:

2.3.- En cuanto a los argumentos de la recurrente. – Está Sala Especializada, con el objeto de pronunciarse, considera los siguiente: **2.3.1)** El recurrente transcribe el numeral 9.3 del considerando noveno del fallo impugnado, y parcialmente el numeral 9.4 del mismo considerando, y señaló que los jueces del Tribunal de instancia interpretaron erróneamente el artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por el Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, en el sentido de que existe una diferencia entre el ancho de banda calculado y el ancho de banda asignado, correspondiendo a la ciencia determinar las fórmulas técnicas para el cálculo del ancho de la banda, y a la práctica generalizada de los operadores de satélites de redondear el valor calculado que asignan a todos los operadores de telecomunicaciones a nivel mundial, incluido CNT EP, es decir, dan un ancho de banda mayor al calculado, factor de redondeo de 25 kHz, qué a pesar de no contestar tabulado, ha sido empleado desde la promulgación de este reglamento en el año 2003, sin que como indicó, exista redondeo por parte de ARCOTEL; **2.3.2)** señaló además en la audiencia de casación que al expedirse el citado Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por el Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico en el año 2003, y en vigencia de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, el Ecuador se encontraba dentro de lo que se denomina cómo libre mercado, y que no cobrar por el redondeo que realizan los dueños de los satélites representaría un enorme perjuicio para el estado ecuatoriano; **2.3.3)** el texto del fallo impugnado transcrito por el recurrente señala: *"**9.3**. El artículo 22 de Reglamento Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, que contiene la fórmula con la cual se efectúa el cálculo de tarifa mensual para*

la prestación del servicio fijo por satélite, establece: "Art.22.- El cálculo de la tarifa mensual por estación terrena para la prestación del servicio fijo por satélite, por cada portadora se determina el acuerdo con la ecuación 7: T(U$$)=Ka*a7*B7*AFS(Ec.6): Donde: T(U$$)=Tarifa mensual en dólares de los Estados Unidos de América, por estación terrena: Ka=Factor de ajuste por inflación: a7=Coeficiente de valoración del espectro del servicio, fijo por satélite (De acuerdo a la tabla 1, anexo 6); B7= Coeficiente de corrección para el servicio fijo por satélite: FS=Factor del servicio fijo por satélite (De acuerdo la tabla 2, anexo 6): A=Anchura de banda del bloque de frecuencia asignado en kHz. Para efectos de pago, el valor mínimo de Anchura de Banda del bloque de frecuencias asignado será de 100 kHz. El coeficiente de valoración del espectro a7, a aplicarse para el servicio fijo por satélite, para el correspondiente ancho de banda de la portadora asignada a la estación terrena, se detalla en la tabla 1, anexo 6 " .- De la formula constante en el texto reglamentario extraído, así como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, este Tribunal no evidencia que para cálculo de la tarifa mensual por prestación del servicio fijo por satélite, la entidad demandada se haya encontrado facultada para el cálculo de la facturación de dicha tarifa la haya podido canalizarla a 25 KHz, contrariamente a lo que ha venido sosteniendo la entidad demandada ARCOTEL dentro del presente juicio, cuyo fundamento conforme se analizó en líneas precedentes estarían en la competencia que le otorga el artículo 54 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones así como el Informe Final que aprobó la expedición del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico en el año 2003, del cual se desprendería esta forma de cálculo con la que habría venido actuando la administración demandada respecto a las operadoras bajo su control, sin que de las pruebas aportadas conste alguna que permita a este Tribunal avalar la existencia de estos acuerdos supuestamente alcanzados, en su momento, que hayan generado un vínculo jurídico adicional al del preceptuado en el artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico para el cálculo de la tarifa mensual por prestación de servicio fijo por satélite, ya sea por medio de cualquiera de las formas jurídicas que prevé nuestro ordenamiento jurídico que hagan que el mismo haya sido de cumplimiento obligatorio para la entidad actora, quien por el contrario ha objetado dicho cálculo tanto en sede administrativa como ahora en la judicial .-

9.4. *De lo desarrollado, resulta evidente para este Tribunal que la entidad demandada, al canalizar a 25 KHz la tarifa mensual por prestación del servicio fijo por satélite dela CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES EP, esto es, con un factor de cálculo (REDONDEO A 25 KHz) que no está previsto en la norma del artículo 22 del Reglamento de derechos por Concesión y tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, lo ha hecho en inobservancia del principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la Republica, en la cual la administración pública debe enmarcar todas sus actuaciones, ya que si bien la norma por ella invocada (Art. 54 de la LOT) le otorga la facultad de otorgar las tarifas por el uso y explotación del referido recurso, las mismas, conforme lo indica la misma norma, deben fijarse de conformidad con el reglamento que a tal efecto dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones: así como, también al derecho a la seguridad jurídica consagrada en el artículo 82 de la Constitución y a la existencia de normas jurídicas, previas claras y pública.- En la especie, dichos principios no se plasmaron en las actuaciones de ARCOTEL toda vez que no existe fundamento normativo alguno en el Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, ni en otra norma, para haber efectuado la aproximación a 25 KHz para la facturación mensual por uso de la red satelital a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, siendo entonces que con ello ha inobservado, para la expedición de los actos administrativos impugnados lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República y artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, ya que las mismas fueron emitidas considerando esté infundado criterio de redondeo, normas de derecho que imponen como deber a la autoridad administrativa el de realizar el examen de los hechos, el derecho aplicable y la justificación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, elementos que al no contestar en los mismos, tienen como consecuencia lo previsto en el mismo artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la Republica, que es la de haber expedidos actos con evidente vicio de nulidad.- (…) El resultado jurídico de expedir actos administrativos con evidente vicios de nulidad conforme se analizó en líneas precedentes, le genera el derecho en favor del accionante a ser resarcido del exceso de una tarifa en la cual efectivamente ARCOTEL no debió considerar el redondeo a 25 KHz por el Servicio Fijo Satelital, y que no debió ser sufragado con la entidad demandada, sino únicamente dentro de los*

*parámetros que la fórmula contenida en el artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico (sic), cuya aplicación, cabe indicar, le corresponde efectuar a la administración demandada no por una insinuación judicial sino en acatamiento al principio de legalidad varias veces referido en esta sentencia, por lo que resulta improcedente conceder la pretensión del actor en lo atinente a que el Tribunal disponga la aplicación de dicha formula de manera taxativa, cuando la misma debe ser el resultado de su aplicación objetiva por parte de la entidad demandada";**2.3.4**) el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) dispone: "**Casos.** El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (…) 5. Cuando te haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo las precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto"; **2.3.5)*** el yerro de erróneo interpretación se produce cuando una norma aplicada es la adecuada para el caso pero se la ha entendido equivocadamente, concediendo a la norma un alcance que no tiene, siempre que este yerro influya en la decisión de la causa; **2.3.6)** el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador ordena: *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúe en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución";* **2.3.7)** el número 2 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: *"Art. 129.- **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: (…) 2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente":* **2.3.8)** en cuanto a que el citado Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico fue expedido cuando el en Ecuador regia el libre mercado, y que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP no es usuario sino prestador, debe tenerse presente que la controversia referente a este proceso data del año 2015, en la que ya se encuentran rigiendo la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en la que en su artículo 313 se dispone que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre los que se encuentran, en su tercer inciso, las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico: **2.3.9**) la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 439, del 18 de febrero del 2015 también se encontraba rigiendo a la época de la controversia, y en su artículo 1 dispone: *"Art. 1.- **Objeto.-** Esta Ley tiene por objeto desarrollar, el régimen general de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado que comprenden las potestades de administración, regulación, control y gestión en todo el territorio nacional, bajo los principios y derechos constitucionalmente establecido", y el primer inciso de su artículo 2 establece: "**Ámbito.-** La presente Ley se aplicará a todas las actividades de establecimiento, instalaciones y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios";* ***2.3.10)*** el articulo 6 de la citada Ley Orgánica define el espectro radioeléctrico de la siguiente manera: *"Art 6.- **Otras Definiciones.-** Para efectos de la presente Ley se aplicarán las siguientes definiciones: **Espectro radioeléctrico**.- Conjunto de ondas electromagnéticas que se propagan por el espacio sin necesidad de guía artificial utilizando para la prestación de servicios de telecomunicaciones, radiodifusión sonora y televisión, seguridad, defensa, emergencias, transporte e investigación científica, entre otros. Su utilización responderá a los principios y disposiciones constitucionales":* ***2.3.11)*** el primer inciso del artículo 18 de esta Ley ordena: ***"Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico. -*** *El espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones":* ***2.3.12)*** el articulo 21 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone: *"Usuario es toda persona natural o jurídica consumidora de servicios de telecomunicaciones":* ***2.3.13)*** la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP fue autorizada legalmente para el uso o

utilización del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio fijo por satélite por estación terrena, por lo que tiene la calidad de usuaria de este servicio; **2.3.14)** una vez verificada esta calidad de usuaria de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, procede considerar el número 8 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que dispone: *"Art 22.- **Derechos de los Abonados, clientes y usuarios**.- Los abonados, clientes y usuarios de servicios de telecomunicaciones tendrán derecho: (…) 8. A la facturación y tasación correcta, oportuna, clara y precisa, de acuerdo con las normas aplicables; **no es admisible ninguna modalidad de redondeo**"* (el subrayado y negrillas nos corresponde); **2.3.15)** el citado artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, del que se alegó su errónea interpretación por parte del recurrente en la sentencia impugnada, establece la fórmula para el cálculo de la tarifa mensual para la prestación del servicio fijo por satélite, sin que en ninguna de sus partes prevea el redondeo para su cobro, por lo que no cabe que por una pretendida costumbre de los proveedores de segmento espacial de realizar redondeos en múltiplos de mayor valor, ARCOTEL también haga lo mismo, siendo por tanto improcedente se cobre redondeo por parte de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, por lo que no se demuestra por parte del recurrente la existencia de errónea interpretación en la sentencia del articulo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico.

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,** rechaza el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada el 04 de diciembre de 2017por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio No. 17811-2017-00144, deducible por el Procurador Judicial de la Empresa Publica Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP en contra de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) y de su Delegado, así como en control del Procurador General del Estado.- 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. Notificaciones, publíquese y devuélvase. –

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

VOTO SALVADO
Juicio No. 17811-2017-00144
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, miércoles 16 de octubre del 2019, las 10h44.

VISTOS: Conforme el articulo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, expido **mi voto salvado concurrente** en el siguiente sentido: En lo principal estoy de acuerdo con la sentencia de mayoría: siendo el motivo de mi discrepancia únicamente con lo mencionado en los puntos 2.3.12 a 2.3.14 de la misma, en el sentido de que a la CNT EP se la califica como usuaria de acuerdo a la definición establecida en el articulo 21 de Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuando mas bien es una portadora, según lo determina el propio artículo 22 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico. **Notifíquese, devuélvase y publíquese.**

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

V

Casación Nro. *17811-2013-11576*
Resolución Nro. *652-2019*
Fecha: *29 de octubre de 2019, las 09h12*

TEMA: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontratual objetiva del estado. Los tribunales de lo contencioso administrativo son competentes para conocer estas acciones que no son incompatibles ni contradictorias en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que, *"en el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello"*.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los cónyuges JRMS y NJOJC, y su hijo común CAMO, comparecen ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y demandan al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate y al Procurador General del Estado, con la pretensión de que, en sentencia, se declare la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado y que, como consecuencia de ello, se condene a dicho Municipio al pago de una suma no menor a $ 2'000,000,oo por concepto de indemnizaciones pecuniarias por los daños materiales e inmateriales producidos, resarcimientos y compensaciones, más los intereses calculados desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha de solución o pago efectivo, debido al colapso de un muro de contención que ocasionó la muerte de JL, IL, y JM Mesías Ojeda, de 22, 15 y 6 años de edad, en su orden, hijos de los cónyuges y, por lo mismo, hermanos, del también compareciente, todos ya nombrados; fallecimientos que les ha afectado en su existencia material, psíquica y psicológica, además de la destrucción total de su casa de habitación y todos sus bienes y enseres; los accionantes afirman que el hecho generador es la construcción deficiente del muro de contención al borde del estadio de la localidad, que colinda con su casa de habitación, cuya construcción fue dispuesta por el GAD Municipal demandado.- El Municipio en mención considera que la tragedia obedece a fuerza mayor o caso fortuito y que la pretensión es descomunal porque no se compadece con la situación financiera de la entidad y que además no se trata de un caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado; deducen como excepciones: negativa parcial de los fundamentos de hecho, falta de legitimidad para demandar de CAMO; alegan caso fortuito o fuerza mayor; y, de modo subsidiario, proponen la excepción de plus petitio. El Procurador General del Estado niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y opone las siguientes excepciones: Improcedencia de la demanda y violación de trámite porque la acción indemnizatoria por responsabilidad patrimonial y la acción de daño moral son diferentes; y, falta de derecho de los accionantes para fijar subjetivamente el valor de la indemnización que debe ser establecida por los jueces de modo objetivo.- El Tribunal de instancia considera que no se niega la ocurrencia de los hechos sino exclusivamente la responsabilidad de la entidad en los mismos; que por la obvia situación, no ha lugar a la alegación de falta de derecho de los accionantes; en cuanto a la excepción de falta de legitimidad activa del hermano de los fallecidos, por falta de prueba la desestima y por lo mismo se extiende a

la de falta derecho; considera que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el órgano jurisdiccional ante el que debe plantearse la acción, pues su competencia legal es clara y desestima la excepción de violación de trámite; que de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, no se requería el reclamo administrativo previo y desecha la excepción a este respecto; en lo que concierne al fondo de la controversia, esto es, determinar si lo ocurrido ha generado responsabilidad extracontractual del Estado o sus instituciones, que sea indemnizable en favor de los accionantes sostiene que la doctrina jurídica ha señalado que la carga de la prueba corresponde a quien aduce sufrir el daño y que del proceso obran las pruebas que acreditan que el hecho violento producido atentó el derecho a la vida de los ciudadanos identificados, que los actores de la causa presentan afectación psicológica; que en la diligencia de inspección se evidenció las dimensiones físicas del colapso del muro y que de las conclusiones técnicas se aprecia que se construyó una obra que desde el inicio tenía serios riesgos de colapsar y de afectar la vida de las personas vecinas del lugar así como de su patrimonio, por la estructura de la construcción, por la técnica y por la mano de obra deficientes; que la Secretaría Nacional de Riesgos advirtió de las inseguridades del muro; que la Contraloría General del Estado, en su informe y conclusiones establece que lo funcionarios del GAD Municipal demandado no obraron apegados a las normas vigentes a la fecha, tanto en la etapa precontractual como en la construcción misma; omisiones todas que sin duda generaron el colapso del muro con las consecuencias dañosas conocidas y que son de responsabilidad del GAD Municipal de la referencia. El Juez a quo estima que el colapso del muro no se debe a fuerza mayor ni caso fortuito, las cuales se producen por hechos imposibles de ser evitados y que en el caso, el colapso se produjo por las deficiencias antes anotadas, por lo que concurren claramente las características esenciales de la responsabilidad administrativa objetiva. El daño antijurídico e ilícito está constituido por el colapso del muro que provocó los daños que es sustancialmente imputable al Municipio demandado cuyo efecto es la obligación de indemnizar por los daños patrimoniales como por los extrapatrimoniales que el derrumbe del muro ocasionó a los accionantes, que son ciertos, probados y actuales, estimándose también la existencia de evidentes daños morales que se generan con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. El Tribunal de instancia sostiene que establecida la existencia de los daños y la responsabilidad administrativa de indemnizarlos corresponde cuantificarlos, con lo que se busca atenuar el efecto anímico y psicológico que tuvieron que soportar los accionantes, sin que se pretenda equiparar financieramente el fallecimiento de sus familiares que es un hecho de imposible de mensuración. A este efecto, considera que por la muerte causada a los ciudadanos antes nombrados, debe considerarse el promedio de expectativa de vida de setenta años, en consecuencia, considerando la edad en la que dichas personas perdieron la vida se tiene que aplicando tal promedio hubieran alcanzado la edad de 48 años, 55 años y 64 años multiplicados por doce meses que, a su vez, deben multiplicarse por el salario básico unificado vigente en ese año, que era de 365 dólares, operación de la que resultan los valores a pagarse por la pérdida de esas vidas humanas, así: por la muerte de José Luis Mesías Ojeda, la suma de $ 216.000; por la muerte de Isaac Leonel Mesías Ojeda $ 240.500 y por el fallecimiento de la niña Johana Micaela Mesís Ojeda $ 288.000, que totalizan $ 751.500,oo. En concepto de daño moral causado tanto por los fallecimientos, así como por las pérdidas materiales, ha de estimarse el 25% de cada uno de esos valores, esto es $ 54.000,oo; $ 61.875,oo; y, $ 72.000,oo, que totalizan $ 187.875,oo; y, por los daños materiales se fija la indemnización de $ 50.000,oo por la vivienda y $ 5000,oo

por el menaje de la casa, lo que totaliza $ 55.000,oo. Sumados todos los valores se obtiene un total de $ 994.375,oo. El Tribunal juzgador considera que no ha lugar a la excepción de plus petitio, opuesta en subsidio, porque no hay mérito alguno que determine la existencia de este instituto procesal. En tal virtud, aceptando parcialmente la demanda declara que el GAD Municipal de San Cristóbal de Patate incurrió en responsabilidad objetiva extracontractual por la inadecuada y antitécnica construcción del muro del estadio de Leitillo, que ocasionó su desplome sobre la vivienda de la familia Mesías Ojeda, producto de lo cual fallecieron tres miembros de dicha familia, además de la destrucción total de la vivienda y menaje de hogar, daños materiales e inmateriales que los accionantes no estaban en la obligación jurídica de soportarlos; en consecuencia dispone que el GAD municipal demandado pague a los actores de la causa, en concepto de indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales producidos la suma total de $ 994.375,oo, de los cuales el 90% será pagado al padre y madre de los fallecidos y el 10% restante, al hermano de aquellos; valores que deberán ser pagados en dos cuotas iguales del 50% cada una, la primera hasta en el término de 45 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y la segunda luego de un año del vencimiento de ese término. En caso de que no se produzca el pago en los plazos señalados se calcularán los intereses legales. No ha lugar a las demás pretensiones de los accionantes.

SÍNTESIS DE CASACIÓN

El Procurador General del Estado, con fundamento en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y el Alcalde y Procurador Síndico del GAD Municipal de San Cristóbal de Patate, con fundamento en la causal quinta del artículo 3 de la Ley ibídem, deducen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, dentro del juicio propuesto por los cónyuges JRMS y NJOC y por su hijo común CAMO en contra de los recurrentes, con la pretensión de que en sentencia se declare la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado y que se condene a la parte demandada al pago de indemnizaciones pecuniarias por los daños materiales e inmateriales ocasionados por el colapso de un muro de contención cuya deficiente construcción fue dispuesta por el GAD Municipal demandado y que, al colapsar, ocasionó la muerte de tres miembros de la familia Mesías Ojeda y la destrucción de su casa de habitación y todos sus bienes y enseres. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en lo que se refiere al recurso de casación interpuesto por el Procurador General del Estado considera, en lo principal, que la competencia de los jueces contencioso administrativos está prevista en el numeral 8 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y que, al confluir los elementos subjetivo, objetivo y pretensión establecidos en el artículo 3 de la Resolución No. 4 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 513, de 2 de junio de 2015, ya que los demandados son órganos de la administración pública, la demanda de indemnización de daños y perjuicios es producto de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, y la demanda se refiere al control de legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos, no existe la incompetencia alegada por el recurrente; con respecto a la pretendida incompatibilidad de acciones, en cuanto al conocimiento y resolución de los procesos en los que se demande daños y perjuicios y daño moral en contra de las instituciones del Estado, también alegada por el recurrente, el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone, en lo pertinente, que:" En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y

la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello", lo que evidencia que estas acciones no son incompatibles ni contradictorias, por lo que el recurrente no demuestra que influya en la decisión de la causa la falta de las normas procesales que ha invocado, ni la trascendencia que exige la causal segunda para declarar la nulidad procesal, y rechaza el recurso por este extremo.- En lo que concierne al recurso interpuesto por el GAD Municipal de San Cristóbal de Patate, relativas a la falta de motivación; contradicción en los considerandos octavo, noveno y décimo, al expresar que el colapso del muro es un evento de fuerza mayor y decir también, que este se produjo por fallas del muro; que no se realiza una explicación metodológica ni lógica de cómo se llega a determinar los valores de la indemnización, entre otros, la Sala estima que el recurrente no demuestra que el fallo impugnado incurra en contradicciones, ya que la fuerza mayor alegada no es el único elemento que el juez de instancia tomó en cuenta para resolver, por lo que no observa que éste adolezca de falta de motivación por esta causa, pues la sentencia recurrida explica de modo razonable, lógico y comprensible las razones en las que se fundamentó, porque la prudencia del juez para determinar el valor de las indemnizaciones por daño moral está prevista en el artículo 2232 del Código Civil; y, porque en diferentes fallos de casación se ha tomado para el cálculo de indemnizaciones el valor del salario básico unificado a la fecha de la sentencia. La Sala Especializada considera, también, que no puede realizar una valoración nueva o distinta de la realizada respecto de las pruebas que obran de autos, según la pretensión del GAD municipal recurrente formulada en la audiencia en estrados y por cuanto el recurrente no ha demostrado con ninguno de sus argumentos que el fallo recurrido adolezca de falta de motivación, rechaza el recurso interpuesto. Por tales consideraciones, rechaza los recursos de casación.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17811-2013-11576
Juez Ponente: Dr. Pablo Joaquín Tinajero Delgado

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

Quito, martes 29 de octubre del 2019.

VISTOS:

En virtud de que: a) el doctor Álvaro Ojeda Hidalgo fue designado como Juez Nacional por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012; b) la abogada Cynthia Guerrero Mosquera y el doctor Pablo Joaquín Tinajero Delgado fueron designados como Jueza y Juez de la Corte Nacional de Justicia, respectivamente, mediante Resolución No. 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura; c) la Resolución No. 01-2018 de 26 de enero de 2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la que se resolvió la integración de las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; d) el 16 de mayo del 2019 se sorteó el Tribunal de jueces, quedando conformado por los doctores Álvaro Ojeda Hidalgo y Pablo Tinajero Delgado (ponente) y por la abogada Cynthia Guerrero Mosquera, por lo que somos competentes para resolver la presente causa conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1 de la Ley de Casación. Estando el presente recurso de casación en estado de resolver, para hacerlo se considera:

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, expidieron sentencia el 12 de junio de 2017, las 12h40, dentro del proceso No. 17811-2013-11576, seguido por el señor José Reinaldo Mesías Sarabia, la señora Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza y el señor Cristian Adrián Mesías Ojeda, en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, y del Procurador General del Estado, en la que

resolvieron: *"aceptando parcialmente la demanda presentada por los actores señores José Reinaldo Mesías Sarabia, Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza y Cristian Adrían Mesías Ojeda, declara que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón San Cristóbal de Patate, incurrió en responsabilidad objetiva extracontractual por la inadecuada y antitécnica construcción del muro del Estadio de Leitillo que ocasionó su desplome sobre la vivienda de dicha familia, producto de lo cual fallecieron los ciudadanos José Luis, Isaac Leonel y Johana Micaela Mesías Ojeda, produciendo además la destrucción total de la vivienda y demás menaje de hogar, daños materiales e inmateriales que los actores no estaban en la obligación jurídica de soportarlos; en consecuencia se dispone que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón San Cristóbal de Patate pague a los actores José Reinaldo Mesías Sarabia, Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza, padre y madre de los fallecidos y a Cristian Adrian Mesías Ojeda, hermano de los fallecidos, en concepto de indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales producidos los valores establecidos en el considerando DUODÉCIMO de esta sentencia, que totalizan NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$994.375,oo) y que corresponden a la sumatoria de los rubros y montos allí determinados; de los cuales el noventa por ciento será pagado al padre y madre de los fallecidos y el diez por ciento restante, al hermano de aquellos. Valores que deberán ser pagados en dos cuotas iguales del 50% cada una: la primera hasta en el término de cuarenta y cinco días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y la segunda luego de un año del vencimiento de ese término. En caso de que no se produzca el pago en los plazos señalados se calcularán los intereses legales. No ha lugar a las demás pretensiones de los accionantes".*

1.2.- El 15 junio de 2017, el Alcalde y el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate solicitaron la aclaración de la referida sentencia.

1.3.- Con providencia de 12 de julio de 2017, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, negaron la indicada solicitud de aclaración.

1.4.- Con escrito presentado el 02 de agosto de 2017, el Procurador General del Estado interpuso recurso de casación en contra de la referida sentencia, fundamentándose en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.5.- Por medio de escrito, también presentado el 02 de agosto de 2017, el Alcalde y el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, interpusieron recurso de casación en contra de la citada sentencia, fundamentándose en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

1.6.- El 09 de agosto de 2017, los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, calificaron los recursos y dispusieron que pasen los autos a la Corte Nacional de Justicia.

1.7.- El Conjuez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en auto de 27 de marzo de 2019, las 13h21, admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Alcalde y el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, y respecto al interpuesto por el Procurador General del Estado, únicamente lo admitió respecto de la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

2.1.- Delimitación del problema jurídico a resolver.- El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, el 12 de junio de 2017, las 12h40, dentro del proceso No. 17811-2013-11576, seguido por el señor José Reinaldo Mesías Sarabia, la señora Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza y el señor Cristian Adrián Mesías Ojeda, en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, y del Procurador General del Estado, adolece de los yerros acusados por los recurrentes, esto es, como ya se señaló, en cuanto al interpuesto por el Procurador General del Estado, por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, y respecto al planteado por el Alcalde y el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, por la causal quinta del mismo artículo 3 de la Ley de Casación.

2.2.- Argumentos de los recurrentes para proponer su recurso de casación.- Por la proposición y

fundamentación de los recursos de casación interpuestos resulta evidente iniciar el examen por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, de modo que si procede la alegación se declararía la nulidad y por ende quedaría decidido el recurso; o, si por el contrario, se inadmite la alegación se continuaría con el examen de la causal quinta alegada por los otros recurrentes.

2.3.- En cuanto a los argumentos del Procurador General del Estado respecto a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.- Con el objeto de pronunciarse, esta Sala Especializada considera lo siguiente: **2.3.1)** las normas aducidas por el recurrente disponen: *"**Art. 71**.- Se puede proponer, en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria", "**Art. 344**.- Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1014 el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este Código", "**Art. 346**.- Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: (…) 2.- Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila", "**Art. 349**.- Los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6, y 7 del Art. 346, comunes a todos los juicios e instancias; siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad y que no se trate de la falta de jurisdicción", y, "**Art. 1014**.- La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357"; **2.3.2)** el recurrente señala: "El error en la forma de presentar la demanda, (responsabilidad objetiva y daño moral, son acciones distintas y autónomas) impedía al Tribunal emitir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de los accionantes, no obstante, ello no fue advertido por los señores jueces, que, al emitir la sentencia disponiendo el pago de daños y perjuicios y daño moral, incurrió en falta de aplicación de la norma procesal contenida en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, según la cual (…) La primera de las acciones, podría ser considerada por los jueces de lo contencioso administrativo ´dentro de la esfera de su competencia´ pero el daño moral es una acción típicamente civil que debe ser resuelta por los jueces ordinarios y que requiere otro procedimiento, distinto de los recursos sustanciados en la jurisdicción contencioso administrativa. La sentencia recurrida mediante el presente recurso de casación, en ningún momento advirtió que la demanda adolecía de un defecto grave en la forma de pedir, al plantear 2 acciones diversas, absolutamente incompatibles y resolvió la litis como si pudiera hacerlo respecto de las dos acciones planteadas, condenando injustamente al Estado ecuatoriano al pago de USD $994.375. Esta irregularidad provocó una suerte de incertidumbre e indefensión a la parte demandada, al tener que enfrentar en una sola demanda 2 acciones totalmente diferentes, que requieren inclusive, distinta sustanciación ante jueces de materia también distinta"; **2.3.3)** el fallo impugnado señala: "**SEXTO.-** En relación a la excepción de violación de trámite la acción indemnizatoria del Estado por responsabilidad patrimonial y la acción de daño moral considerando que son diferentes, es necesario señalar que tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que la responsabilidad objetiva del Estado es de carácter reparador e integral, priorizándose el daño causado a la víctima, conforme lo establece el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la Republica, que enfoca la responsabilidad estatal respetando los derechos y la reparación de las violaciones de los mismos en caso de haberlos, en tal virtud específicamente el artículo 217 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial otorga a los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos la competencia para conocer estar causas, es decir "el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines" (Serie 18, Gaceta Judicial 12 de 24 de agosto del 2012), es decir el Tribunal Contencioso Administrativo es ante quien se debe plantear la acción; pues su competencia legal es absolutamente clara; por consiguiente se desestima esta excepción"; **2.3.4)** la causal segunda el artículo 3 de la Ley de Casación textualmente dice: "2. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva*

nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente", por tanto, como ha manifestado la Sala en ocasiones anteriores, en cuanto a la causal segunda señalada como fundamento del recurso, se considera que está relacionada con la violación de la ley adjetiva que produce nulidad insanable o indefensión, esto es lo que en doctrina se conoce como "error in procedendo", que ocurre cuando el órgano jurisdiccional carece de jurisdicción o competencia, cuando los litigantes no tienen capacidad jurídica y procesal, cuando, en fin, se ha imposibilitado el ejercicio válido de los actos procesales, lo cual a su vez ocasiona una indefensión que haga ineficaz la resolución. Igualmente, como se ha dicho en fallos anteriores, la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, debe fundarse en uno de sus tres modos de infracción: 1) aplicación indebida; 2) falta de aplicación; o, 3) errónea interpretación de "normas procesales", cuando como consecuencia de la infracción se haya viciado el proceso de nulidad insanable y no hubiere quedado legalmente convalidada; o, cuando se haya provocado indefensión; y, siempre que en los dos supuestos la omisión atacada hubiese influido en la decisión de la causa**; 2.3.5)** la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia dictada el 08 de agosto de 2012 dentro del proceso No. 236-2011, señaló lo siguiente: *"Dos son los principios, que de manera principal, regulan la causal segunda de casación: el principio de especificidad, es decir que las solemnidades sustanciales al proceso, cuya omisión ocasiona la nulidad, deben estar específica y puntualmente determinadas en la ley; y el de trascendencia, por el cual se denote que tal omisión influyó, o pudo haber influido en la decisión de la causa, de una manera cierta e irreparable, afectándose la estructura del proceso de manera trascendente, siendo la única solución viable la declaratoria de nulidad de una actuación, de parte o de todo el proceso; por lo que no basta entonces una alegación genérica del perjuicio o su planteamiento abstracto, debiendo acreditarse en forma indubitable el perjuicio que la irregularidad procesal ha ocasionado, y su transcendencia dentro del proceso; pues las nulidades no existen en el mero interés de la ley, no siendo dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer pruritos formales, pues la declaración de nulidad por razones meramente formales constituiría un formulismo inaceptable que obstaría la recta administración de justicia"; **2.3.6)** conforme el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial: "Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados*"; **2.3.7)** la competencia de los jueces contencioso administrativos para conocer las acciones interpuestas por la parte actora está prevista en el numeral 8 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, como adecuadamente lo señala el fallo impugnado, además, la Resolución No. 4-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 513 del 02 de junio de 2015 dispone en su artículo 2: *"La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer las acciones por indemnización de daños y perjuicios establecidas en los artículos 185.6 y 217.8 del Código Orgánico de la Función Judicial, siempre que la indemnización que se pretenda se derive de casos de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad estatal, o de sus empleados y funcionarios públicos"*, confluyendo los elementos subjetivo, objetivo y la pretensión establecidos en el artículo 3 de esta Resolución, ya que las partes procesales demandadas son órganos de la administración pública, la demanda de indemnización de daños y perjuicios es producto de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, y la demanda se refiere al control de legalidad de los actos, hechos y contratos administrativos, por lo que no existe la pretendida incompetencia que alega el recurrente. Por otro lado, si se aceptare el criterio del recurrente en este caso, se dividiría la continencia de la causa, pues podría suceder que se acepte, por un lado, que existe responsabilidad objetiva; y, por otro, que no se declare con lugar el daño moral ocasionado por los mismos hechos. Como un elemento adicional respecto a la pretendida incompatibilidad de acciones en cuanto al conocimiento y resolución de los procesos en los que se demande daños y perjuicios y daño moral en contra de las instituciones del Estado, acudimos por analogía al artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual permite su acumulación, al disponer que en los procesos por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso: *"el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes*

o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello", demostrando que estas acciones no son incompatibles ni contradictorias. Por lo indicado, el recurrente no demuestra que influya en la decisión de la causa la falta de aplicación de los artículos del Código de Procedimiento Civil que alegó, ni la trascendencia que exige esta causal para declarar la nulidad procesal. Al no demostrarse la existencia de este yerro, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

2.4) Respecto al recurso de casación interpuesto por el Alcalde y el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate.- Con el objeto de pronunciarse, esta Sala Especializada considera lo siguiente: 2.4.1) los recurrentes toman como fundamento el literal l) del numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, el número 4 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, y los artículos 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, y señalan: 2.4.1.1) que la sentencia: *"adolece de falta de motivación por cuanto contiene contradicciones entre los argumentos esgrimidos en sus considerandos. Además no refleja los verdaderos hechos que se interrelacionen con las normas jurídicas y la decisión adoptada, es decir, al no brindarnos los argumentos de hecho y de derecho claros por los cuales se acepta la demanda de los accionantes y no se toma en cuenta nuestros argumentos, ocasiona que la sentencia de la cual se recurre no tenga una correcta motivación, ya que sus argumentos no exponen una relación clara entre los hechos ocurridos y la parte considerativa de la sentencia así como los fundamentos de derecho con los cuales argumentan los jueces, que mis argumentos son improcedentes, violando de esta manera las normas citadas"*, **2.4.1.2)** que los considerandos octavo, noveno y décimo del fallo son contradictorios puesto que en los dos primeros se señala que: *"el colapso del muro se produce por el deslizamiento y empuje de la tierra de relleno en la base del muro lo cual es un evento de fuerza mayor"*, y el considerando décimo, a su criterio, señala: *"se dice que el colapso se produjo por fallas del muro"*; **2.4.1.3)** que *"los argumentos esgrimidos en los considerandos de la sentencia no contiene (sic) una aplicación de las reglas de la sana crítica conforme lo establece el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil"*; **2.4.1.4)** que en el considerando duodécimo del fallo impugnado: *"al determinar los valores de indemnización en el ámbito patrimonial y extra patrimonial moral, no realiza una explicación metodológica ni lógica de cómo se llega a determinar dichos valores"*, **2.4.1.5**) que el valor del salario básico unificado considerado en el fallo para el cálculo es excesivo, puesto que para el año 2012 estaba fijado en USD 292; y, **2.4.1.6)** que la expectativa de vida que se considera en el fallo es arbitraria, ya que no se fundamenta en información del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC); **2.4.2)** en cuanto a la pretendida contradicción entre los considerandos octavo, noveno y décimo del fallo, esta Sala verifica que: **2.4.2.1)** en el considerando octavo del fallo impugnado, el Tribunal de instancia, señala: *"a) El origen de la responsabilidad extracontractual se encuentra en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. (...) De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado.- (…) b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública (…) a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado. (…).- c) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es*

distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. (…).- d) Se ha insistido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública; por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable", criterio con el que esta Sala Especializada está de acuerdo, y contiene este considerando la transcripción de una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, correspondiente al expediente No. 349, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 413, de 20 de marzo del 2013, que indica que las instituciones del Estado pueden oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, en el considerando noveno del fallo que impugna el recurrente se analiza las pruebas y se considera las deficiencias constructivas del muro y la falta de cumplimiento de los procesos contractuales previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el considerando décimo inicia por considerar el argumentos de los demandados referente a la fuerza mayor, sin embargo, toma como fundamento la citada sentencia correspondiente al expediente No. 349, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 413, de 20 de marzo del 2013, que señala: *"Como ha quedado señalado las causas eximentes, que modifican la atribución del efecto dañoso a la actividad pública, en la relación causal anotada, son la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima,* ***siempre que se justifique su exclusividad, como factor generador del daño"*** (el subrayado y negrillas nos corresponde), e indica el fallo dictado por el Tribunal de instancia: *"la eximencia que ha sido planteada por el demandado no puede ser considerada como dispensa del daño que ciertamente fue ocasionado; más bien dicho argumento puede ser estimado como un hecho adicional que debió ser tomado en consideración por la parte accionada al momento de la construcción del muro, teniendo mayor acuciosidad tanto en los diseños como en los materiales que se utilizaron para la construcción de dicho muro, situación que como ha quedado evidenciado no ha se ha producido. En el caso es de toda evidencia que el colapso del muro no se debe a fuerza mayor ni caso fortuito, las cuales obviamente se producen por hechos imposibles de ser evitados; mas, en el caso ese colapso se produjo por las deficiencias constructivas del muro, el cual debió estimar para su estructuración, los pesos propios de la tierra, sus presiones y, obviamente la eventualidad de su incremento por la humedad que provoca el agua traída por las lluvias; que son eventos previsibles y solucionables con la técnica adecuada. Esta consideración se sustenta además en el informe pericial de ingeniería y en los resultados del examen practicado por la Contraloría General del Estado; al cual se agregan las recomendaciones de la Secretaría Nacional de Riesgos"; 2.4.2.2)* el recurrente omite el considerando undécimo del fallo que señala: *"De las pruebas aportadas por los actores, como consta en autos y se ha reseñado en los considerandos precedentes y siguiendo las recomendaciones del Dr. Libardo Rodríguez, tomadas por la Corte Nacional de Justicia, referidas en la parte final del considerando OCTAVO de esta sentencia, encontramos que en el caso concurren claramente las características esenciales de la responsabilidad administrativa objetiva; por las siguientes razones: (…) "6.- Que, evidentemente en el caso no se ha justificado la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, conforme ha sido analizado en esta sentencia; sin que tampoco se haya justificado la existencia de hechos que sean imputables a la intervención de terceros que sean la causa del colapso del muro; y, por último, tampoco existe prueba alguna de la que se desprenda que el colapso del puro y los daños ocasionados son atribuibles a la culpa grave, al dolo o a la negligencia de los fallecidos o de los actores"*; **2.4.2.3**) considerando lo anterior, el recurrente no ha demostrado que el fallo que impugna incurra en contradicciones, ya que la fuerza mayor que alega no es el único elemento que tomó en cuenta el Tribunal de instancia para resolver, y no se observa que adolezca el fallo de falta de motivación por esta causa, ya que explica de una manera razonable, lógica y comprensible las razones con las que se fundamentó; **2.4.3**) en cuanto a las reglas de la sana crítica que adujo el recurrente, esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 29 de agosto de 2011 dentro del proceso No. 520-2009, señaló*: "Las reglas de la sana crítica son reglas de la lógica y de la experiencia humana*

suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias y la técnica, que son las que dan al juez conocimiento de la vida y de los hombres y le permiten distinguir lo que es verdadero y lo que es falso. Este artículo no contiene, en realidad, una regla sobre valoración de la prueba, sino un método para que el juzgador valore la prueba", y en sentencia de mayoría dictada el 07 de enero de 2016 dentro del proceso No. 157-2013, señaló: *"La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarle conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado",* por lo que no procede, como pretende el recurrente, que esta Sala Especializada analice este método empleado por los jueces del Tribunal de instancia; **2.4.4)** respecto a que no se indica en la sentencia impugnada la metodología para el cálculo del daño moral, en el fallo consta una transcripción de parte del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Cantoral Benavides, que señala: *"Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial"*, y el fallo del Tribunal de instancia agrega*: "Debe dejarse establecido que los valores que a continuación se establecen como reparación por los perjuicios inmateriales que han sufrido los actores solo busca atenuar el efecto anímico y psicológico que tuvieron que soportar, sin que se pretenda equiparar financieramente el fallecimiento de los familiares de los accionantes, hecho que es de imposible o muy difícil mensuración"*, lo que no se opone al criterio expuesto en los citados fallos dictados por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia el 26 de junio de 2018 y el 18 de octubre de 2018 dentro de los procesos No. 17741-2010-0139 y No. 17741-2010-0276, los que unívocamente indican: *"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",* prudencia del juez para determinar el valor de las indemnizaciones por daño moral que está prevista en el artículo 2232 del Código Civil, sin que por tanto demuestre con sus argumentos que el fallo impugnado incurra en falta de motivación por esta causa; 2.4.5) en cuanto a que el valor de la remuneración básica que tomó para el cálculo el Tribunal de instancia sea excesivo, ya que debió considerar el del año 2012, cabe indicar que esta Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencias referentes a responsabilidad objetiva del Estado, dictadas el 26 de marzo de 2018, 26 de junio de 2018 y 18 de octubre de 2018, dentro de los procesos No. 17811-2013-1795, 17741-2010-0139 y 17741-2010-0276, respectivamente, se tomó para el cálculo el valor correspondiente del salario básico unificado a la fecha de la sentencia, por lo que no se demuestra que por esta razón la sentencia impugnada incurra en falta de motivación; y**, 2.4.6)** en lo que concierne a que no se tome en cuenta información del Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos (INEC) respecto a la expectativa de vida en el Ecuador, cabe indicar que los setenta años que indica la sentencia no está alejado de la realidad, ya que conforme el Compendio estadístico 2015 del Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos (INEC), para el año 2012, la expectativa de vida global en el Ecuador es de 75,5 años, ya que la del varón es de 72,7 años, y la de la mujer es de 78,3, lo que más bien incrementaría el valor a pagar por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate a la parte actora, sin embargo, puesto que la parte actora y beneficiaria no recurrió el fallo, y el demandado se vería perjudicado, esta Sala Especializada no modifica la sentencia en cuanto al valor a pagar; 2.4.7) en la audiencia en estrados realizada el 04 de julio de 2019, convocada por petición de la parte actora, el procurador judicial del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, demandados en este proceso, dentro de sus argumentos, pretendieron que esta Sala Especializada analice prueba, al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, referente a motivación, lo que no procede, ya que la facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia, y la Sala de Casación no puede realizar una valoración nueva o distinta de la realizada respecto de las pruebas que obran de autos. En consecuencia, por cuanto el recurrente no

ha demostrado con ninguno de sus argumentos que la sentencia impugnada adolezca del yerro de falta de motivación, 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**, rechaza los recursos de casación interpuestos en contra de la sentencia dictada por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 12 de junio de 2017, las 12h40, dentro del proceso No. 17811-2013-11576, seguido por el señor José Reinaldo Mesías Sarabia, la señora Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza y el señor Cristian Adrián Mesías Ojeda, en contra del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal de Patate, y del Procurador General del Estado. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, según acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP de 01 de junio de 2015.- Sin costas.-

Notifíquese, publíquese y devuélvase.-

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

VOTO SALVADO
Juicio No. 17811-2013-11576
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

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

Quito, martes 29 de octubre de 2019, las 09h12.

VISTOS:

Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, realizo mi voto salvado en los siguientes términos:

PRIMERO.- El motivo de mi discrepancia es que se mantenga el monto total, y el porcentaje entre los beneficiarios, que la sentencia impugnada manda a pagar de USD 994.375,00, lo cual lo hace de la siguiente manera: *"DUODÉCIMO… estima para determinar las indemnizaciones que deben ser cubiertas por la entidad pública demandada; los siguientes aspectos:* ***1) Debe dejarse establecido que los valores que a continuación se establecen como reparación por los perjuicios inmateriales que han sufrido los actores solo busca atenuar el efecto anímico y psicológico que tuvieron que soportar****, sin que se pretenda equiparar financieramente el fallecimiento de los familiares de los accionantes, hecho que es de imposible o muy difícil mensuración. Señalado lo cual, se estima que por la muerte causada a los ciudadanos: José Luis Mesías Ojeda (22* años de edad), Isaac Leonel Mesías *Ojeda (15 años de edad) y Johana Micaela Mesías Ojeda 6 (años de edad), debe considerarse el promedio de expectativa de vida de setenta años; en consecuencia, considerando la edad en la que dichas personas perdieron la vida se tiene que aplicando tal promedio hubieran alcanzado esa edad, respectivamente, luego de 48 años, 55 años y 64 años, que multiplicados por doce meses que tiene cada año totalizan en ese mismo orden: 576 meses, 660 meses y 768 meses; tiempos que deben multiplicarse por el salario básico unificado vigente en este año, que es de trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América; operación de la que resultan los valores que deben pagarse por indemnización por la pérdida de esas vidas humanas que alcanzan a: por la muerte de: José Luis Mesías Ojeda la suma de DOSCIENTOS DIECISÉIS MIL DÓLARES (US$216.000,oo); por la muerte de Isaac Leonel Mesías Ojeda la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS DÓLARES (US$247.500,oo) y, por el fallecimiento de la niña Johana Micaela Mesías Ojeda, la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DÓLARES (US$288.000,oo). Valores que totalizan SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.* ***2)*** *En concepto de daño moral, causado tanto por el fallecimiento de dichas personas como por las pérdidas materiales, ha de estimarse el 25% de cada uno de esos valores; esto es: US$54.000,oo; US$61.875,oo; y, US$72.000,oo; valores que totalizan US$187.875,oo; y,* ***3) Por los***

daños materiales ciertos que se produjeron tanto por la destrucción de la casa de habitación como de los enseres propios del hogar *estimando que los actores tienen derecho a tener una vivienda digna en la que puedan desarrollar su vida con las comodidades mínimas requeridas, se fija la indemnización de CINCUENTA MIL DÓLARES , por la vivienda y, CINCO MIL DOLARES por el menaje de casa; lo que totaliza CINCUENTA Y CINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 4) Valores que sumados dan un total de NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$994.375,00). DÉCIMOTERCERO.- No ha lugar a la excepción de plus petitio, opuesta en subsidio, por no existir mérito procesal alguno que determine la existencia de este instituto procesal, al no haber sido justificado por quien lo alegó. Por lo expuesto y sin que sea menester otra consideración, el Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, aceptando parcialmente la demanda presentada por los actores señores José Reinaldo Mesías Sarabia, Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza y Cristian Adrían Mesías Ojeda, declara que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón San Cristóbal de Patate, incurrió en responsabilidad objetiva extracontractual por la inadecuada y antitécnica construcción del muro del Estadio de Leitillo que ocasionó su desplome sobre la vivienda de dicha familia, producto de lo cual fallecieron los ciudadanos José Luis, Isaac Leonel y Johana Micaela Mesías Ojeda, produciendo además la destrucción total de la vivienda y demás menaje de hogar, daños materiales e inmateriales que los actores no estaban en la obligación jurídica de soportarlos; en consecuencia se dispone que el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón San Cristóbal de Patate pague a los actores José Reinaldo Mesías Sarabia, Narciza Jhanet Ojeda Chicaiza, padre y madre de los fallecidos y a Cristian Adrian Mesías Ojeda, hermano de los fallecidos, en concepto de indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales producidos los valores establecidos en el considerando DUODÉCIMO de esta sentencia, que totalizan NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS SETENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$994.375,00) y que corresponden a la sumatoria de los rubros y montos allí determinados; de los cuales el noventa por ciento será pagado al padre y madre de los fallecidos y el diez por ciento restante, al hermano de aquellos. Valores que deberán ser pagados en dos cuotas iguales del 50% cada una: la primera hasta en el término de cuarenta y cinco días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y la segunda luego de un año del vencimiento de ese término. En caso de que no se produzca el pago en los plazos señalados se calcularán los intereses legales. No ha lugar a las demás pretensiones de los accionantes. Sin costas. NOTIFIQUESE.".* (El resaltado me corresponde).

SEGUNDO.- El recurso de casación presentado por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate, por falta de motivación de la sentencia impugnada conforme la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, entre otros aspectos dice que*: "Como se puede evidenciar, al no existir en la sentencia una metodología clara en la cuantificación del daño moral, el juez no puede establecer un porcentaje de indemnización en base a su convicción, sin explicar su procedencia y pertinencia. Al respecto la autora antes citada señala: ´En lo concerniente a la cuantificación económica la solución ha sido diversa, pues los jueces han adoptado diferentes metodologías y en otras ocasiones solo su convicción, lo cual no es aceptable como criterio científico´… Es preciso mencionar que en casos de indemnización por muerte en donde se ha responsabilizado al Estado, el monto establecido ha sido menor al fijado por el Tribunal en el presente caso, es así que en la Resolución No. 246-2012 de 24 de agosto de 2012, las 13h15 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia se ordena al Estado a cancelar el valor de USD 150.000, por otro lado, en la sentencia de 23 de junio de 2015, las 16h12 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de Quito, la misma que ha sido ejecutoriada, se dispone al Estado a canelar el valor de USD 50.000. De lo transcrito, se establece que la indemnización por muerte no tiene el objetivo de enriquecer a los actores ni empobrecer al Estado, toda vez que la cantidad que se pretende que el GAD-M de San Cristóbal de Patate cancele responde a la gran parte presupuesto general y de inversión del GAD-M de San Cristóbal de Patate, por lo tanto, la sentencia del Tribunal a quo resulta desproporcional y perjudicial a los intereses de la población de dicho cantón, por cuanto se impediría la ejecución de proyectos emblemáticos? En consecuencia, esta causal es procedente pues el*

Tribunal hace constar en sus considerandos, argumentos totalmente contradictorios, así como ordena a cancelar valores, los mismos que no cuentan con la debida justificación técnica ni jurídica, lo cual genera que no se analice los verdaderos hechos, ya que de hacerlo, se evidencia de forma clara que el colapso de dicho muro se produjo por un asunto de fuerza mayor y no por responsabilidad directa del GAD-M de San Cristóbal de Patate y que la indemnización fijada es desproporcional. En este sentido conforme lo señala la Resolución No. 246-2012 de 24 de agosto de 2012, las 13h15 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en su considerando SIETE, la indemnización que debe ser pagada por el fallecimiento de las tres personas, debe quedar a criterio del Tribunal de Casación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.". (El resaltado me corresponde).

TERCERO.- Considero que el punto **2)** del considerando duodécimo de la sentencia impugnada, está en realidad duplicando los conceptos de daño moral y material, pues el primero ya está considerado en el punto 1) toda vez el daño moral constituye también un perjuicio extra patrimonial o inmaterial, siendo evidente que el sufrimiento anímico y psicológico causado a los actores en el punto 1) tiene relación, y corresponde, directamente con el fallecimiento de los tres hijos; y también respecto al segundo, por las pérdidas materiales, ya estaría también considerado en el punto 3) del considerando duodécimo cuando se refiere a los daños materiales. **Por lo que considero que el punto** 2) no procede por estar ya subsumido en los punto 1) y 3) del considerando duodécimo de la sentencia impugnada.

CUARTO.- 4.1.- Respecto al punto 1) del considerando duodécimo de la sentencia impugnada, se considera el promedio de expectativa de vida de 70 años, el cual puede ser un parámetro factible de ser aplicado; empero, considero que en el presente caso, teniendo en cuenta que son tres las personas fallecidas, y la corta edad de las mismas (6, 15 y 22 años de edad), se podría también suponer que de haber vivido no necesariamente todos hubiesen alcanzado la edad de 70 años; pues, por ejemplo, estadísticamente sería más factible que alguien mayor, digamos de 55 años de edad alcance los 70 (pues le faltarían 15 años para alcanzar dicha edad. Mientras que a alguien de 6 años de edad le faltarían 64 años para alcanzar los 70, estando la persona menor más expuesta a las vicisitudes trágicas de la vida que la persona mayor en este ejemplo hipotético). Por lo que considero que se debe tomar, más bien, la edad de 60 años de edad como parámetro en el presente caso, esto es la edad para acceder a la jubilación ordinaria de vejez. **4.2.-** Por tanto, para José Luis Mesías Ojeda (22 años de edad), Isaac Leonel Mesías Ojeda (15 años de edad) y Johana Micaela Mesías Ojeda 6 (años de edad), se considerará la edad de sesenta años; en consecuencia, considerando la edad en la que dichas personas perdieron la vida se tiene que aplicando tal promedio hubieran alcanzado esa edad, respectivamente, luego de 38 años, 45 años y 54 años, que multiplicados por doce meses que tiene cada año totalizan en ese mismo orden: 456 meses, 540 meses y 648 meses; tiempos que deben multiplicarse por el salario básico unificado de trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América; operación de la que resultan los valores que deben pagarse por indemnización por la pérdida de esas vidas humanas que alcanzan a: por la muerte de: José Luis Mesías Ojeda la suma de USD 171.000,00; por la muerte de Isaac Leonel Mesías Ojeda la suma de USD 202.500,00 y, por el fallecimiento de Johana Micaela Mesías Ojeda, la suma de 243.000,00, valores que totalizan USD 616.500,00.

QUINTO.- Por otra parte, en la sentencia impugnada se resuelve que el 90% será pagado al padre y madre de los fallecidos, y el 10% restante al hermano de aquellos. En lo personal considero que el porcentaje del 10% es demasiado bajo, y debería subir a 30%, dado que en términos normales el hijo y hermano sobreviviente, Cristian Adrián Mesías Ojeda, al ser bastante más joven que sus padres (21 años a la fecha de la demanda) tendría potencialmente un proyecto de vida más largo que el de sus padres, pudiendo dar un buen uso a la indemnización en su propio futuro en memoria de sus hermanos.

Por todo lo anterior, **CONSIDERO QUE**: A) Se debería aceptar parcialmente el recurso de casación presentado por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal de Patate, y casar parcialmente la sentencia impugnada de 12 de junio de 2017, 12h40, expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, modificándose el punto 1) del considerando duodécimo de dicha sentencia distrital conforme el considerando cuarto de este voto salvado.

B) el punto 2) del considerando duodécimo de la sentencia impugnada no procede, conforme el considerando tercero de este voto salvado. C) El punto 3) del considerando duodécimo de la sentencia impugnada se mantiene. D) Por tanto se modifica el valor total de USD/. 994.375,00 mandado a pagar en la sentencia distrital mencionada, por el valor de USD/. 671.500,00 dispuesto en este voto salvado; pagándose el 70% de esta indemnización al padre y madre de los fallecidos, y el 30% al hermano de aquellos, en la misma forma temporal determinada en la sentencia casada parcialmente, mediante cheques certificados a sus nombres. Si al momento de realizarse el pago efectivo alguno de los padres hubiese fallecido, las cuotas correspondientes al 70% se las entregará al cónyuge que sobreviva. **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.

Gaceta Judicial

año 2019

SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 09501-2017-00756
Resolución Nro. 136-2019
Fecha: 8 de febrero de 2019

TEMA: Los elementos que sustentan la base imponible del Impuesto a la Renta son: el ingreso, el costo y el gasto; el ocultamiento prescrito en el artículo 94 del Código Tributario es susceptible de constituirse sobre todos estos elementos, o sobre cualquiera de ellos, pues cualquier variación de estos aquellos, incide de forma directa en la determinación del impuesto en mención.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

RBRM, Gerente General y representante legal de la Compañía BLOTEIN S.A., comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, impugnando la Resolución No. 109012017RREC155979 emitida por el Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas de fecha 14 de septiembre de 2017, que niega el reclamo administrativo propuesto por la mencionada compañía actora y ratifica la liquidación por Diferencias en la Declaración No. 0920170600282466 de 31 de marzo de 2017, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2011. Manifestando el actor en su demanda, que los costos están ligados a la realidad económica de la compañía, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la normativa tributaria; que a la fecha de las transacciones las empresas no habían sido calificadas como fantasmas; que ha operado la caducidad de la facultad determinadora; y, que se ha demostrado con actas de entrega recepción la realización de las transacciones. Por su parte, la Administración Tributaria, señaló que la declaración del impuesto a la renta del año 2011 del contribuyente, fue presentada el 18 de abril de 2012; que emitió la Comunicación de Diferencias No. DZ8-GSOOFRC16-00000072-M la misma que fue notificada el 15 de diciembre de 2016, por costos y gastos con dos proveedores de comportamiento irregular; que el contribuyente no ingresó la información que justifique las diferencias, por lo que se emitió la Liquidación de Pago que se confirma en la Resolución; que por la simulación de operaciones hubo falta de declaración en todo o en parte; que debe tomarse en cuenta que la calificación de un proveedor como fantasma es una constatación de lo ocurrido en el pasado, que por tanto tiene efectos declarativos, no constitutivos. El Tribunal A-quo, luego del análisis pertinente, señaló que respecto del ejercicio económico 2011, la declaración del impuesto a la renta fue presentada por parte del contribuyente el 18 de abril de 2012; y que el 15 de diciembre de 2016 le fue notificada la comunicación de diferencias, que desde la fecha de presentación de la declaración hasta la de la comunicación de diferencias, trascurrieron más de tres años y menos de seis años. Es así que el Juzgador de instancia tomando como parámetro para su decisión, entre otras la sentencia (Caso No. 28-2010, publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 30 de 29 de julio de 2013) de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la que se indicó que -la caducidad de los seis años es aplicable únicamente en los casos en que el contribuyente haya reportado con respecto a un rubro en específico" ingreso" y además cuando se haya provocado una acción típica" el ocultamiento"-; estimó, que

según consta del proceso, la diferencia detectada en el acto determinativo no proviene de ocultación de ingresos, para la aplicación del plazo de caducidad de seis años. Que en el presente caso, el contribuyente no ha efectuado un acto de ocultamiento, sino que por el contrario el sujeto pasivo ha registrado e informado a la Administración Tributaria a través de la declaración, la cuantía de los costos y gastos, ante lo cual el sujeto activo tenía la posibilidad de cuestionar y verificar, desde el día siguiente a la fecha de la presentación de la declaración. Razón por la cual, concluye que el plazo de caducidad aplicable al caso es el de tres años, al coincidir los presupuestos de hecho con el supuesto del numeral 1 del artículo 94 del Código Tributario, que como consecuencia, resulta que a la fecha de las notificaciones de las comunicaciones de diferencias, ya había operado la caducidad de la facultad de la Administración para determinar la obligación tributaria por el ejercicio fiscal 2011. Por consiguiente, declara con lugar la demanda dejando sin efecto la Resolución impugnada y la liquidación de pago que es su antecedente.

SÍNTESIS CASACIÓN

CMVM, Procuradora Judicial del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo el cargo de errónea interpretación del artículo 94 del Código Tributario, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, esgrimiendo que dicho Tribunal, ha interpretado erróneamente la norma antes citada, pues limita su sentido a los parámetros de las sentencias que hasta ese momento se habían referido a la caducidad extendida de la facultad determinadora de la Administración Tributaria, estableciendo que la caducidad de los seis años es aplicable solamente en los casos en que el contribuyente haya reportado con respecto a un rubro en específico" ingreso" y además cuando se haya provocado una acción típica " el ocultamiento", refiriendo que estos elementos no están ligados de forma expresa a la normativa referida ut supra, sino que son el producto de un razonamiento lógico del Juez en el caso concreto sometido a su análisis. Que según el artículo 94 del Código Tributario, la facultad determinadora de la Administración caduca en tres años, siendo ésta la regla general; que no obstante este período se puede duplicar en casos excepcionales, que cumplan con el presupuesto de hecho que la propia norma ha prevenido, esto es cuando no se hubiera declarado en todo o en parte; que en la especie lo que impulsa a la Administración Tributaria al acto de determinación son los elementos de convicción que llevan a sostener que ciertos gastos reportados por el contribuyente no fueron realizados en realidad, solicitando se case la sentencia atacada. La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, luego de haber confrontado la sentencia objetada con lo alegado por la casacionista, advierte en lo principal, que el razonamiento de los Juzgadores de instancia es errado, ya que no se puede partir de la presunción de que por el solo hecho de que el contribuyente haya declarado el Impuesto a la Renta, consignando los costos y gastos atribuibles al ingreso declarado, ésta fue declarada en forma completa. Que en tal situación cabe considerar, que los elementos que sustentan la base imponible del Impuesto a la Renta son: el ingreso, el costo y el gasto, por lo tanto el ocultamiento, que en el artículo 94 del Código Tributario se define como" en parte", es susceptible de constituirse sobre todos estos elementos, o sobre cualquiera de ellos, pues cualquier variación de estos elementos, incide de forma directa en la determinación del impuesto en mención; en este sentido, es necesario establecer si la diferencia

detectada por el ente de control tributario en lo que respecta a costos y gastos, tiene su origen en errores, omisiones, o negligencias, que no evidencien un ánimo deliberado de disminuir los ingresos, o incrementar los costos y gastos; o en si en efecto, las diferencias detectadas, configuran o no el ocultamiento deliberado de la renta neta, al incrementarse injustificadamente costos o gastos, lo que conlleva a que el plazo de caducidad sea de 6 años, tal como lo dispone el segundo inciso del artículo 94 del Código Tributario. Por lo que en el presente caso, sí se configura el cargo alegado por el recurrente. En tal virtud, casa la sentencia impugnada y se ratifica la legalidad y validez jurídica de la Resolución No. 109012017RREC155979 y de su antecedente la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 09201706500282466, de 31 de marzo de 2017, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2011.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09501-2017-00756

Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
Quito, 8 de febrero de 2019.-

1. ANTECEDENTES

1.1 Del contenido de la sentencia impugnada con relación al objeto del presente recurso de casación.- El Servicio de Rentas Internas ha interpuesto recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, a las 15h24, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, en la que se *"…declara CON LUGAR LA DEMANDA dejándose sin efecto la resolución impugnada y la liquidación de pago que es su antecedente, y se dispone que el monto caucionado reflejado en comprobante de transacción que obra a foja 208, sea devuelto con intereses a la parte actora, conforme al artículo 324 del COGEP…".*

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 de 4 de septiembre de 2018, a las 12h25, dictado por el doctor Juan G. Montero Chávez, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, en el que declara la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas, al amparo del caso quinto del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, bajo el cargo de errónea interpretación del art. 94 del Código Tributario.

1.2.2 Mediante escrito de 13 de noviembre de 2018 (fojas 7 a 13 del cuadernillo de Casación) la compañía actora BLOTEIN S.A., manifiesta que de conformidad al art. 6 de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, comunica formalmente el desistimiento incondicional y voluntario, de cualquier acción en contra del Servicio de Rentas Internas dentro del proceso que se sigue en esta Sala. La Autoridad Tributaria mediante escrito de 10 de enero de 2019 (fojas 19 a 19 vuelta del cuadernillo de casación), dice que pese a que el contribuyente se ha acogido a remisión, el pago lo está realizando mediante facilidades de pago, y consecuentemente no se ha pagado la totalidad de la obligación tributaria, requisito indispensable para que Administración Tributaria proceda con el desistimiento del presente recurso de casación y consecuentemente se disponga el archivo de la causa; y que además cabe indicar que en la autorización concedida por el Procurador General del Estado, se expresa textualmente que procede la autorización del desistimiento siempre y cuando se haya satisfecho la totalidad del pago de la obligación del saldo capital que ha sido objeto de la impugnación.

1.2.3 Sorteo de la causa número 09501-2017-00756, 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.

1.2.4 Auto de 29 de enero de 2019, a las 10h03, dictado por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la que se convoca a las partes a audiencia para el día martes 5 de febrero de 2019, a las 10h00, en la sala de audiencias del primer piso del edificio de la Corte Nacional de Justicia.

1.2.5 Audiencia oral en la que fueron escuchados las partes procesales: Por el recurrente el Servicio de Rentas Internas, su Procuradora Judicial la abogada Cristina Vera Mendoza, C.C. 1312406992, MP: 17-2014-65; y, por la parte actora, la compañía BLOTEIN S.A., su gerente general el señor Ricardo Rodríguez Morales, junto con el abogado Diego Fabricio Reyes Montuano, C.C. 0915167688, MP: 09-2016-601; quienes presentaron sus argumentos y alegaciones en defensa de sus mandantes, conforme consta en el Acta que obra a fojas 35 a 35 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 Procuradora Judicial del Servicio de Rentas Internas, en la audiencia convocada para conocer y resolver el recurso de casación, sustentó el mismo en el caso 5 del artículo 268 del COGEP, por cuanto, de conformidad con el auto de admisibilidad del recurso, se ha producido el siguiente vicio:

Cargo único: **"Errónea interpretación"** del art. 94 del Código Tributario.

3. ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

3.1 Del análisis del problema jurídico planteado.- El recurso de casación interpuesto por la Autoridad Tributaria 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 de 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 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. 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 Servicio de Rentas Internas, a través de su Procuradora Judicial, en su defensa técnica, en la audiencia convocada para conocer y resolver el presente recurso de casación, alegó y argumentó que el primer error de interpretación del Tribunal Contencioso Tributario consiste en su decisión de limitar el art. 94 numeral 2 del Código Tributario a los parámetros de las sentencias que hasta ese momento habían referido a la caducidad extendida de la facultad determinadora de la Administración Tributaria; es decir entender que esta disposición es aplicable únicamente en los casos que la inconducta del contribuyente se haya reportado con respecto a un rubro en específico "ingreso" y además cuando se haya provocado una acción típica "el ocultamiento", y estos elementos no están ligados de forma expresa a la norma invocada, sino que son el producto del razonamiento lógico de un juez en el caso concreto sometido a su análisis; que por lo tanto no hay motivo por el cual se considere que la caducidad extendida deba provocarse exclusivamente en aquellos casos; el segundo error de interpretación sucede cuando el Tribunal desatiende el carácter excepcional de la norma; que según el art. 94 del Código Tributario la facultad determinadora de la administración caduca en tres años, ésta es la regla general, pero este período se puede duplicar en casos excepcionales, peculiares que cumplan con el presupuesto de hecho que la propia norma ha prevenido "cuando no se hubiera declarado en todo o en parte"; que la primera regla del artículo en mención se produce *ipso jure*, es decir de derecho en todos los casos y la segunda la caducidad extendida, *ipso facto*, es decir una vez verificado el presupuesto establecido en la norma tributaria; que el juzgador para que pueda establecer la caducidad extendida aplicada por la Administración Tributaria, es necesario el razonamiento lógico del juez trascienda el análisis jurídico del sentido de la norma, debe el juzgador verificar los hechos concretos del caso y establecer si aquellos se encuadran en la previsión normativa que posibilita a la administración acudir a la caducidad extendida, para luego pronunciarse sobre si los hechos advertidos en ese caso son concordantes o no con tal presupuesto jurídico; que el análisis jurídico debía partir del caso concreto hacia el sentido normativo y no desde el sentido abstracto de la ley; que interpretar la norma de excepción de manera aislada del hecho que se suscita, hace que se pierda de vista el fin de la norma tributaria, que tiene como objeto evitar que los contribuyentes acudan a prácticas desleales que propicien la disminución ilegítima del pago de tributos; que la línea jurisprudencial ha establecido que la aplicación de la caducidad extendida además de probar el hecho en sí mismo, se requiere de elementos de convicción que aporten sobre la intención del contribuyente de evadir el pago de impuestos, y aquello porque el sentido, el fin de la norma de excepción es ese, y por lo tanto el juzgador debe procurar que aquel se cumpla, evitando caer en interpretaciones restrictivas que anulen el propósito de dicha disposición; que en el caso analizado lo que impulsa a la Administración Tributaria a la determinación, son los elementos de convicción que llevan a sostener que ciertos gastos reportados por el contribuyente no fueron realizados en realidad, no se constituye en elemento esencial por lo tanto el rubro en cuestión sino la manera como el contribuyente procedió a disminuir el pago de sus impuestos; que en la sentencia se declara que la Administración Tributaria se excedió en el tiempo establecido para ejercer su facultad determinadora, la incidencia de la debida interpretación del art. 94 numeral 2 es directa en la resolución de la causa, pues es sobre la base de circunstancias que se establece la legitimidad de la actuación del Servicio de Rentas Internas en la emisión del acto administrativo objeto de la impugnación contenciosa tributaria.

3.1.2 Por su parte, la defensa técnica de la compañía BLOTEIN S.A., a través de su abogado manifiesta: Que la compañía dentro del término correspondiente se acogió a la propuesta de remisión establecida en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación

de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal; que lo mencionado consta en la página web del SRI y así como también consta dentro del proceso; que además así lo citó el Servicio de Rentas Internas a través del Director Zonal 8, en el escrito que obra dentro del expediente, en consecuencia es voluntad de la compañía BLOTEIN S.A., seguir pagando puntualmente los valores que le corresponden según el acuerdo establecido con el SRI; que aunque se tiene resolución a favor, en el Tribunal de instancia, no se tiene interés de continuar con este proceso; que le corresponde al SRI desistir del recurso de casación; que solicita en atención a que se tiene un acuerdo de pagos según la ley antes mencionada, se archive este proceso.

3.1.3 El Servicio de Rentas Internas, a través de su Procuradora Judicial, en réplica dice: Que efectivamente el contribuyente ha presentado facilidades de pago, que existe resolución vigente de la Administración Tributaria respecto a esta petición, conforme consta en autos; que sin embargo es importante resaltar de que se tiene prohibición expresa por parte de la Procuraduría General del Estado, para desistir de los recursos, y pese a eso la Autoridad Tributaria, gestionó la autorización de dicho organismo, pero tanto en la normativa que ha señalado la parte actora, como lo que establece el oficio de autorización de parte del Procurador General del Estado, se le establece un lineamiento a la Administración, una limitación, cuando se puede proceder con el desistimiento del recurso; que en el presente caso el contribuyente no ha pagado la totalidad de la obligación, requisito básico, elemental para proceder con el desistimiento del recurso.

3.1.4 Por su parte, en la contrarréplica la compañía BLOTEIN S.A., a través de su abogado manifiesta: Que como se mencionó existe la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, que es una ley orgánica, y por el principio que rige dentro del derecho procesal, el de favorabilidad, la compañía se ha acogido a esta ley, es por eso que se ha llegado a un acuerdo de pagos; que la intención del representante de la compañía BLOTEIN S.A., es pagar dicho acuerdo que ya consta en el Servicio de Rentas Internas.

3.2 De la resolución del problema jurídico planteado.- El Servicio de Rentas Internas en su recurso de casación manifiesta que en la sentencia de instancia el Tribunal ha interpretado erróneamente el numeral 2 artículo 94 Código Tributario, ya que limita su sentido a los parámetros de las sentencias que hasta ese momento habían referido a la caducidad extendida de la facultad determinadora de la Administración Tributaria, determinando que la caducidad de los seis años es aplicable únicamente en los casos que la inconducta del contribuyente se haya reportado con respecto a un rubro en específico "ingreso" y además cuando se haya provocado una acción típica "el ocultamiento", y que estos elementos no están ligados de forma expresa a la norma invocada, sino que son el producto del razonamiento lógico de un juez en el caso concreto sometido a su análisis; que según el art. 94 del Código Tributario la facultad determinadora de la administración caduca en tres años, ésta es la regla general, pero este período se puede duplicar en casos excepcionales, peculiares, que cumplan con el presupuesto de hecho que la propia norma ha prevenido, esto es cuando no se hubiera declarado en todo o en parte; que en la especie lo que impulsa a la Administración Tributaria al acto de determinación son los elementos de convicción que llevan a sostener que ciertos gastos reportados por el contribuyente no fueron realizados en realidad.

Consecuentemente, a fin de establecer si se configura o no el cargo alegado, este Tribunal Especializado empieza su análisis transcribiendo la norma de derecho que el recurrente estima erróneamente interpretada.

<u>CÓDIGO TRIBUTARIO</u>.

> ***"Art. 94.-*** *Caducidad.- Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo:*
> *1. En tres años, contados desde la fecha de la declaración, en los tributos que la ley exija determinación por el sujeto pasivo, en el caso del artículo 89;*
> *2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte; y,*
> *3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos."*

3.2.1 En la sentencia analizada, a fojas 346 a 347 vuelta, el Tribunal de instancia indica: "***7.- Motivación.- 7.1)*** *En primer lugar, TENGAMOS PRESENTE VARIOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES que deben aplicarse a las controversias jurídicas y que corresponden a la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA vigente, en la parte que DICE: "Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso*

*gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión".--- El Art. 76, ordena 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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (…)"; **7.2)** Respecto del ejercicio económico 2011 la declaración de impuesto a la renta fue presentada el 18 de abril de 2012; y el 15 de diciembre de 2016 le fue notificada la comunicación de diferencias; **7.3)** Desde la fecha de presentación de la declaración hasta la fecha de la notificación de la comunicación de diferencias, transcurrieron más de 3 años y menos de 6 años, por lo que debe analizarse si al caso es aplicable el numeral 1 (3 años para que opere la caducidad) o el numeral 2 (6 años para que opere la caducidad) del artículo 94 del Código Tributario; **7.4)** La disposición legal que debe analizarse, es el artículo 94 del Código Tributario, que señala lo siguiente: "Art. 94.- Caducidad.- Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo: 1. En tres años, contados desde la fecha de la declaración, en los tributos que la ley exija determinación por el sujeto pasivo, en el caso del artículo 89; 2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte; (…)"; **7.5)** El punto en discusión en el presente caso radica en establecer las diferencias entre los numerales 1 y 2 del artículo 94 del Código Tributario. Al respecto se considera lo siguiente: **7.6)** Cuando el sujeto pasivo debe presentar una declaración de impuestos, y no lo hace, no hay duda que la caducidad opera a los 6 años; **7.7)** Cuando el sujeto pasivo debe presentar una declaración de impuestos, y cumple con ello, el ejercicio de la facultad determinadora por parte de la administración puede originar como resultado que la administración establezca que el impuesto causado declarado es correcto, o que es más alto, o que es más bajo; produciéndose en el último supuesto, una diferencia a favor del sujeto activo del tributo; **7.8)** La norma debe ser analizada respecto al último supuesto (esto es, que la administración establezca que el impuesto causado declarado es inferior al determinado por la administración tributaria, originándose en consecuencia un tributo a favor del fisco), pues de no encontrarse diferencias entre lo declarado y lo determinado, no existe controversia alguna; y en caso de diferencias a favor del sujeto pasivo, la misma no revertiría efectos adversos al contribuyente, que son los que originan las impugnaciones que corresponden dilucidarse en el ámbito contencioso tributario. Por ello, puede razonablemente inferirse que, coexistiendo los numerales 1 y 2 del artículo 94 del Código Tributario, el plazo durante el cual debe la administración iniciar, oportunamente, sus actos de determinación no siempre es de 6 años, y que el hecho de que exista una diferencia a favor del fisco como producto de la determinación, no provoca necesariamente que la caducidad opere a los 6 años; **7.9)** En ese sentido, la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso de Casación No. 64-2001, publicada en el Registro Oficial No. 265 del 03 de febrero del 2004, reconoce esa distinción, al censurar "la equivocada tesis de que toda caducidad es de seis años, lo cual riñe con los propósitos de la Ley de conceder a la administración un mayor plazo para descubrir el ocultamiento de ingresos. (…)"; **7.10)** En cuanto al parámetro para determinar cuál de los plazos es el que debe aplicarse, el fallo dictado el 13 de enero del 2011, por la misma Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso de Casación No. 28-2010, publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 30 del 29 de julio del 2013, establece: "Ha sido criterio de esta Sala, en más de triple fallo reiterativo, lo que constituye jurisprudencia obligatoria al tenor de lo señalado en el art. 19 de la Ley de Casación, que para que se considere que el plazo de caducidad de la facultad determinadora, sea de seis años y no de tres años, ha de existir el ocultamiento de un rubro o tipo de renta, y no la simple diferencia numérica entre lo glosado y lo declarado, porque en ese caso, todos los plazos de caducidad serían de 6 y no en 3 años; en consecuencia, debió la Administración fijar con precisión qué tipo de renta o rubro de ingreso el contribuyente dejó de declarar. (…)"; **7.11)** RESPECTO A LA CADUCIDAD, en el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas se la define como el "lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho" o también como la "cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello"; **7.12)** Rodrigo Patiño Ledesma en su obra "Sistema Tributario Ecuatoriano" (Tomo Primero "Principios del Derecho Tributario y Régimen Tributario Administrativo", Universidad del Azuay, 2013, páginas 123 a 127) manifiesta que en el ámbito del Derecho Tributario la caducidad está caracterizada por tener "como finalidad dar celeridad al procedimiento tributario y evitar que con*

*posterioridad a los plazos establecidos en la ley, se produzcan actos administrativos que resultan nulos por la falta de capacidad para producir esos efectos, en razón de la perdida, por el transcurso del tiempo, de la facultad administrativa para ejercer válidamente sus funciones", expresa también que la "caducidad implica la extinción de las facultades de las autoridades para comprobar y verificar el cumplimiento de las normas tributarias, determinar los créditos, resolver reclamos o imponer sanciones", y, señala de este modo que "la caducidad en el Derecho Tributario, obedece a un concepto de seguridad jurídica, asentado en el principio de eficacia y oportunidad en la producción de los actos administrativos, producción que estará sujeta obligatoriamente a los plazos señalados en la ley, con la consecuencia de que esos actos no podrán ejercerse fuera de esos límites temporales, porque de así suceder, su actuación y los resultados que de él se pretendan, carecen de efecto jurídico alguno"; **7.13)** En el caso sometido a este litigio judicial, según consta del proceso y como ha quedado establecido, la diferencia detectada en el acto determinativo no proviene de ocultación de INGRESOS, que fue la razón en la que se sustentó la Sala Especializada en los fallos de la Corte Nacional antes citados, para la aplicación del plazo de caducidad de seis años. En el presente caso, el contribuyente no ha efectuado un acto de ocultamiento, sino que por el contrario el sujeto pasivo ha registrado e informado a la administración tributaria a través de la declaración, la cuantía de los costos y gastos, ante lo cual el sujeto activo tenía la posibilidad de cuestionar y verificar, desde el día siguiente a la fecha de la presentación de la declaración, los valores consignados por esos conceptos (costos y gastos), a diferencia de lo que ocurre cuando el contribuyente oculta un tipo de renta o ingreso, caso en el cual el plazo de control se extiende a los seis años, en función del esfuerzo que debe realizar la administración tributaria para descubrir la renta omitida u ocultada; **7.14)** Adicionalmente a lo señalado, se hace referencia a que sobre este tema (es decir cuando de por medio están en discusión solamente gastos), se ha pronunciado la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en el Recurso No. 7-2008 (Registro Oficial Edición Especial No. 135 del 26 de abril de 2011), de la siguiente manera: "QUINTO: Respecto de la caducidad ocurre algo similar. Puede ser afrontada a pedido de parte interesada o en forma oficiosa. En el caso ha sido mencionada por la administración al proponer el recurso de casación. Igualmente el punto aparece en la resolución impugnada. Lo medular del asunto estriba en gastos de reembolsos que no son aceptados por la administración. No se trata de ocultamiento de ventas. Por ello la caducidad a aplicar es de tres años en lo que concierne al ejercicio 2000"; **7.15)** Interpretar el numeral 2 del artículo 94 del Código Tributario, como lo hace la administración, en el sentido de que la declaración parcial del tributo se produce con la inclusión de gastos no reales o con el incremento injustificado de costos o gastos en la declaración, significaría que todo tipo de diferencias numéricas ocasione que la caducidad se produzca en 6 años, lo que es incongruente con la distinción de plazos que realiza el artículo 94 del Código Tributario;...".*

3.2.2 Como se mencionó anteriormente el caso 5 del art. 268 del COGEP, parte de hechos probados, y en la sentencia en el considerando 7 numerales 7.2) y 7.3) (fojas 346) consta como tal lo siguiente: ***"7.- Motivación.-*** *…**7.2)** Respecto del ejercicio económico 2011 la declaración de impuesto a la renta fue presentada el 18 de abril de 2012; y el 15 de diciembre de 2016 le fue notificada la comunicación de diferencias; **7.3)** Desde la fecha de presentación de la declaración hasta la fecha de la notificación de la comunicación de diferencias, transcurrieron más de 3 años y menos de 6 años, por lo que debe analizarse si al caso es aplicable el numeral 1 (3 años para que opere la caducidad) o el numeral 2 (6 años para que opere la caducidad) del artículo 94 del Código Tributario;".*

3.2.3 Con fundamento en los hechos probados antes mencionados el Tribunal de instancia en el considerando 7 numeral 7.13 (fojas 347 a 347 vuelta), interpreta el numeral 2 del art. 94 del Código Tributario de la siguiente manera: *"**7.13)** En el caso sometido a este litigio judicial, según consta del proceso y como ha quedado establecido, la diferencia detectada en el acto determinativo <u>no proviene de ocultación de INGRESOS, que fue la razón en la que se sustentó la Sala Especializada en los fallos de la Corte Nacional antes citados, para la aplicación del plazo de caducidad de seis años</u>. En el presente caso, el contribuyente no ha efectuado un acto de ocultamiento, sino que por el contrario el sujeto pasivo ha registrado e informado a la administración tributaria a través de la declaración, la cuantía de los costos y gastos, ante lo cual el sujeto activo tenía la posibilidad de cuestionar y verificar, desde el día siguiente a la fecha de la presentación de la declaración, los valores consignados por esos conceptos (costos y gastos), a diferencia de lo que ocurre cuando el contribuyente oculta un tipo de renta o ingreso, caso en el cual el plazo de control se extiende a los seis años, en función*

del esfuerzo que debe realizar la administración tributaria para descubrir la renta omitida u ocultada;"
3.2.4 En virtud de lo expuesto, cabe mencionar en primer lugar que la caducidad implica la pérdida para ejercicio de la facultad determinadora de la obligación tributaria por parte de la Administración Tributaria, y la misma tiene como finalidad dar celeridad al procedimiento tributario y evitar que con posterioridad a los plazos establecidos en la ley, se produzcan actos administrativos que resultan nulos por la falta de capacidad para producir efectos, en razón de la pérdida, por el transcurso del tiempo de la facultad administrativa para ejercer válidamente sus funciones. José Vicente Troya Jaramillo al referirse a la caducidad dice: *"…Para el orden tributario consiste en el enervamiento de la facultad determinadora de obligaciones tributarias que ostenta la administración activa. Ocurre por el transcurso del tiempo. Dicho de otro modo, dentro de lo que en el derecho administrativo se considera la oportunidad, los actos administrativos de determinación de obligación tributaria deben emitirse tempestivamente.- Caduca la facultad de la administración para determinar las obligaciones tributarias;... La caducidad es institución de derecho público. Opera de oficio y debe ser reconocida y declarada a petición de parte o sin ella, por autoridades administrativas y jueces".* (José Vicente Troya Jaramillo, "Manual de Derecho Tributario"; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2014; páginas 258 a 259). En segundo lugar debemos considerar que el art. 94 del Código Tributario a más de señalar con precisión el ámbito de la caducidad de la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria que opera por el transcurso de los plazos en él establecidos, señala también el ámbito de aplicación de dichos plazos, distinguiéndose entre aquellos casos en que existe una declaración presentada por el contribuyente y aquellos en que la declaración no fue presentada, y respecto de la presentada cuando no se hubiere declarado en todo o en parte. Cuando la norma utilizada el término en parte merece indagarse, porque si hubo declaración, el plazo de caducidad debe remitirse al supuesto contenido en el numeral 1 del art. 94 del Código Tributario (3 años contados desde la fecha de la declaración), pero si la declaración fue realizada fuera de ese plazo o en parte, dichos presupuestos deben remitirse al supuesto contenido en el numeral 2 *ibídem* (6 años contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte). En este último caso, la constancia de que la declaración es en parte pasa por la veracidad, objetividad y honestidad de la información consignada en la declaración, de ahí que solo sería admisible aplicar el plazo de 3 años cuando las diferencias o inconsistencias detectadas por la Administración obedezcan a errores de buena fe, sean estos formales, aritméticos o de cálculo, pero no cuando dichas diferencias o inconsistencias sean atribuidas a errores sustanciales como claros indicadores de intencionalidad de perjudicar al fisco, en cuyo caso el plazo de caducidad será el de 6 años, y por tratarse de un presupuesto fáctico deben observarse no solo los presupuestos establecidos en la norma para considerar un costo o gasto como deducible, sino que el mismo debe cumplir con aquellos requisitos formales y materiales. Y en tercer lugar, se debe resaltar que los actos administrativos tributarios de conformidad a lo establecido en el art. 82 del Código Tributario, gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, y están llamados a cumplirse desde que se encuentren firmes, por lo que ante su impugnación, le corresponde al sujeto pasivo desvirtuar dichas presunciones, aportando pruebas conducentes a destruir y contradecir las presunciones legales atribuidas al acto administrativo producidas por el ente de control tributario. Bajo estos supuestos, en la especie le correspondía a la compañía actora BLOTEIN S.A., desvirtuar en el proceso judicial las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de las que goza la Resolución No. 109012017RREC155979, emitida por el Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, el 14 de septiembre de 2017; en el que se determina que el contribuyente no probó la sustancia económica de las transacciones objetadas; de ahí que el razonamiento del juzgador de que "*En el caso sometido a este litigio judicial, según consta del proceso y como ha quedado establecido, la diferencia detectada en el acto determinativo <u>no proviene de ocultación de INGRESOS</u>, que fue la razón en la que se sustentó la Sala Especializada en los fallos de la Corte Nacional antes citados, para la aplicación del plazo de caducidad de seis años. <u>En el presente caso, el contribuyente no ha efectuado un acto de ocultamiento</u>, <u>sino que por el contrario el sujeto pasivo ha registrado e informado a la administración tributaria a través de la declaración</u>, la cuantía de los costos y gastos, ante lo cual el sujeto activo tenía la posibilidad de cuestionar y verificar, desde el día siguiente a la fecha de la presentación de la declaración,…"* (el subrayado es de esta Sala);

deviene en un razonamiento errado, no se puede partir de la presunción de que por el solo hecho de que el contribuyente haya declarado el Impuesto a la Renta, consignando los costos y gastos atribuibles al ingreso declarado, ésta fue declarada en forma completa; ante lo cual se debe considerar en primer lugar, que para la declaración del Impuesto a la Renta, es necesario establecer la base imponible, la cual de forma general se obtiene restando de los ingresos declarados, los costos y gastos atribuibles a dichos ingresos, costos y gastos que para ser considerados como deducibles, deben cumplir con los requisitos formales y materiales para que éstos sustenten su deducibilidad en la determinación de la base imponible para el cálculo del Impuesto a Renta; en segundo lugar, que al existir valores por costos y gastos atribuibles al ingreso, no justificados por el contribuyente, se está incluyendo en la declaración del Impuesto a la Renta del sujeto pasivo de tributos, operaciones que carecen de la sustancia económica, los cuales sin duda afectan a la determinación de la base imponible del Impuesto a la Renta, cuyo efecto tributario denota un ocultamiento de la realidad del impuesto causado; sin embargo, el Tribunal juzgador considera que la declaración así realizada es "completa" en cuanto a los costos y gastos, y que solo podrá ser considerada como incompleta o "en parte", si se trata del ocultamiento de *"INGRESOS"*; y en tercer lugar, si en el establecimiento de la base imponible para la determinación del Impuesto a la Renta, se deben considerar tanto los ingresos, como los costos y gastos incurridos para generar dichos ingresos, consecuentemente de forma general podemos decir, que los elementos que sustentan la base imponible del Impuesto a la Renta son: el ingreso, el costo y el gasto, por lo tanto el ocultamiento, que en el art. 94 del Código Tributario se define como "*en parte*", es susceptible de constituirse sobre todos estos elementos, o sobre cualquiera de ellos, pues cualquier variación de estos elementos, incide de forma directa en la determinación del impuesto en mención; en este sentido, es necesario establecer si la diferencia detectada por el ente de control tributario en lo que respecta a costos y gastos, tiene su origen en errores, omisiones, o negligencias, que no evidencien un ánimo deliberado de disminuir los ingresos, o incrementar los costos y gastos; o en si en efecto, las diferencias detectadas, configuran o no el ocultamiento deliberado de la renta neta, al incrementarse injustificadamente costos o gastos, lo que conlleva a que el plazo de caducidad sea de 6 años, tal como lo dispone el segundo inciso del art. 94 del Código Tributario.

Por lo expuesto, sí se configura el cargo alegado por el recurrente al amparo del caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos.

4. DECISIÓN

4.1 Por los fundamentos expuestos, al tenor del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** resuelve:

5. SENTENCIA

5.1 CASAR la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, a las 15h24, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas, dentro del juicio de impugnación No. 09501-2017-00756, consecuentemente se ratifica la legalidad y validez jurídica de la Resolución No. 109012017RREC155979, emitida por el Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, el 14 de septiembre de 2017, y de su antecedente la Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración No. 09201706500282466, de 31 de marzo de 2017, emitida por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2011.

5.2 Sin costas.

5.3 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. 17510-2014-0058
Resolución Nro. 17510-2014-0058
Fecha: 17 abril 2019, 11h04

TEMA: La errónea interpretación debe ser determinante en la decisión de la causa, pues dicho yerro está ligado intrínsecamente al análisis e interpretación que realizó el Tribunal del principio de la realidad de los hechos económicos (esencia sobre la forma).

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

RNFCB, presidente ejecutivo y representante legal de la compañía Aseguradora del Sur C.A., comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, impugnando las actas de determinación Nos. 17201401357750 y 1720141357752 emitidas por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, el 21 de noviembre de 2014, por concepto de impuesto a la salida de divisas, por los períodos de enero a diciembre de 2011 y 2012, respectivamente. La parte actora como alegación principal solicita la declaración de nulidad de las actas impugnadas por cuanto estima que la Administración Tributaria ha incurrido en una" falsa motivación" respecto del alcance del hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, previsto en el primer inciso del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, sosteniendo que la Administración Tributaria ha realizado una interesada interpretación del contrato de reaseguro, al que se le ha desconocido sus características de tracto sucesivo, con obligaciones mutuas y sucesivas, que no se agotan con la cesión de la prima al reasegurador, así como también una arbitraria equiparación de la compensación con el pago; lo que a su criterio vulnera el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República que establece el mandato de que todos los actos administrativos deben estar debidamente motivados so pena de nulidad; subsidiariamente, en el evento de que no se declare la nulidad del acto impugnado, pide que se dejen sin efecto las diferencias a pagar establecidas a cargo de la actora.Por su parte, la Administración Tributaria, en la contestación a la demanda, ha negado los fundamentos de hecho y de derecho del libelo inicial y ha manifestado que los actos impugnados se encuentran debidamente sustentados. El Tribunal A-quo, luego del análisis pertinente, señaló en lo esencial, que la parte actora impugna las actas de determinación por cuanto entiende de un modo particular la norma del primer inciso del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y la Administración Tributaria lo hace de otro manera, lo que implica un diferendo de puro derecho entre las partes. Por lo que no considera que se haya producido la nulidad de los actos administrativos impugnados por" falsa motivación"; no obstante, manifiesta que es pertinente efectuar un análisis del asunto de controversia de fondo suscitada entre las partes. En este contexto advierte que, del contenido de los numerales 3.6.2. de las dos actas de determinación tributaria impugnadas, la Administración Tributaria establece que la compañía actora ha pagado los valores de $9,923.762,80 y $10.769.664,8, respectivamente, compensando la suma de las comisiones por reaseguros correspondientes a sus ingresos con la cuenta por pagar por concepto de" PRIMAS

POR PAGAR REASEGUROS CEDIDOS AL EXTERIOR", sin realizar el pago del impuesto de salida de divisas, sobre dichos valores; operación de compensación que afirma la Autoridad Tributaria, son en su esencia económica (artículo 17 del Código Tributario), un traslado de recursos financieros del contribuyente al exterior, y por tanto, concluye que las sumas antedichas constituyen la base imponible gravada del ISD de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador por los períodos de enero a diciembre de los años 2011 y 2012, en su orden. En este orden de ideas, el Tribunal A-quo, cita el artículo 160 ibídem, vigente hasta diciembre de 2014, únicamente para evidenciar, formalmente, que la base imponible del impuesto a la salida de divisas previsto en la referida disposición, no incluía la compensación como presupuesto fáctico normativo de dicho impuesto, el cual sí fue incluido con la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, evidenciando que lo que está en discusión es la" esencia económica" de las transacciones efectuadas por Aseguradora del Sur C.A., en función del manejo contable develado en los actos de determinación practicados por el mismo Servicio de Rentas Internas. En consecuencia, señala que no se ha podido establecer la ocurrencia del hecho generador del impuesto a la salida de divisas, en su configuración legal prevista en los artículos 156 y 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador vigente en los periodos 2011 y 2012 en estas transacciones, por lo que sustenta la alegación subsidiaria planteada por la parte actora. En tal virtud, acepta la demanda de impugnación deducida por la compañía Aseguradora del Sur C.A. y deja sin efecto ni valor jurídico alguno las actas de determinación Nos. 17201401357750 y 1720141357752.

SÍNTESIS CASACIÓN

La abogada SOA, en calidad de procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo el cargo de errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, esgrimiendo que el error in iudicando que comete la Sala en el fallo anteriormente enunciado, es otorgar un alcance o sentido distinto al artículo 156 de la Ley de Equidad Tributaria del Ecuador, resultando errada la interpretación realizada por la Sala en cuanto al hecho generador del impuesto a la salida de divisas, puesto que el estudio abstracto de la norma efectuado por la Sala, considera como hecho generador de este impuesto solamente a la transferencia o traslado de divisas a través del pago efectivo, dejando de lado a la compensación, entendida ésta como un pago abreviado que si bien no implica el uso o aplicación del efectivo; ello no provoca que el pago simplificado sea inexistente y por tanto no se dé la transferencia o traslado de divisas, por lo que solicita se case la sentencia. La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, luego de haber confrontado la sentencia objetada con lo alegado por la casacionista, advierte en lo medular, que la alegada errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, así existiese, no es determinante en la decisión de la causa, pues dicha interpretación está ligada intrínsecamente al análisis e interpretación que realizó el Tribunal de principio de la realidad de los hechos económicos (esencia sobre la forma), de tal modo que, al dictar la sentencia, el Tribunal, de manera congruente resolvió el caso respetando lo dispuesto en el artículo 273 del Código

Tributario, siendo inobjetable que la alegada errónea interpretación de las normas de derecho invocadas por la recurrente en su recurso de casación, no tiene el carácter de determinante en la parte dispositiva de la sentencia, porque el fondo de la controversia se circunscribe a establecer si las compensaciones realizadas por Aseguradora del Sur C.A. con las distintas compañías de seguros y reaseguros del extranjero, constituyen o no hecho generador del impuesto a la salida de divisas, por implicar salida de divisas, como resultado de la aplicación del artículo 17 del Código Tributario, siendo imposible que este Tribunal se pronuncie al respecto cuando dicha norma, al no haber sido recurrida o citada como norma de derecho sustantivo infringida, no integra la proposición jurídica completa, y por lo tanto cualquier interpretación que se dé a las otras normas de derecho que la integran, no tiene la calidad de determinante, ya que dicha interpretación depende directamente de la aplicación e interpretación de la norma de derecho que no fue propuesta y por ende no admitida, motivo por el cual no hay causal de casación. Por lo tanto, no se verifica la configuración de la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. En tal virtud, no se casa la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17510-2014-0058

Juez Ponente: Dr. Darío Velástegui Enríquez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
Quito, a 17 abril 2019, 11h04.-
VISTOS: (17510-2014-0058)
I. ANTECEDENTES:
1.1. La abogada Shariam Olmedo Armijos, en calidad de procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, 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 26 de abril de 2018, las 16h15, dentro del juicio de impugnación No. 17510-2014-0058, deducido por el señor Neptali Cevallos Breilh, en calidad de gerente general y representante legal de la Compañía ASEGURADORA DEL SUR C.A., en contra de las Actas de Determinación Nos. 17201401357750 y 17201401357752, por concepto de Impuesto de Salida de Divisas de los ejercicios fiscales de enero a diciembre de 2011 y enero a diciembre de 2012, respectivamente, de fecha 21 de noviembre de 2014, emitidas por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, fallo que en su parte relevante señala: ***"(…) resuelven aceptar la demanda de impugnación deducida por el señor Rodrigo Neptalí Fernando Cevallos Breilh, en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de la compañía Aseguradora del Sur C.A.; y, en consecuencia dejan sin efecto ni valor jurídico alguno las actas de determinación Nos. 17201401357750 y 1720141357752, emitidas por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas el 21 de noviembre de 2014, por concepto de impuesto a la salida de divisas ISD-, por los períodos de enero a diciembre de 2011 y 2012, respectivamente. (…)".***
1.2. La pretensión jurídica de la procuradora fiscal del Servicio de Rentas Internas, es que: ***"(…) en atención a lo expuesto, tomando en cuenta que sus actuaciones se deben ajustar al debido proceso y consecuentemente al derecho, conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Codificación de la Ley de Casación; fundamento el recurso en la causal primera del artículo 3 del mencionado cuerpo legal, esto es la errónea interpretación de la norma de derecho que influye en la parte dispositiva de la sentencia previamente enunciada y delimitada, cumplidos los requisitos formales establecidos en el artículo 6 de la mencionada***

ley y encontrándome dentro del término legal para interponer el presente Recurso de Casación, conforme lo contempla el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y por tratarse de un proceso de conocimiento, solicito a ustedes me concedan el presente recurso con efecto suspensivo conforme lo ordena el último artículo citado y remita el proceso en la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, autoridad competente conforme el artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador, a fin de que la sentencia de fecha 05 de abril de 2018, las 11h42, dentro del juicio No. 17510-2014-0058, sea examinada por esta Autoridad. " (Transcripción del escrito correspondiente); y,

1.3. El recurso de casación fue admitido a trámite por el Tribunal A quo mediante auto de 07 de mayo del 2018, las 16h34; ante los Jueces de 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. Del acta de sorteo que consta a fojas 27 del expediente de casación, se ha radicado la competencia en la doctora Ana María Crespo Santos, Jueza Nacional en su calidad de Ponente, en el doctor José Luis Terán Suárez y en el doctor Darío Velástegui Enríquez, en sus calidades de Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de 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; 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. 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 artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral primero del segundo inciso del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y numeral 2 del art. 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por mandato de la Disposición reformatoria segunda numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos y 1 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. La abogada Shariam Olmedo Armijos, en calidad de procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, fundamenta su recurso de casación con base en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, cuyo yerro lo sustenta en el vicio de errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, mismo que, mediante auto de 18 de septiembre de 2018, las 11h01, el doctor Iván Rodrigo Larco Ortuño, en su calidad de Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, declaró admisible el recurso de casación al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, exclusivamente por el art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador.

4.1.1. Respecto del vicio de errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, el casacionista expone que: ***"(…) el yerro de la Sala de instancia se cometió al momento de analizar el alcance de esta norma y todas las posibles operaciones económicas comprendidas en esta que dan lugar al hecho generador del Impuesto a la Salida Divisas. (…)", así mismo: "(…) El error in iudicando que comete la Sala en el fallo previamente enunciado, es otorgar un alcance o sentido distinto al artículo 156 de la Ley de Equidad Tributaria del Ecuador. Resulta errada la interpretación realizada por la Sala en cuanto al hecho generador del ISD, puesto que el estudio abstracto de la norma efectuado por la Sala, considera como hecho generador de este impuesto solamente a la transferencia o traslado de divisas a través del pago efectivo, dejando de lado a la compensación, entendida esta como un pago abreviado que si bien no implica el uso o aplicación del efectivo; ello no provoca que el pago simplificado sea inexistente y por tanto no se dé la transferencia o traslado de divisas (…)", para más adelante manifestar: "(…) En virtud del error interpretativo del art. 156 de la Ley de Equidad Tributaria del Ecuador, esto es no considerar a la compensación como cumplimiento del traslado o transferencia de divisas al exterior en relación a una operación (entre aseguradora local y aseguradora del***

exterior) materializado a través de un pago de cualquier naturaleza, el Tribunal A quo yerra al dejar sin efecto las actas de determinación del ISD de los periodos de enero a diciembre del ejercicio económico 2011 y 2012, toda vez que la incorrecta interpretación de la norma citada, hubiera permitido que, la sentencia respectiva se ratifique en el contenido del acto administrativo mencionado." El casacionista concluye estableciendo que: ***"(…) La Sala debió interpretar el verdadero sentido y alcance del artículo 156 de la Ley de Equidad Tributaria, estableciendo que ha razón de una operación, la transferencia o traslado de divisas al exterior a través de pagos de cualquier naturaleza, con o sin intermediación financiera, extendiéndose a la compensación como pago abreviado o simplificado, que aun cuando no implica pago en efectivo si se cumple con la significación jurídica u económica de pago al existir la satisfacción de una obligación, y por lo tanto, permiten que ocurra el presupuesto abstracto de la norma que da lugar a la obligación de cumplir con el ISD. Así, la Sala debió en su parte resolutiva rechazar la demanda, y confirmar las Actas de Determinación del ISD por el periodo de enero a diciembre del año 2011 y 2012 de la compañía ASEGURADORA DEL SUR, estableciendo que el afianzamiento cancelado deberá ser considerado como abono a las obligaciones tributarias determinadas.".***

4.2. Realizado el traslado a la empresa ASEGURADORA DEL SUR C.A., dando contestación a la admisibilidad en referencia, en lo que se refiere a la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, manifiesta que: ***"(…) En el Recurso de Casación propuesto por la Administración Tributaria, se pretende introducir un sustento jurídico mutilado del utilizado al emitir las actas de determinación, al contestar la demanda y al dictarse la sentencia de instancia; es decir, se presenta una proposición jurídica incompleta basada exclusivamente en una supuesta errónea interpretación del primer inciso del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, cuando como ha quedado plenamente demostrado, es inobjetable la preponderancia del Art. 17 del Código Tributario en la interpretación del primer inciso del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria. (…) En efecto, señores Jueces, la señora Procuradora Fiscal en su escrito de casación pretende sustentar su acusación en citas descontextualizadas del fallo dictado el 5 de abril de 2018 (…)*** Luego de realizar un análisis contrastando lo referido por la parte recurrente en su recurso de casación y la sentencia recurrida el actor manifiesta: ***"(…) En conclusión señores jueces nacionales, no existe un nexo causal entre la parte dispositiva de la sentencia de instancia y las normas de derecho que habría sido erróneamente interpretada, tal como invoca la casacionista en el recurso. Si la autoridad demandada quería proferir la acusación de "errónea interpretación de una norma de derecho" esa acusación debía estar relacionada con el Art. 17 del Código Tributario y no con el Art. 156 de la Ley Reformatoria de la Ley de Equidad Tributaria para el Ecuador, pues, fue con base a esa norma que el Tribunal A quo dicto la sentencia, y lo hiso porque tanto en la motivación del acto administrativo impugnado, cuanto la contestación de la demanda, el acreedor tributario sostuvo que en aplicación de la disposición del Art. 17 del Código Tributario (hecho económico) las "compensaciones" realizadas por mi representada, debían entenderse subsumidas dentro del hecho económico del "pago", porque*** sí implica una salida de divisas.(…) concomitantemente de lo expuesto el actor manifiesta: ***"(…) La autoridad demandada nunca objetó que "el pago" y "la compensación" son instituciones jurídicas distintas; por el contrario, siempre reconoció que mi representada extinguió sus obligaciones con los reaseguradores mediante la compensación y, reconociendo tal hecho (la existencia de compensación) sostuvo que, a consecuencia de la aplicación del principio del hecho económico por el Art. 17 del Código Tributario, <u>la compensación realizada debía considerarse gravada</u>, por estar incursa en el hecho generador previsto en el Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. (…) Los nuevos argumentos de la Administración incluidos en este improcedente recurso de casación están encaminados a equiparar las instituciones del "pago" y la "compensación" para hacerlas iguales, cuando formal y materialmente son completamente distintas, pues tienen un alcance y contenido, tanto jurídico como económico diferentes. Para desvirtuar la absurda pretensión de equiparar el pago con la compensación, la Sala de Casación debe de considerar que <u>la extinción de las obligaciones</u> viene a ser el género <u>mientras que los modos que enlista el Art. 1583 del Civil</u>***

(sic) (1.- por convención de las partes interesadas que sean capaces de disponer libremente de lo suyo; 2.- por la solución o pago efectivo; 3.- por la novación; 4.- por la transacción; 5.- por la remisión; 6.- por la compensación, etc.) vienen a ser la especie. Continuando con su análisis de la siguiente forma: ***(…) es necesario que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia deje claramente establecido que el Art. 156 contiene los presupuestos para el nacimiento del ISD que corresponde al "traslado o transferencia de divisas", y que en la compensación aquello no se produce, sino únicamente un movimiento de índole contable entre los deudores y acreedores recíprocos".*** Más adelante señala que: ***"(…) Decimos que el caso de SEGUROS UNIDOS, contiene similar patrón fáctico que el presente recurso, pues en ambos casos la norma es determinante en la parte dispositiva fue el Art. 176 del Código tributario y esta norma no fue objeto del recurso interpuesto, por lo que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario ya se pronunció rechazando el recurso interpuesto.(…) He demostrado que al haberse limitado el Recurso de Casación a la acusación de errónea interpretación del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, la conclusión del tribunal de Instancia de que Administración "ha hecho una inadecuada aplicación del Art. 17 del Código Tributario" no puede ser modificada; así mismo, he demostrado que el primer inciso del Art. 156 de la LRETE que habría sido erróneamente interpretada, no ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia y que solo con la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, publicada en el Suplemento del Registro Oficina (sic) No. 405 de 29 de diciembre de 2014, la compensación paso a formar parte de la base imponible del ISD.***

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 la abogada Shariam Olmedo Armijos, en calidad de procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, se enmarca dentro de la causal y cargo propuesto:

CAUSAL PRIMERA: El recurrente considera que en el fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, con fecha 5 de abril de 2018, las 11h42; ha incurrido en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, al acusar por el vicio de errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador.

VI. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CASACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

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 el cargo admitido:

6.2.1. Para el análisis de problema propuesto, corresponde a esta Sala transcribir el contenido del considerando quinto, del fallo recurrido: ***"(…) QUINTO: (…) 5.3. En el caso, del contenido de los numerales 3.6.2. de las dos actas de determinación tributaria impugnadas (cuadros Nos. 6 las dos), la administración tributaria establece que la compañía actora ha pagado los valores de $9,923.762,80 y $10.769.664,81 (fs. 20 vta. 33 vta.) respectivamente, compensando la suma de las comisiones por reaseguros correspondientes a sus ingresos con la cuenta por pagar por concepto de "PRIMAS POR PAGAR REASEGUROS CEDIDOS AL EXTERIOR", sin realizar el pago del impuesto de salida de divisas, sobre dichos valores; operación de compensación que afirma la autoridad tributaria, son en su esencia económica (artículo 17 del Código Tributario), un traslado de recursos financieros del contribuyente al exterior, y por tanto, concluye que las sumas antedichas constituyen la base imponible gravada del ISD de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador por los períodos de enero a diciembre de los años 2011 y 2012, respectivamente. En este punto del análisis, es preciso referirnos al pago, que conforme la norma antes referida constituye hecho generador del impuesto a la salida de divisas siempre que implique traslado al exterior; así, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 18 numeral 2 y 1583 numeral 1 del Código Civil, el pago es un medio de extinguir obligaciones. En su acepción más amplia, el artículo 1584 del Código Civil define: "Pago efectivo es la prestación de lo que se debe."; y, la jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Fiscal de la ex***

Corte Suprema de Justicia, aclara: "CUARTO: "PAGO" es el vocablo derivado del verbo "pagar" y proviene del latín "pacare", que significa, entre otras acepciones que admite, la de "satisfacer" y, según la definición del Diccionario de la Real Academia, "dar uno a otro, o satisfacer lo que se debe". Supone, pues, la preexistencia de una obligación a la cual extingue, es decir, que todo pago presupone una deuda, y de ahí el derecho de repetir lo pagado por error, excepto en las obligaciones naturales. El pago, por su naturaleza, es un verdadero acto jurídico y en principio, de carácter unilateral, pues la conformidad o disconformidad del acreedor es indiferente si reúne los requisitos legales, esto es, si el deudor paga exactamente lo que se obligó o se encuentra obligado a pagar (…)" (R.O. 448 de 26 de mayo de 1994); así, el pago es uno de los medios de extinción de las obligaciones, habiendo una larga enumeración, con sus respectivas regulaciones, a partir del citado artículo 1583 del Código Civil, -al cual nos remitimos por cuanto, el caso que nos ocupa, se refiere a obligaciones civiles- las cuales, si bien tienen un mismo fin, constituyen figuras independientes unas de otras; como ocurre, por ejemplo con la novación, compensación, prescripción; instituciones que, si bien liberan al deudor, jamás pueden ser asimiladas entre sí por no tener tal naturaleza jurídica, aun considerando que el pago no siempre es realizado en efectivo. Concordante con lo mencionado, el artículo 37 del Código Tributario, señala que el pago es una forma de extinguir las obligaciones, y otras son la compensación, la confusión, la remisión y la prescripción de la acción de cobro.- Lo referido implica que conforme los presupuestos legales y reglamentarios ya referidos, es el "pago" que implique la salida de divisas al extranjero, el que constituye hecho generador del impuesto y no cualesquiera de las otras formas previstas para extinguir obligaciones.- (…)"

En el considerando séptimo la Sala Juzgadora puntualiza que*: "(…) 7.4. Respecto a la "base imponible" del impuesto a la salida de divisas que la administración tributaria establece en el acto impugnado, este Tribunal observa que el artículo 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad tributaria en el Ecuador, en su versión original vigente hasta diciembre de 2014 (que incluye los períodos fiscales determinados), disponía: "Base Imponible.- La base imponible del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) es el monto del traslado de divisas, de la acreditación o depósito, o el monto del cheque, transferencia o giro al exterior"; es decir, conforme quedó puntualizado en líneas anteriores, el presupuesto fáctico normativo del impuesto no incluye la compensación. Por su parte, se observa que con la expedición de la "Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal" (R.O.S. No. 405 de 29 de diciembre de 2014), se reformó el citado artículo 160, en donde, en el artículo 38 dispuso: "En el artículo 160 sustitúyase la frase "de la acreditación o depósito, o el monto del cheque, transferencia o giro al exterior." por la frase "acreditación, depósito, cheque, transferencia, giro y en general de cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones cuando estas operaciones se realicen hacia el exterior"; es decir, a partir de diciembre de 2014, se incluyó como base imponible cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones como es la compensación-; sin embargo tal presupuesto normativo no se encontraba vigente para los ejercicios fiscales determinados por la administración tributaria en las actas impugnadas.- 7.5. Así las cosas, es claro que la administración tributaria en los actos impugnados acepta la existencia de la compensación como forma de extinguir las obligaciones de la aseguradora con las reaseguradoras extranjeras, de lo que concluye que, en su esencia económica este proceder constituye en realidad un traslado de recursos financieros hacia el exterior; lo que impone recalcar que en el proceso no obra prueba alguna que permita establecer que dicha operación disimule un pago, en efectivo o no, que implique traslado de divisas al exterior, siendo que la forma jurídica y la esencia económica, en función del manejo contable develado en los actos de determinación practicados por la misma administración tributaria.- En consecuencia no se ha podido establecer la ocurrencia del hecho generador del impuesto a la salida de divisas (ISD), en su configuración legal prevista en los artículos 156 y 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador vigente en los periodos 2011 y 2012, en estas transacciones, por lo que se sustenta la alegación subsidiaria planteada por la parte actora.-. (…)"***

6.2.2. A fin de establecer si se configuran o no los vicios alegados por la abogada Shariam Olmedo Armijos, en calidad de procuradora fiscal del Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas,

consistente en la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, se procede a transcribir las norma infringida:

- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del 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 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.***

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."

6.2.3. De la revisión de la sentencia recurrida se advierte que, el Tribunal A quo, ha establecido como motivo de controversia, que: ***"(…) CUARTO.- (…)la controversia principal sometida a su consideración radica en establecer si se ha producido la nulidad de las actas de determinación Nos. 17201401357750 y 17201401357752 emitidas por director zonal 9 del Servicio de Rentas Internas el 21 de noviembre de 2014, por impuesto a la salida de divisas (ISD) correspondientes a los meses de enero a diciembre de los ejercicios fiscales 2011 y 2012, respectivamente; y, la discusión subsidiaria se ha planteado respecto de la legitimidad de las diferencias establecidas en las referidas actas.- 4.1. La parte actora en su libelo inicial, como alegación principal solicita la declaración de nulidad de las actas impugnadas por cuanto estima que la administración tributaria ha incurrido en una "falsa motivación" respecto del alcance del hecho generador del ISD previsto en el primer inciso del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador (LRETE); y como fundamento de este argumento, en la sección quinta de su demanda (fs. 11 vta.), sostiene que la administración tributaria ha realizado una interesada interpretación del contrato de reaseguro, al que se le ha desconocido sus características de tracto sucesivo, con obligaciones mutuas y sucesivas, que no se agotan con la cesión de la prima al reasegurador, así como también una arbitraria equiparación de la compensación con el pago; lo que a su criterio vulnera el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República que establece el mandato que todos los actos administrativos deben estar debidamente motivados so pena de nulidad.- 4.2. De su parte, la administración tributaria en la contestación a la demanda, ha negado los fundamentos de hecho y de derecho del libelo inicial y ha manifestado que los actos impugnados se encuentran debidamente sustentados.- 4.3. Por consiguiente, al ser el asunto principal de la controversia el cargo referente a la falsa motivación que propone la actora, que ha sido refutado por la parte***

demandada, es preciso que este tribunal efectúe el análisis correspondiente; para lo cual, de las actas de determinación impugnadas (a fs. 65-78 y 80-92), se observa que la autoridad tributaria ha ejercitado su facultad determinadora de conformidad con lo previsto por el artículo 68 del Código Tributario, y en este despliegue de sus atribuciones, enuncia expresamente las normas jurídicas en que se fundamenta, subsumiendo los hechos según se aprecia, en cada glosa en particular; de manera tal que en las actas de determinación impugnadas, la autoridad tributaria cumple con la operación lógica de motivar, conforme lo manda la Constitución de la República, en el artículo 76 numeral 7 literal l), (…)" centrando su análisis en determinar si se cumplió el hecho generador del impuesto a la salida de divisas, enmarcando su configuración, en función del concepto esencia sobre la forma; y en específico se habla de compensación, siendo este, el motivo por el que es propuesto este recurso de casación, ya que a criterio del casacionista existe errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador.

6.2.3.1. Finalmente, en el considerando SÉPTIMO, la Sala juzgadora, luego de señalar que ***"(…) todos los cuadros en donde se analiza las cuentas contables antes enunciadas, tanto en el año 2011 como en el año 2012, se evidencia que la compañía actora ha mantenido un manejo contable basado en la compensación de cuentas acreedoras y deudoras, hecho que no ha sido discutido en sede alguna por la administración tributaria, y así lo reconocen las partes en sus actuaciones",*** cita el art. 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente hasta diciembre de 2014, únicamente para evidenciar, formalmente, que la base imponible del impuesto a la salida de divisas descrita en dicho artículo no incluía a la compensación como presupuesto fáctico normativo del ISD, el cual si fue incluido con la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, pero lo relevante de este considerando es que el Tribunal a quo, una vez más deja establecido que lo que está en discusión es la "esencia económica" de las transacciones efectuadas por ASEGURADORA DEL SUR C.A., en función del manejo contable develado en los actos de determinación practicados por el mismo SRI.

6.2.3.2. Dicho esto podemos concluir señalando que la interpretación que el Tribunal a quo realiza sobre el contenido del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, viene ligado intrínsecamente al objeto de la litis y a la aplicación del principio de la realidad de los hechos económicos (esencia sobre la forma) que lo recoge el art. 17 del Código Tributario. Entonces, para abordar el fondo del asunto y establecer si existe o no la mentada errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, era necesario que la recurrente proponga el cargo de falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario. Por lo tanto, una vez más, queda claro que el análisis e interpretación que realizó el Tribunal A quo del art. 17 del Código Tributario incidió en la decisión de la causa, por lo que era indispensable que dicho cargo también sea debidamente propuesto y fundamentado en el recurso de casación y sólo así, integrada la proposición jurídica completa, este Tribunal podría pronunciarse sobre el fondo del asunto, pero al no haber sido recurrido ni admitido el cargo de falta de aplicación del referido artículo 17 del Código Tributario, no está integrada la proposición jurídica completa, por cuanto los supuestos de hecho constantes en la sentencia y los efectos jurídicos que pueden producir las normas aplicadas al caso, están estrechamente vinculadas con el análisis e interpretación que el juzgador de instancia hizo sobre el principio de la realidad de los hechos económicos (esencia sobre la forma) contemplado en el art. 17 del Código Tributario; no cabe duda entonces que esta última norma complementa la proposición jurídica sin la cual impide que este Tribunal se pronuncie sobre el motivo principal del recurso de casación que es el de verificar si existe o no la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. En efecto, por el carácter extraordinario del recurso de casación, la Corte de Casación no puede revisar la sentencia por aspectos que el recurrente no señale o los haya señalado mal, ni por cargos ni infracciones que no fueron admitidos por la Sala de conjueces; es decir, al Tribunal de Casación no le es permisible pronunciarse oficiosamente sobre cargos inadmitidos. De todo lo anterior adviene, como consecuencia, la necesidad de que los recurrentes citen y fundamenten de una manera correcta y completa el cargo o los cargos para el éxito de éstos, esto es todo y cada uno de los preceptos legales sustanciales que tengan incidencia en el punto controvertido. Se entiende, pues, por proposición jurídica completa, según Humberto Murcia Ballén ***"(…) el caso en que la sentencia venía regulando una situación***

que emanaba de varias normas sustanciales y no de una sola, o sea, cuando el derecho tutelado se encontraba consagrado en la combinación de diversos preceptos los cuales, por tanto, deben denunciarse como transgredidos" (Ob. Cit., pág. 366). En la especie, como el recurso de casación ha sido admitido por la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, el estudio del recurso se limita al cargo admitido que tiene relación con el hecho generador del impuesto a la salida de divisas, pero no con el objeto de la controversia que fue el de establecer la legitimidad de las Actas de Determinación Nos. 17201401357750 y 17201401357752, por concepto de Impuesto de Salida de Divisas de los ejercicios fiscales de enero a diciembre de 2011 y enero a diciembre de 2012, respectivamente, de fecha 21 de noviembre de 2014, emitidas por el Director Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas, a cargo de la compañía ASEGURADORA DEL SUR C.A., por concepto de impuesto a la salida de divisas, como resultado de la aplicación del artículo 17 del Código Tributario a las compensaciones realizadas con las distintas compañías de seguros y reaseguros del extranjero, y que es en definitiva lo que incidió en la decisión de la causa, y que por lo mismo, el análisis del único cargo admitido no es determinante en la parte dispositiva de la sentencia, porque como acertadamente lo anota Luis Cueva Carrión ***"(...) no toda aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho es causal del recurso de casación, sino, si, y sólo si, fueren determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o del auto"*** (La casación en materia civil, 2da. Edición, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2011, pág. 263). En este caso, la alegada errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, así existiese, no es determinante en la decisión de la causa, pues como quedó señalado en líneas precedentes, dicha interpretación está ligada intrínsecamente al análisis e interpretación que realizó el Tribunal de principio de la realidad de los hechos económicos (esencia sobre la forma), de tal manera que, al dictar la sentencia, el Tribunal de manera congruente resolvió el caso respetando lo dispuesto en el art. 273 del Código Tributario, siendo inobjetable que la alegada errónea interpretación de las normas de derecho invocadas por la recurrente en su recurso de casación, no tiene el carácter de determinante en la parte dispositiva de la sentencia, porque el fondo de la controversia se circunscribe a establecer si las compensaciones realizadas por ASEGURADORA DEL SUR C.A. con las distintas compañías de seguros y reaseguros del extranjero, constituyen o no hecho generador del ISD, por implicar salida de divisas, como resultado de la aplicación del art. 17 del Código Tributario, siendo imposible que este Tribunal se pronuncie al respecto cuando dicha norma, al no haber sido recurrida o citada como norma de derecho sustantivo infringida, no integra la proposición jurídica completa, y por lo tanto cualquier interpretación que se de las otras normas de derecho que la integran, no tiene la calidad de determinante, ya que dicha interpretación depende directamente la aplicación e interpretación de la norma de derecho que no fue propuesta y por ende no admitida, motivo por el cual no hay causal de casación. Por lo tanto, no se verifica la configuración de la errónea interpretación del art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, por la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación.

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 emitida el 5 de abril de 2018, las 11h42, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, de acuerdo a las consideraciones señaladas en el apartado 6 de esta sentencia. Actúe la doctora Ivonne Marlene Guamaní León, en calidad de secretaria relatora encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. 81-UATH-2018-OQ de 20 de diciembre del 2018 suscrito por la Dra. Martha Villarroel, Jefa de la Unidad Administrativa y de Talento Humano de la Corte Nacional de Justicia. Sin Costas.- **Notifíquese, publíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO).

VOTO SALVADO

Juicio No. 17510-2014-0058

Dra. Ana María Crespo Santos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-
ASUNTO:
Resolución del recurso de casación interpuesto por la Ab. Shariam Olmedo Armijos, quien comparece en calidad de procuradora fiscal de la autoridad tributaria demandada del Servicio de Rentas Internas, en contra de la sentencia dictada el 05 de abril del 2018, a las 11h42, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, dentro del juicio de impugnación N° 17510-2014-0058, deducido por el Sr. Neptali Cevallos Breilh, en calidad de Gerente General y como tal representante legal de la compañía ASEGURADORA DEL SUR C.A., propuesto en contra del Acta de Determinación N° 17201401357750 y 1720141357752 de 21 de noviembre de 2014, por concepto de impuesto a la salida de divisas (ISD), de los ejercicios fiscales por los años 2011y 2012.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recursoo de casación de fecha 26 de abril del 2018 propuesto por la Ab. Shariam Olmedo Armijos, quien comparece en calidad de procuradora fiscal por parte de la autoridad tributaria demandada 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 la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, norma que fue admitida. 1.1.1.- Con relación a la causal primera cuando fundamenta el vicio de ?errónea interpretación? del Artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, el recurrente manifestó: ?El error iniudicando que comete la Sala en el fallo previamente enunciado, es otorgar un alcance o sentido distinto al artículo 156 de la Ley de Equidad Tributaria de Ecuador. Resulta errada la interpretación realizada por la Sala en cuanto al hecho generador del ISD, puesto que el estudio abstracto de la norma efectuado por la Sala, considera como hecho generador de este impuesto solamente a la transferencia o traslado de divisas a través del pago efectivo, dejando de lado a la compensación, entendida esta como un pago abreviado que si bien no implica el uso o aplicación del efectivo; ello no provoca que el pago simplificado sea inexistente y por tanto no se de la transferencia o traslado de divisas. (?) La operación en el caso de ASEGURADORA DEL SUR tiene lugar entre ésta y la reaseguradora del exterior, en la que nace la obligación de ASEGURADORA DEL SUR de pagar por las primas de pólizas de reaseguros y comisiones a sus reaseguradora en el exterior. La contabilidad de la compañía ASEGURADORA DEL SUR permite verificar el cumplimiento de esta obligación de pago, pues se encuentran registradas cuentas por pagar a favor de su reaseguradora en el exterior, las mismas que se cubren con valores que ASEGURADORA DEL SUR debió haber recibido por parte de la reaseguradora por concepto de pago de siniestros. (?) En el caso de ASEGURADORA DEL SUR tiene calidad de deudor así como también calidad de acreedor sobre un mismo sujeto en el exterior, lo que deriva en su obligación tanto de cumplir con la satisfacción de la deuda, como recibir valores del exterior, como se enunció genéricamente en el ejemplo planteado en el párrafo anterior. Se evidencia por lo tanto, que si existe una transferencia o traslado de divisas al exterior por parte de ASEGURADORA DEL SUR; que en este caso, se efectúa mediante compensación, entendida esta como un pago simplificado, que remplaza el pago individualizado o separado que debe realizar cada una de las partes en la operación entre asegurador y reaseguradora en el exterior. El hecho de que no se haya utilizado la figura del pago en ?efectivo?, no implica la inexistencia del hecho generador del ISD, establecido en el artículo 156 de la Ley de Equidad Tributaria del Ecuador. (?) Es tan evidente el yerro de la Sala al interpretar erróneamente el artículo 156 de la Ley de Equidad tributaria del Ecuador, que este permitiría que a través de la compensación no se cumpla con el pago del ISD en operaciones que constituyen transferencias o traslados de divisas al exterior. Es decir, la interpretación errada de la Sala, va en contra del espíritu mismo, sentido y alcance de la norma que regula

el ISD y por tanto, su hecho generador. (?) la Sala debió en su parte resolutiva rechazar la demanda, y confirmar las Actas de Determinación del ISD por el periodo de enero a diciembre del año 2011 y 202 de la compañía ASEGURADORA DEL SUR, estableciendo que el afianzamiento cancelado deberá ser considerado como abono a las obligaciones tributarias determinadas?.

1.2.- En consideración al auto de fecha 18 de septiembre de 2018, a las 11h01, el Dr. Ivan Larco Ortuño, Conjuez de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, calificó la admisibilidad del recurso en referencia, por la causal primera del Art. 3 de la Ley de la materia, por la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. En función de 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 25 de septiembre del 2018 el señor Rodrigo Neptalí Fernando Cevallos Breilh en calidad de Representante Legal de ASEGURADORA DEL SUR C.A., presenta la contestación al recurso de casación, en la cual manifestó que los nuevos argumentos de la Administración Tributaria están encaminados a establecer que: ?En el Recurso de Casación propuesto por la Administración Tributaria, se pretende introducir un sustento jurídico mutilado del utilizado al emitir las actas de determinación, al contestar la demanda y al dictarse la sentencia de instancia; es decir, se presenta una proposición jurídica incompleta basada exclusivamente en una supuesta errónea interpretación del primer inciso del Art. 156 de la Ley de Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, cuando como ha quedado plenamente demostrado, es inobjetable la preponderancia del Art. 17 del Código Tributario en la interpretación del primer inciso del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria.(?) no existe un nexo causal entre la parte dispositiva de la sentencia de instancia y la normas de derecho que habría sido erróneamente interpretada, tal como invoca la casacionista en el recurso. Si la autoridad demandada quería proferir la acusación de ?errónea interpretación de una norma de derecho? es acusación debía estar relacionada con el Art. 17 del Código Tributario y no con el Art. 156 de la Ley Reformatoria de la Ley de Equidad Tributaria para el Ecuador, pues, fue con base en esa norma que el Tribunal A quo dictó la sentencia, y lo hizo porque tanto en la motivación del acto administrativo impugnado, cuanto la contestación de la demanda, el acreedor tributario sostuvo que en aplicación de la disposición del Art. 17 del Código Tributario (hecho económico) las ?compensaciones? realizadas por mi representada, debían entenderse subsumidas dentro del hecho económico del ?pago?, porque sí implica una salida de divisa.?

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: ?(?) QUINTO.- En este contexto, el profesor José Vicente Troya, sobre el control de legalidad en la vía contencioso tributaria, ha dicho: ?El carácter investigativo del proceso contencioso-tributario se basa en que el objeto de la Litis es de orden público. El que se determine y recaude tributos en la forma y medida que establece la ley, excede del puro interés privado, pues tales ingresos sirven para financiar obras, servicios públicos y son instrumentos de política económica de gran importancia. De allí que el Tribunal en esencia, a más de resolver las cuestiones que forman parte del controvertido, debe efectuar el control de legalidad de los antecedentes y fundamentos de la resolución o actos impugnados. ?Más que lo que las partes arguyan, interesa la realidad objetiva, dándose al Tribunal amplísima libertad para aprehender esa realidad y para establecer su significación?? (el resaltado es añadido) (José Vicente Troya Jaramillo, ?Manual de Derecho Tributario?, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1990, 320-321).- 5.1. El impuesto a la salida de divisas ISD- fue creado como uno de los impuestos reguladores, por la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria (R.O.S. 242 de 29 de diciembre de 2007), la que en el artículo 155 estableció: ?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.?; y en el artículo 156, en su tenor vigente hasta noviembre de 2011, establecía ?El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el (sic) 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. Se presumirá salida de divisas y por ende se causará este impuesto, en el caso de realizarse importaciones por personas naturales o sociedades ecuatorianas o domiciliadas en el país que tengan como actividad la importación y comercialización de los bienes que importen, cuando los pagos se generen desde el exterior. Toda importación de personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador se presume pagada con recursos que causen el Tributo en el Ecuador, aún (sic) cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior del importador o de terceros? (el subrayado es añadido). Así, conforme lo previsto en el artículo citado, la obligación de pagar el tributo nace en el momento que se realicen operaciones y transacciones monetarias que impliquen transferencia o traslado de divisas al exterior, tanto si estas son realizadas en efectivo o a través de cheques, envíos, retiros o pagos, habiéndose establecido una presunción, la cual nos abstendremos de comentar por no apegarse a la realidad del caso que nos ocupa, por no existir importaciones. Con la reforma introducida por el artículo 17 de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado (R.O.S. 583 de 24 de noviembre de 2011), vigente a partir de diciembre de 2011, el texto del artículo 156 quedó así: ?El hecho generador de este impuesto lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través de el (sic) 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?; norma esta última, que ha variado de su versión anterior, justamente en lo que respecta a la presunción, no limitándose a las importaciones, sino abarcando todo pago realizado desde el exterior con recursos financieros de personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador, y ampliándose a exportaciones cuyos pagos no ingresen a cuentas nacionales, esto último, no aplicable

a este caso. Por su parte, el Reglamento para la aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas, en sus artículos 1 y 6, señala: ?Para efectos de la aplicación de este impuesto entiéndase por divisa cualquier medio de pago, cifrado en una moneda, aceptado internacionalmente como tal? (el subrayado es añadido); y, ?El hecho generador se produce al momento de la transferencia, traslado, o envío de divisas al exterior, o cuando se realicen retiros de divisas desde el exterior con cargo a cuentas nacionales, con o sin la intervención de las instituciones que integran el sistema financiero. En el giro de cheques sobre cuentas del exterior con débito a una cuenta nacional o pago en efectivo, el hecho generador se produce cuando este título es emitido por la institución financiera. En el giro de cheques sobre cuentas nacionales, que se cobren desde el exterior, el hecho generador se produce cuando el cheque sea pagado al beneficiario; para el efecto la institución financiera que reciba cheques para el cobro desde el exterior deberá informar este hecho a la institución financiera en la que el girador mantenga la cuenta corriente para que esta proceda al débito del valor del cheque y del impuesto respectivo. En el envío o transferencia de divisas con la intermediación de couriers, el hecho generador se produce cuando el ordenante solicita el envío de las divisas?, normas legales y reglamentarias las referidas, que regulan el hecho generador del impuesto a la salida de divisas, sin que quepa análisis alguno de regulaciones administrativas, de inferior jerarquía. El objeto social de la compañía accionante es ?actividades en venta de planes de seguros y reaseguros generales?, conforme consta en los actos impugnados, hecho que no es controvertido por las partes; y el hecho generador del impuesto a la salida de divisas se materializará siempre que realice operaciones y transacciones monetarias que impliquen transferencia o traslado de divisas al exterior, ya sea en efectivo o a través de cheques, envíos, retiros o pagos.- 5.2. El principio de legalidad de los tributos, implica que ?No puede exigirse especie alguna de contribución, sino en virtud de un decreto de la autoridad competente, deducido de la ley que autoriza aquella exacción??, definición plasmada en el artículo 101 de la Constitución del Ecuador de 1835, que constituye la raíz de lo que, en nuestros días, es una de las máximas expresiones de la democracia y uno de los logros más importantes del Estado de Derecho, tal como lo describe el doctor José Luis Terán Suárez ?El principio de legalidad, se encuentra dentro del marco del Estado de Derecho; es la manifestación jurídica del principio político del imperio o supremacía de la ley, constituyéndose en la piedra angular de la actuaciones administrativas, pues determinan su existencia? (?Principios Constitucionales y Jurídicos de la Tributación?; Editora Jurídica; 2014; pág. 84), principio que exige que los impuestos y sus elementos estructurales, objetivos y subjetivos, dispensas, prerrogativas y responsabilidades, deben constar en ley formal y con sujeción a los demás principios y garantías constitucionales a los que se hallan sometidos; sin dejar de ser, por esto, dinámicos, por la necesidad imperiosa de acoplarse a la realidad social y económica del Estado. El artículo 301 de la Constitución de la República establece: ?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.?, disposición que se recoge en los artículos 132 y 120 numeral 7 ibídem y 4 del Código Tributario, que dice: ?Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.?, concordante además con otros principios, principalmente el de seguridad jurídica, que conforme lo enuncia Fernando Carillo Falla éste ?? exige conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas de los propios actos, quien se compromete a algo o inicia una actuación de cualquier tipo ha de encontrar una respuesta jurídica cierta en el Ordenamiento Jurídico vigente en relación con las responsabilidades que contrae. De modo que la seguridad jurídica consiste en a) la certeza del Derecho, que intrínsecamente debe ser claro y preciso y formalmente publicado; b) la regla de irretroactividad, salvo norma expresa en contrario y c) la jerarquía normativa que impide una alteración arbitraria que vincula especialmente la actuación administrativa, pero también la actuación de los jueces sometidos al imperio de la Ley.- Por tanto, el principio de seguridad jurídica no sólo comporta certeza sino legalidad y delimita la actuación de los poderes públicos? (obra colectiva

por él dirigida: Comentarios a la Constitución, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1985). En este orden de ideas, el Código Tributario, en su artículo 15 dice: ?Obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley?, de lo que tenemos que son dos los aspectos básicos de la obligación tributaria que deben atenderse, en primer lugar, el presupuesto de hecho, previsto hipotéticamente en una norma abstracta; y en segundo lugar, la verificación de ese hecho que materializa el vínculo obligacional; por su parte, el artículo 16 del Código Tributario prevé que ?Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo.?, esto es, a decir de Sainz de Bujanda, el ?conjunto de circunstancias hipotéticas previstas en la norma y cuya realización provoca el nacimiento de una obligación tributaria concreta? (citado por el doctor Álvaro Mejía, en su obra ?Diccionario Derecho Tributario?; Corporación de Estudios y Publicaciones; 2012; pág. 175); presupuestos los enunciados, de los que se desprende que el nacimiento de la obligación tributaria presupone como condición elemental la existencia del presupuesto legal constitutivo, esto es, de la acción que materializa un tributo.- 5.3. En el caso, del contenido de los numerales 3.6.2. de las dos actas de determinación tributaria impugnadas (cuadros Nos. 6 las dos), la administración tributaria establece que la compañía actora ha pagado los valores de $9,923.762,80 y $10.769.664,81 (fs. 20 vta. 33 vta.) respectivamente, compensando la suma de las comisiones por reaseguros correspondientes a sus ingresos con la cuenta por pagar por concepto de ?PRIMAS POR PAGAR REASEGUROS CEDIDOS AL EXTERIOR?, sin realizar el pago del impuesto de salida de divisas, sobre dichos valores; operación de compensación que afirma la autoridad tributaria, son en su esencia económica (artículo 17 del Código Tributario), un traslado de recursos financieros del contribuyente al exterior, y por tanto, concluye que las sumas antedichas constituyen la base imponible gravada del ISD de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador por los períodos de enero a diciembre de los años 2011 y 2012, respectivamente. En este punto del análisis, es preciso referirnos al pago, que conforme la norma antes referida constituye hecho generador del impuesto a la salida de divisas siempre que implique traslado al exterior; así, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 18 numeral 2 y 1583 numeral 1 del Código Civil, el pago es un medio de extinguir obligaciones. En su acepción más amplia, el artículo 1584 del Código Civil define: ?Pago efectivo es la prestación de lo que se debe.?; y, la jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Fiscal de la ex Corte Suprema de Justicia, aclara: ?CUARTO: ?PAGO? es el vocablo derivado del verbo ?pagar? y proviene del latín ?pacare?, que significa, entre otras acepciones que admite, la de ?satisfacer? y, según la definición del Diccionario de la Real Academia, ?dar uno a otro, o satisfacer lo que se debe?. Supone, pues, la preexistencia de una obligación a la cual extingue, es decir, que todo pago presupone una deuda, y de ahí el derecho de repetir lo pagado por error, excepto en las obligaciones naturales. El pago, por su naturaleza, es un verdadero acto jurídico y en principio, de carácter unilateral, pues la conformidad o disconformidad del acreedor es indiferente si reúne los requisitos legales, esto es, si el deudor paga exactamente lo que se obligó o se encuentra obligado a pagar (?)? (R.O. 448 de 26 de mayo de 1994); así, el pago es uno de los medios de extinción de las obligaciones, habiendo una larga enumeración, con sus respectivas regulaciones, a partir del citado artículo 1583 del Código Civil, -al cual nos remitimos por cuanto, el caso que nos ocupa, se refiere a obligaciones civiles- las cuales, si bien tienen un mismo fin, constituyen figuras independientes unas de otras; como ocurre, por ejemplo con la novación, compensación, prescripción; instituciones que, si bien liberan al deudor, jamás pueden ser asimiladas entre sí por no tener tal naturaleza jurídica, aun considerando que el pago no siempre es realizado en efectivo. Concordante con lo mencionado, el artículo 37 del Código Tributario, señala que el pago es una forma de extinguir las obligaciones, y otras son la compensación, la confusión, la remisión y la prescripción de la acción de cobro.- Lo referido implica que conforme los presupuestos legales y reglamentarios ya referidos, es el ?pago? que implique la salida de divisas al extranjero, el que constituye hecho generador del impuesto y no cualesquiera de las otras formas previstas para extinguir obligaciones.- SEXTO.- 6.1.- La interpretación de las normas tributarias en función a la

realidad de los hechos económicos es uno de los temas tratados por la doctrina más destacada y, básicamente supone establecer que, en la relación jurídico-tributaria, la primacía de los hechos contables no puede ser dejada de observar. E Modelo de Código Tributario para América Latina señala: "Artículo 8. Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo. Las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes no obligan al intérprete, quien podrá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, cuando de la ley tributaria surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Cuando las formas jurídicas sean manifiestamente inapropiadas a la realidad de los hechos gravados y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones, la ley tributaria se aplicará prescindiendo de tales formas.?. La exposición de motivos del modelo, dice que el proyecto parte de la base de que el intérprete tiene que adjudicar a la norma su verdadero significado, para lo cual no puede estar subordinado a definiciones estructuradas sobre fundamentos y con finalidades distintas que pueden o no coincidir con los de las normas tributarias. En este orden de ideas, el artículo 17 de nuestro Código Tributario, establece: ?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.?, lo que ha sido además pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la aclaración de la resolución número 127 (R.O.S 135 de 26 de abril de 2011), al decir: ?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?.- 6.2. Ahora bien, de acuerdo con Giuliani Founrouge, el fundamento del principio estriba en atender al contenido económico real de las circunstancias comprendidas, prescindiendo de las formas y estructuras inadecuadas. Como tal, la forma jurídica encuentra su definición más bien en la doctrina, cuando aclara: ?[...] Se dijo ya que los actos jurídicos eran formales y no formales (v. supra, núm. 36). La forma consiste en un elemento sensible, exterior, ajeno al acto en sí mismo y de naturaleza artificial, que acompaña la realización de esos actos para afirmar su trascendencia y facilitar su prueba. En los actos formales ésta se exige con carácter exclusivo, de tal manera que sin su ejecución el acto carecería de validez o la demostración de su existencia resultaría dificultada. Los actos formales se dividen en solemnes y no solemnes. En los primeros la forma debe ser observad bajo pena de nulidad o de inexistencia del acto, pues es requerida como elemento indispensable para su validez, y con el objeto de darle mayor solemnidad: el matrimonio, la adopción, el testamento, ciertas donaciones, etc. Los actos no solemnes, por el contrario, son aquellos que requieren el cumplimiento de ciertas formalidades como medio de prueba, y no para su validez jurídica: los contratos relativos a bienes inmuebles deben ser extendidos en escritura pública, los contratos superiores a doscientos pesos deben ser hechos por escrito., etc. En estos casos el acto jurídico no pierde validez, pero o bien debe perfeccionarse (otorgando la escritura respectiva), o bien su prueba se hace más difícil (los contratos superiores a doscientos pesos no pueden ser probados por testigos, salvo el caso que existiera un principio de prueba por escrito: artículo 1192 y 1193 del Código Civil). Y como la eficacia de un acto depende muchas veces de la posibilidad de demostrarlo, la forma se convierte en un elemento indispensable en la inmensa generalidad de los casos. En el primer supuesto se dice que la forma es exigida ad solemnitatem, en el segundo ad aprobationem. Unas y otras son múltiples y diversas, adecuadas a cada uno de los fines previstos en el derecho. Pues ésa es, precisamente, la característica principal del formalismo, y la justificación de su existencia. Tiende, en efecto, a garantizar el acto jurídico revistiéndolo de signos exteriores que permitan distinguirlo, asignarle trascendencia y demostrarlo fehacientemente. De tal manera, la forma, subordinada al fin jurídico que se persigue, debe reunir dos requisitos fundamentales: adaptarse lo más perfectamente posible al fin que se tiene en vista, y garantizar la seguridad de los resultados, de modo que cada uno pueda preverlos y obrar en consecuencia. De lo contrario la forma será superflua, inadecuada, perjudicial o excesiva. No se debe abusar del formalismo en el derecho. [...]? (Carlos Mouchet, Ricardo Zorraquin Becu, ?Introducción al Derecho?, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1970,

págs. 155-156).- La esencia, por su parte, apunta a la realidad económica, vale decir, a si se concreta de manera cierta e indiscutible la transacción contable y su efecto económico. El alcance de este concepto, ha sido dado de manera muy amplia y explícita por la Superintendencia Bancaria de Colombia, que en Resolución 1747 del 21 de mayo de 1991 manifestó: ?Significa lo anterior que para entender y apreciar en su verdadera dimensión el sentido de una operación determinada, no sólo basta con el análisis de su aspecto formal, el cual ordinariamente se encuentra expresado en términos jurídicos, sino también los resultados que desde el punto de vista económico y financiero se producen realmente para el ente contable, en cuyo caso, al no ser coincidentes unos y otros, es necesario supeditar el aspecto formal a la realidad de los hechos; y en este sentido, con base en la realidad de los efectos económicos producidos, partir del supuesto según el cual para el registro de una operación no se tendrán inmediatamente en cuenta los presupuestos jurídicos que la han estructurado. Ello no es otra cosa que reconocer que desde el punto de vista económico en materia contable son las consecuencias reales las que deben primar sobre la configuración jurídica de una operación, reservando a un momento posterior la coincidencia absoluta entre lo contable y lo jurídico. Bajo tales presupuestos, no resulta inadecuado a los fines de la contabilidad que en ciertos eventos la presentación de los estados financieros se aparte del contenido formal del negocio jurídico, para reflejar los efectos concretos que la ejecución de una transacción produce, sobre la base de que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia legal de un negocio. Supeditar, entonces, la naturaleza jurídica de una operación a la realidad económica que su ejecución produce, repetimos, no significa que se sugiera siquiera que existe una simulación en los términos que explica nuestro Código Civil, sino que, por el contrario, simplemente se busca destacar las consecuencias materiales de la operación, bajo el entendido que tales efectos son los que finalmente determinarán la situación financiera de un ente contable. De esta manera, es inobjetable que la tensión que se muestra entre la vinculación de las órbitas jurídica y económica, cuando no son paralelas ni coincidentes, cede ante el hecho de que son los efectos económicos y no las formalidades legales de que está revestido un acto los que muestran la realidad que se desprende de la ejecución de un determinado negocio, toda vez que ello es lo que explica si los resultados obtenidos se adecuan o no a la forma jurídica desarrollada. Sobre las anteriores bases, resulta inobjetable observar que el principio de esencia sobre forma es una disposición cuyo contenido debe prevalecer para la interpretación y definición que se debe hacer sobre la revelación del registro correcto de toda transacción económica, pues una indebida apreciación contable podría distorsionar severamente los resultados de los estados financieros, (?)?, texto citado a manera ilustrativa, con el afán de comprender claramente la procedencia, alcance y efectos de esta figura -la cual, por hallarse prevista en las Normas Internacionales de Contabilidad, tiene proyección mundial-. Con este mismo criterio, el Consejo de Estado de Colombia, en sentencia dictada el 1 de noviembre de 1991, expediente 0203, explicó: ?(?) La Sala tiene en cuenta que la finalidad primordial de la contabilidad, según los términos usados por el Código de Comercio, es la de suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante. Pero por ?negocio? ha de entenderse no sólo el que se realice y perfeccione con todos los requisitos legales como es lo ideal, sino también deben quedar registrados los que se ejecuten en realidad mediante traslación de bienes y dinero, así sea sin ceñirse a la formalidad propia del respectivo contrato o forma jurídica a que correspondan. La contabilidad no puede limitarse a registrar solamente los negocios jurídicamente perfectos, pues si así fuera, el contador sería una especie de censor jurídico, calidad ésta que en parte alguna se le ha asignado;(?)?; de las consideraciones expuestas, el concepto básico de esencia sobre forma gira en torno a la necesidad de no transmitir una imagen incorrecta sobre la realidad. En este sentido, es menester aclarar que el concepto de esencia sobre forma no se estructura como el deber de reconocer la sustancia y no la forma, sino como la obligación de no atenerse únicamente a la forma dejando de lado la realidad que fue encubierta o distorsionada.- 6.3. En este contexto, conforme quedó indicado en líneas anteriores, la administración tributaria se ha valido de la ?esencia económica? para establecer que la extinción de las obligaciones que la actora mantenía con el extranjero, verificada por compensación, constituyó hecho generado del ISD, por implicar la salida de divisas.- SÉPTIMO: 7.1. En lo que a la actividad probatoria se refiere, resulta interesante referir lo que Carlos María Folco dice: ?Permítasenos

señalar ab initio los principios generales del Derecho iura novit curia (el juez conoce el derecho) y da mihi factum, dabo tibi jus (nárrame los hechos y yo te daré el derecho). Según el primero de ellos, es facultad del juez determinar con absoluta libertad la norma de Derecho aplicable, en mérito a la cual su sentencia será una derivación razonada, en base a las pretensiones de las partes y las probanzas arrimadas a la causa. El segundo hace decir a los magistrados la referida expresión, teniendo a los litigantes como lógicos destinatarios de la misma. Precisamente, el thema probandum u objeto de la prueba son los hechos articulados por los litigantes en sus escritos, sobre los cuales se realiza la probanza pertinente.? (Carlos María Folco; ?Procedimiento Tributario Naturaleza y Estructura?; Rubinzal-Culzoni editores; Buenos Aires; 2011; págs. 416 -417); asimismo, la doctrina ha señalado ?Recuérdese que toda norma jurídica es, por esencia, violable, ya que regula conductas humanas y parte de la base de que éstas pueden tener otra manifestación, por lo cual se hace indispensable exigir la contemplada en ella. Por tanto, sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por lo demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho como no poder probarlo. La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno.? (Devis Echandía, Hernando, ?Teoría Judicial de la Prueba Judicial?, Tomo I, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, editor, 12-13).- 7.2.- En este escenario, más allá de centrarnos en discutir sobre quién recae la carga de la prueba, de acuerdo a los artículos 258 o 259 del Código Tributario, el tribunal verifica que la administración tributaria ha establecido las diferencias constantes en las actas de determinación impugnadas por ISD generado en los años 2011 y 2012 por la compañía actora, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 del Código Tributario, que resume de la siguiente forma (cuadro No. 12): (i) Por el año 2011: comisiones recibidas por reaseguros cedidos al exterior compensados con la cuenta No. 2.0.01.02 por $9,923.762,80; comisiones por reaseguros cedidos al exterior registrados erróneamente como recuperaciones compensadas en la cuenta No. 2.2.01.02 por $500.000,00; y cruces de cuentas por cobrar y cuentas por pagar de reaseguradores del exterior por $8,483.445,42, lo que da un total de valor que estima compensado por $18,907.208,22 (fs. 22 vta.), y un ISD por $405.927,74 (fs. 25 vta.); y, (ii) Por el año 2012: comisiones recibidas por reaseguros cedidos al exterior compensados con la cuenta No. 2.0.01.02 por $10,769.664,81; comisiones por reaseguros cedidos al exterior compensados en las cuentas No. 5.3.01.02 y 5.6.05.01.02 por $128,19; cruces de cuentas por cobrar y cuentas por pagar de reaseguradores del exterior por $7,170.258,37; cruces de cuentas por cobrar y cuentas por pagar de reaseguradores del exterior, por medio de la cuenta por cobrar a sucursales por $6,095.219,06, lo que da un total de valor que estima compensado por $24,035.270,43 (fs. 36), y un ISD por $1,201.826,06 (fs. 39). En este contexto, la administración tributaria en cada caso, en cada glosa, concluye que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Código Tributario ?al ser esta operación de compensación en su esencia económica un traslado de recursos financieros? de la compañía actora hasta el exterior, dichos valores se constituyen como base imponible del impuesto a la salida de divisas.- 7.3. De lo expuesto, se verifica que en todos los cuadros en donde se analiza las cuentas contables antes enunciadas, tanto en el año 2011 como en el año 2012, la compañía actora ha mantenido un manejo contable basado en la compensación de cuentas acreedoras y deudoras, hecho que no ha sido discutido en sede administrativa, y así lo reconocen las partes en sus actuaciones.- 7.4. Respecto a la ?base imponible? del impuesto a la salida de divisas que la administración tributaria establece en el acto impugnado, este tribunal observa que el artículo 160 de la Ley reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, en su versión original vigente hasta diciembre de 2014 (que incluye los períodos fiscales determinados), disponía: ?Base Imponible.- La base imponible del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) es el monto del traslado de divisas, de la acreditación o depósito, o el monto del cheque, transferencia o giro al exterior?; es decir, conforme quedó puntualizado en líneas anteriores, el presupuesto fáctico normativo del impuesto no incluye la compensación. Por su parte, se observa que con la expedición de la ?Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal? (R.O.S. 405 de 29 de

diciembre de 2014), se reformó el citado artículo 160, en donde, en el artículo 38 dispuso: ?En el artículo 160 sustitúyase la frase ?de la acreditación o depósito, o el monto del cheque, transferencia o giro al exterior.? por la frase ?acreditación, depósito, cheque, transferencia, giro y en general de cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones cuando estas operaciones se realicen hacia el exterior?; es decir, a partir de diciembre de 2014, se incluyó como base imponible cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones como es la compensación-; sin embargo tal presupuesto normativo no se encontraba vigente para los ejercicios fiscales determinados por la administración tributaria en las actas impugnadas.- 7.5. Así las cosas, es claro que la administración tributaria en los actos impugnados acepta la existencia de la compensación como forma de extinguir las obligaciones de la aseguradora con las reaseguradoras extranjeras, de lo que concluye que, en su esencia económica este proceder constituye en realidad un traslado de recursos financieros hacia el exterior; lo que impone recalcar que en el proceso no obra prueba alguna que permita establecer que dicha operación disimule un pago, en efectivo o no, que implique traslado de divisas al exterior, siendo que la forma jurídica y la esencia económica, en función del manejo contable develado en los actos de determinación practicados por la misma administración tributaria.- En consecuencia no se ha podido establecer la ocurrencia del hecho generador del impuesto a la salida de divisas (ISD), en su configuración legal prevista en los artículos 156 y 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador vigente en los periodos 2011 y 2012, en estas transacciones, por lo que se sustenta la alegación subsidiaria planteada por la parte actora?.

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, 185 segunda parte, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y primero 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 de norma de derecho, que han sido determinante 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.

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 de norma de derecho, señalada en el número 4.1., cargo único, cuyo texto es el siguiente:

- 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 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. 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.

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.

5.2.1.1.- Respecto de la alegación efectuada por el recurrente sobre la ?errónea interpretación? del Art. 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. Esta Sala Especializada ha considerado procedente señalar lo que el Tribunal de instancia en la sentencia atacada manifiesta: ?(?)7.3. De lo expuesto, se verifica que en todos los cuadros en donde se analiza las cuentas contables antes enunciadas, tanto en el año 2011 como en el año 2012, la compañía actora ha mantenido un manejo contable basado en la compensación de cuentas acreedoras y deudoras, hecho que no ha sido discutido en sede administrativa, y así lo reconocen las partes en sus actuaciones.- 7.4. Respecto a la ?base imponible? del impuesto a la salida de divisas que la administración tributaria establece en el acto impugnado, este tribunal observa que el artículo 160 de la Ley reformatoria para la equidad tributaria en el Ecuador, en su versión original vigente hasta diciembre de 2014 (que incluye los períodos fiscales determinados), disponía: ?Base Imponible.- La base imponible del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) es el monto del traslado de divisas, de la acreditación o depósito, o el monto del cheque, transferencia o giro al exterior?; es decir, conforme quedó puntualizado en líneas anteriores, el presupuesto fáctico normativo del impuesto no incluye la compensación. Por su parte, se observa que con la expedición de la ?Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude

Fiscal? (R.O.S. 405 de 29 de diciembre de 2014), se reformó el citado artículo 160, en donde, en el artículo 38 dispuso: ?En el artículo 160 sustitúyase la frase ?de la acreditación o depósito, o el monto del cheque, transferencia o giro al exterior.? por la frase ?acreditación, depósito, cheque, transferencia, giro y en general de cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones cuando estas operaciones se realicen hacia el exterior?; es decir, a partir de diciembre de 2014, se incluyó como base imponible cualquier otro mecanismo de extinción de obligaciones como es la compensación-; sin embargo tal presupuesto normativo no se encontraba vigente para los ejercicios fiscales determinados por la administración tributaria en las actas impugnadas.- 7.5. Así las cosas, es claro que la administración tributaria en los actos impugnados acepta la existencia de la compensación como forma de extinguir las obligaciones de la aseguradora con las reaseguradoras extranjeras, de lo que concluye que, en su esencia económica este proceder constituye en realidad un traslado de recursos financieros hacia el exterior; lo que impone recalcar que en el proceso no obra prueba alguna que permita establecer que dicha operación disimule un pago, en efectivo o no, que implique traslado de divisas al exterior, siendo que la forma jurídica y la esencia económica, en función del manejo contable develado en los actos de determinación practicados por la misma administración tributaria.- En consecuencia no se ha podido establecer la ocurrencia del hecho generador del impuesto a la salida de divisas (ISD), en su configuración legal prevista en los artículos 156 y 160 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador vigente en los periodos 2011 y 2012, en estas transacciones, por lo que se sustenta la alegación subsidiaria planteada por la parte actora?. Por el contrario, el recurrente en su escrito de casación manifiesta que la Sala de instancia sólo considera que el pago en efectivo grava el Impuesto a la Salida de Divisas limitando el verdadero alcance no sólo del artículo 156 sino del impuesto como tal, propiciando una fuga de capital ya que las transacciones entre las aseguradoras en el Ecuador y sus reaseguradoras en el extranjero son en gran medida por medio de la compensación como un medio de pago para extinguir sus obligaciones. En torno a lo antes expuesto, se observa que el Tribunal de instancia efectuó su razonamiento sobre el hecho generador del ISD y arguyó que la actuación tributaria del actor cumple los parámetros de fondo y forma en sus transacciones económicas, por lo que a criterio del referido Tribunal no se ha cumplido la existencia del hecho generador en el caso que nos atañe. Ahora bien, esta Sala Especializada amparada en la norma tributaria vigente establece que, tanto el pago como la compensación constituyen formas de extinción de las obligaciones y en muchas ocasiones la propia norma jurídica remite a lo prescrito en las disposiciones constantes al pago para que pueda ser usado, entendido y aplicado en la compensación; tanto más que la compensación puede ser entendida como un pago abreviado o simplificado por lo que es dable considerar a la compensación dentro de los pagos efectuados por cualquier naturaleza. Entonces, siguiendo lo dispuesto en líneas anteriores la compensación se constituye como un pago de cualquier naturaleza y por tanto deviene en unas de las formas de extinción de obligaciones, que se constituye cuando dos personas son deudoras una de la otra, siempre y cuando opere entre ellas una contrapartida que extinga ambas deudas, en la forma descrita en la ley. Para el caso puesto a conocimiento, es importante también establecer que según el artículo 1) del Reglamento para la Aplicación de Impuesto a la Salida d Divisas, se establece como divisa a cualquier medio de pago cifrado en monda, aceptado internacionalmente como tal, así como también que respecto al hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas se lo vincula directamente al cumplimiento de obligaciones de cualquier naturaleza. Que para efectos de la aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas se distingue que existieron varias compensaciones de cuentas en el extranjero, conforme obra de lo indicado en la sentencia recurrida, las cuales constan en la contabilidad y cumplen el sistema de partida doble, que además se constituyen en una transacción monetaria que se ve reflejada en el hecho de que las cuentas por cobrar forman parte del balance general en su haber y que con el tiempo al ser cobradas se convertirán en efectivo para la empresa; y, en tal virtud esta transacción monetaria se ha realizado con una cuenta por cobrar, en virtud de lo cual es errado mencionar que el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas se concreta solo por la salida física de la divisa, tanto más que como se ha establecido lo que en el presente caso ha ocurrido es que por medio de una transacción monetaria, como lo es la compensación entre cuentas por cobrar y por pagar entre la compañía aseguradora y

su reaseguradora, lo que ha ocurrido en su esencia económica es un traslado de recursos financieros al exterior que constituyen la base imponible gravada del Impuesto a la Salida de Divisas. Es decir que la compensación llevada a cabo por el contribuyente actor con el reasegurador en el exterior, implica el traslado de divisas al extranjero y como ya se explicó anteriormente, se constituye en un pago de cualquier naturaleza realizado con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero o en pago abreviado, el cual se origina para evitar el doble pago e imposición de impuestos, evento que constituye el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, criterio concordante con el expresado en la sentencia N° 189-2016, dictado por esta Corte de Casación. En conclusión, se ha configurado la errónea interpretación del Artículos denunciados.

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 05 de abril del 2018 a las 11h42 por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1, con sede en la ciudad de Quito, de acuerdo a los términos señalados en el Considerando V de esta sentencia. 7.2.- RATIFICAR el Acta de Determinación No. 17201401357750 y 1720141357752 de 21 de noviembre de 2014. 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 devuélvas**e a la Sala de origen.

f) Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO).

III

Juicio Nro. 17751-2016-577
Resolución Nro. 577-2016
Fecha: 12 de junio de 2019, las 16h23

TEMA: 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, no puede ser empleado para nombrar el hecho económico y que pueda constituirse en el presupuesto legal para perfeccionar el impuesto a la salida de divisas, y consecuentemente el nacimiento de una obligación tributaria.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

VVM, Vicepresidente Ejecutivo y representante legal del Banco Bolivariano C.A., comparece ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario, con sede en el ciudad de Guayaquil, presentando la demanda correspondiente señalando que el objeto de la litis se centra en la existencia del pago indebido que reclama, el cual corresponde a $. 1´202,371.39, por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas, incluyendo intereses y recargo, cantidad que fuera pagada por el Banco conforme a lo dispuesto en la Resolución Administrativa No. 109012014RREC082900 del 8 de octubre del 2014, emitida por el 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 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 a los meses de marzo y diciembre de 2011 y a febrero de 2012. Añade 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 las Declaraciones Nos. 0920140200053 y 0920140200054; y 0920140200092 respectivamente, por concepto de impuesto a la salida de divisas correspondientes a los meses de marzo y diciembre de 2011; y febrero de 2012. El 5 y 16 de mayo de 2014, el representante legal de la compañía Banco Bolivariano C.A. ingresó tres reclamos administrativos signados con los trámites Nos. 109012014062811, 109012014062812 y 109012014069672, mediante los cuales impugnó las referidas Liquidaciones, solicitando se den de baja y se deje sin efecto las glosas en ellas contenidas. 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 Bolivariano C.A., ratificando las declaraciones emitidas por el Servicio de Rentas Internas. Que el 20 de octubre de 2014, el Banco Bolivariano C.A., pagó la totalidad de las liquidaciones antes señaladas, por la cantidad de $. 1'202,371.39, por concepto de la supuesta diferencia en el impuesto a la salida de divisas. Por su parte, la Administración Tributaria, en la contestación a la demanda, indicó en lo esencial que 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 suyas las divisas recibidas en el exterior. El Tribunal A-quo, luego del análisis pertinente, en lo sustancial refirió, que en virtud de lo señalado por la Administración Tributaria, es necesario determinar lo siguiente: El hecho generador, de conformidad con lo previsto en el artículo 156.1 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente a la época y referido 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 C.A., no se encuadra en el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas. 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 al Ecuador. 2.- El pago a quienes se le remite las divisas del exterior, con dinero que ya se encuentre en el país; que 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 C.A., no cumple los parámetros exigidos 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. En tal virtud, declara con lugar la demanda propuesta por el BANCO BOLIVARIANO C.A., y por consiguiente deja sin efecto la Resolución Administrativa No. I09012014RREC082900 de 8 de octubre de 2014, emitida por la Administración Tributaria.

SÍNTESIS CASACIÓN

JMAM, Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo los cargos de: errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador; falta de aplicación del artículo 17 del Código Tributario; y, aplicación indebida del artículo 1671 del Código Civil, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil, esgrimiendo en lo principal que los cargos citados ut supra, 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 la Administración no encuadra dentro del hecho generador del impuesto a la salida de divisas, sin interpretar de manera correcta el alcance del mismo; que asimismo, no ha considerado en su decisión que

por esencia económica 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 la Administración no ha aplicado de manera alguna la compensación como una forma de extinción de obligaciones, sino que ese es 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 del hecho generador desde el punto de vista económico.La Sala de Casación, luego de haber confrontado la sentencia objetada con lo alegado por la Administración Tributaria, advierte en lo medular, 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 artículo 17 del Código Tributario, el cual debe responder a un límite de interpretación para su aplicación (reserva de ley y principio de legalidad), de lo contrario, se caería en un uso abusivo y desmesurado de esta forma de calificar el hecho generador, transgrediendo el principio de seguridad jurídica. El hecho generador de éste tributo se configura con el traslado de capitales hacia el exterior, que es el que se constituye en el objeto económico gravado mediante ley. Por lo tanto, se evidencia que no se han configurado la errónea interpretación del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, y la falta de aplicación del segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario en la sentencia recurrida. Por otro, lado, respecto del término utilizado por la Administración Tributaria, " compensación contable" cabe establecer que el artículo 13 del Código Tributario, 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, y es perfectible, respecto de deuda y créditos tributarios y deudas tributarias y créditos no tributarios, 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 a la salida de divisas, y consecuentemente el nacimiento de una obligación tributaria.

Por consiguiente, la 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 artículo 1671 del Código Civil, por la figura empleada por la Administración Tributaria. En tal virtud, no se casa la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital No.2 de lo Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Guayaquil.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17751-2016-577

Juez Ponente: Dr. Darío Velástegui Enríquez

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

Quito, a 12 de junio de 2019, las 16h23.

VISTOS: (09504-2014-0136)

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***

---

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.

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."***[7]

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***

[6] Tolosa Villabona, Luis Armando. Ob. Cit., pág. 359

[7] Humberto Murcia Ballen, (Recurso de Casación civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Santa Fe de Bogotá D, C, Colombia, páginas 330 y 331.

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 Dividas, 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-DGECC-GC12-00017, 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 <u>pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero</u>.;*** 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-DGECC-GC12-00017, 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; Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO
Juicio No. 09504-2014-0136
Dra. Ana María Crespo Santos

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

VISTOS:

Avocamos conocimiento del presente proceso en virtud de la reasignación de causas dispuestas por la Dirección Nacional de Gestión Procesal del Consejo Nacional de la Judicatura, en razón de la entrada de vigencia del Código Orgánico de Procesos. A foja 134 a 148 de los autos comparece el Señor VICENTE VALLARINO MARCOS en su calidad de Vicepresidente ejecutivo y por lo tanto su representante legal del BANCO BOLIVARIANO C.A., a plantear acción directa de pago indebido, en los siguientes términos: ?PAGO INDEBIDO OBJETO DE LA DEMANDA, corresponde y asciende a la cantidad total de US$ 1´202,371.39, por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas incluyendo intereses y recargo, que respectivamente se canceló el 20 de octubre del 2014, después de dictada y notificada la Resolución Administrativa N° l09012014RREC082900 del 8 de octubre del 2014, por la que el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur negó las concernientes reclamacioness presentadas por el BANCO BOLIVARIANO C.A., y, por ende, ordenó 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 a marzo del 2011, a diciembre del 2011 y a febrero del 2012.

FUNDAMENTOS DE HECHO

l.- El Servicio de Rentas Internas emitió el 1 de abril del 2014 las denominadas Liquidaciones de

Pago por Diferencias correspondientes al Impuesto a la Salida de Divisas por los meses de marzo y diciembre del 2011, respectivamente. Luego, el 14 de abril del 2014, la Administración Tributara emite también similar Liquidación, por el mes de febrero del 2012.

2.- En las aludidas Liquidaciones se establecieron unas diferencias en el valor a pagar por el Impuesto a la Salida de Divisas, por pagos al exterior cancelados por el Banco, en comparación al detectad o por la Administración Tributaria, desglosadas de la siguiente manera: Por el mes de marzo del 20 11, la suma de US$ 95,398.86. (ANEXO Nº 2). Por el mes de diciembre del 2011, la cantidad de US$ 247,556.44. (ANEXO Nº 3). Por el mes de febrero del 20 12, el monto de US$ 447,8 16.08. (ANEXO Nº 4).

3.- Por cuanto el BANCO BOLIVARIANO C.A. estimó que las glosas levantadas en las antes referidas Liquidaciones eran improcedentes y por tanto no estaban acordes a derecho, presentó el 5 y 16 de mayo del 2014 los respectivos Reclamos Administrativos ante el Servicio de Rentas Internas, conforme se aprecia de las copias certificadas que se adjuntan (ANEXO Nº 5).

4.- Por providencia No. 109012014PREC002353 del 17 de junio del 20 14, la Administración Tributaria procedió a acumular los pertinentes expedientes de los aludidos Reclamos Administrativos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 118 y 124 del Código Tributario, tal como se evidencia de su copia certificada que se acompaña (ANEXO Nº 6).

5.- Las mencionadas reclamaciones ya acumuladas fueron resueltas, como se indicó, el 8 de octubre del 2014, con la emisión de la Resolución Administrativa Nº l09012014RREC082900, tal como se constata de su copia certificada que se adjunta (ANEXO Nº 7), por la cual el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur negó en su totalidad los antedichos Reclamos Administrativos y, por consiguiente, exigió indebida e infundadamente el pago por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas correspondientes a marzo del 2011, a diciembre del 2011 y a febrero del 2012.

6.- Posteriormente, tal como se aprecia de las copias certificadas que también se acompañan (ANEXO Nº 8), el 20 de octubre del 2014, el BANCO BOLIVARIANO C.A., pagó indebidamente la totalidad de la antes indicada cantidad de US $ 1.202.371, 39, por concepto de dichas diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

l.- El BANCO BOLIVARIANO C.A. particularmente fundamenta la presente demanda de pago indebido en el numeral 5 del artículo 11, numeral 23 del artículo 66, en el artículo 75, en el numeral 1 del artículo 76, en el artículo 82, en los numerales 6 y 7 del artículo 120, en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 132, en el numeral 5 del artículo 261 y en los artículos 169, 172, 300, 301, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador; en los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 10, 11, 15, 16, 18, 90, 122 y 221, numeral 5, del Código Tributario; en el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria; y, en los artículos 305, 306, 307 y Á o8 del Capítulo VIII del Título 11 del Libro Tercero del citado Código.

2.- De conformidad al mencionado artículo 122 del Código Tributario, se considerará pago indebido: **a)** el que se realice por un tributo no establecido legalmente o del que haya exención por mandato legal; **b)** el efectuado sin que haya nacido la respectiva obligación tributaria; o, **c)** el que se hubiere satisfecho o exigido ilegalmente o fuera de la medida legal. Y el pago, por parte del Banco, del aludido valor total de US$ 1´202.371.39 es definitivamente y sin duda un pago indebido, en vista de que fue satisfecho fuera de la medida legal correspondiente. El Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur exigió ilegalmente cancelar ese monto por diferencias en el Impuesto a la Salida de Divisas, no obstante que en ningún anexo ni en ninguna parte de las inicialmente referidas liquidaciones demostró que salió dinero del país sin pagar el susodicho Impuesto, puesto que todas las salidas de dinero han pagado el Impuesto en mención y, por consiguiente, el Banco no adeuda valor alguno por este Impuesto.

3.- La Administración Tributaria ha manifestado que existen casos en los cuales recursos monetarios enviados desde el exterior hacia el Ecuador, bien sea por remesas, comercio exterior, inversión, etc., no ingresan efectivamente al país, ya que éstas son pagadas, por las instituciones financieras a sus beneficiarios , con dinero que se encuentra ya en el país, mientras que dinero correspondiente a la instrucción recibida se queda en cuentas de la institución financiera en el exterior. Como resultado de esta operación, la Administración Tributaria infiere que la institución financiera ve incrementada

la cantidad de recursos monetarios en el exterior, situación que *"en la práctica se traduce en una salida de divisas"*... y *"se cumple el hecho generador"* del mencionado Impuesto, a simple interpretación del Servicio de Rentas Internas. De ahí, para la Administración Tributaria, el fundamento para glosar las preindicadas diferencias por Impuesto a la Salida de Divisas, materia de esta demanda, se resume en que, de conformidad a la normativa tributaria, 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, como es el caso de las compensaciones que por su esencia económica impliquen una salida de divisas al exterior. Por lo que, parece ahora que el hecho generador del aludido Impuesto también lo constituyen las COMPENSACIONES QUE POR SU ESENCIA ECONÓMICA IMPLIQUEN UNA SALIDA DE DIVISAS AL EXTERIOR... Como se podrá apreciar, señores Jueces, el pretendido y nuevo "*hecho generador*" ("compensación ") creado por la Autoridad Tributaria difiere del expresamente establecido en la Ley Reformatoria para la Equidad e Tributaria en el Ecuador. Recordemos que el artículo 16 del Código Tributario norma que el hecho generador es el *"presupuesto establecido por la Ley para configurar cada tributo.*" El tratadista Albert Hensel, en su obra "Derecho Tributario"1, lo define como *"al conjunto de los presupuestos abstractos contenidos en la norma del derecho tributario material de cuya concreta existencia (realización del hecho generador) derivan determinadas consecuencias jurídicas.*" También, en el Libro Curso de Derecho Fiscal de la Universidad de Externado de Colombia, el hecho generador es el *"presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo; es el supuesto de hecho que, por ser indicativo de capacidad económica, ha sido seleccionado por el legislador para vincular a su realización el nacimiento de una obligación de pago de un tributo."* Partiendo de las distintas definiciones anteriormente mencionadas, podemos colegir que la característica principal del hecho generador es que el presupuesto que computa el tributo y, por consecuencia, genera la obligación tributaria, siempre debe estar contenido o desarrollado en una LEY. El tributo debe ser creado por la Ley y no por simple discreción administrativa? 3. Como bien pueden evidenciar, señor Jueces, la "compensación" NO consta en ninguna parte del anteriormente transcrito artículo de la Ley, por lo que la Administración Tributaria no pudo, ni puede ni podrá, catalogar a la compensación como un hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas;?realizar esto constituye un acto por lo menos ilegal (por no llamarlo arbitrario), que contraviene principios básicos del Código Tributario.

5.- Ahora bien, si ya se demostró que la "compensación" no se encuentra en el citado artículo de la Ley que regula el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas, es preciso establecer la supuesta base normativa de dónde provino el ilegal proceder de la Administración Tributaria para exigir un pago indebido al Banco Bolivariano C.A. En el Registro Oficial Nº 806 del 9 de octubre del 2012 se publicó la Circular No. NAC-DGECCGG1 2-00017, a través de la cual se RECORDÓ a los sujetos pasivos del Impuesto a la Salida de Divisas, en su punto No. 5, lo siguiente: "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 o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de transferencia 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 3 Los incisos tercero y cuarto de este artículo 156 fueron sustituidos por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nº 583 del 24 de noviembre del 2011. Con el siguiente texto: "Todo pago efectuado desde el exterior por persona s naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador, se pre sume 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 persona s 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." 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 valor del impuesto, así como también las instituciones financieras deben realizar la retención respectiva, según corresponda, de conformidad con la normativa tributaria aplicable. (sic.)." (Los subrayados y las negrillas son nuestros)?Es decir, no hay ni ley sancionada, ni la intervención de la Función Ejecutiva, ni de la Asamblea Nacional. De esta forma, la Administración Tributaria señala que el Banco utilizó esta figura de la compensación, para consecuentemente glosarlo por diferencias del referido Impuesto correspondientes a marzo del 2011, a diciembre del 2011 y a febrero del 2012. Sin embargo, y siguiendo la línea de la ilegal figura de la aludida compensación, la Administración Tributaria tampoco pudo demostrar un flujo de pagos de salida de divisas de clientes sin cancelación de este Impuesto y pagados (compensados) con dinero del exterior: todas las salidas de dinero han pagado el Impuesto a la Salida de Divisas y todas las/ entradas no son de los mismos clientes, por lo que tampoco existe supuesta compensación?El Banco no efectúa compensación de valor alguno, ni local ni internacionalmente; ni ha utilizado la figura de compensaciones de cualquier tipo. No realiza cruce alguno de cuentas: el Banco y sus clientes en el Ecuador no son mutuamente deudores para la compensación de cantidades...No olvidemos que la figura de la compensación se encuentra normada en el artículo 1671 del Código Civil?y partiendo de su definición, se corrobora que la compensación, por su esencia, tampoco puede ser catalogada como una modalidad o forma de QMQ, ya que propiamente no es un pago?Por otro lado, conforme lo establece el artículo 1672 del mismo Código Civil, existen ciertos requisitos o presupuestos necesarios para que pueda operar la compensación, tal como podrá advertir de la respectiva transcripción?7. En definitiva, no solo que con una "Circular-Recordatorio" se está creando un nuevo presupuesto generador del tributo, sino que hasta se distorsiona el sentido (o espíritu) que la Ley le dio al hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas y al propio Impuesto, ya que ahora para la Administración Tributaria 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, a pesar de que, como ya se expuso, 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". 4 En la exposición de motivos de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado se señala que: "El Impuesto de Salida de Divisas, en virtud de que el país no tiene una moneda propia, es de vital importancia para el Estado, desde el punto de vista, económico, político y social, ya que poniendo un impuesto a la salida de divisas, obtenemos la seguridad de que los grandes empresarios del país o las personas de mayor' posición económica, o saquen en grandes cantidades el dinero afuera del país, logrando de esta manera, que el dinero circule en nuestro país, y así no nos quedaríamos sin fluidez monetaria. Dicho en otras palabras, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas no solamente son las transferencias o traslados de divisas a través de cheques, efectivo, transferencias, envíos, retiros o cualquier otra modalidad de pago.... sino que, ahora, para la Administración Tributaria, también lo son las compensaciones internacionales , de las que intuye dicha Administración que tendrían como resultado que, en definitiva, la institución financiera ve incrementada la cantidad de recursos monetarios en el exterior, para lo cual, en todo caso, la Administración Tributaria parece olvidar que para las instituciones financieras existe un impuesto a los activos en el exterior, precisamente para los fondos disponibles en el exterior, de tal modo que cualquier incremento de recursos monetarios en el exterior se encontraría gravado con ese impuesto (a los activos en el exterior), pero no con el Impuesto a la Salida de Divisas, peor con los dos impuestos al mismo tiempo. 8.- Adicionalmente, téngase en cuenta, señor Jueces, que las mentadas Liquidaciones de Pago por Diferencias correspondientes al Impuesto a la Salida de Divisas, sugieren que el Banco debía

realizar un acto de determinación, el mismo que solamente puede ser realizado por el contribuyente generador del tributo o por la Administración Tributaria. En el presente caso, el Banco sólo actúa como un ente recaudador, por lo que mal podría tratar de solicitar información acerca de una supuesta compensación efectuada por nuestros clientes, ya que la Ley sólo indica que el Banco debe retener el Impuesto a la Salida de Divisas cada ocasión que se hace una transferencia al exterior. El Banco no posee las facturas de importaciones o exportaciones de los clientes, para saber si existió alguna compensación: le correspondía a la Administración Tributaria revisar a los pertinentes contribuyentes "que cometieron la compensación". 9.- De acuerdo a lo anteriormente expuesto, EL PAGO (INDEBIDO) , POR PARTE DEL BANCO BOLIVARIANO C.A., DE LOS US$ 1´202,371.39, POR DIFERENCIAS EN EL IMPUESTO A LA SALIDA DE DIVISAS, QUE SE CANCELÓ DESPUÉS DE DICTADA y NOTIFICADA LA CONDIGNI RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA , constituye un pago (indebido) producto de una obligación tributaria inexistente, y que fue exigido ilegalmente fuera de la medida legal. V PRETENSIÓN. En base a los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, el BANCO BOLIVARIANO C.A., por la interpuesta persona de su Vicepresidente Ejecutivo y por tanto representante legal, señor Vicente Vallarino Marcos, dentro del término legal respectivo, acude ante ustedes para demandar, como en efecto demanda, al Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, para que: a) ACEPTEN la acción de pago indebido de los indicados US$ 1´202,371.39, que corresponden al total de lo indebidamente pagado, materia de esta demanda. b) ORDENEN, en consecuencia y conforme al artículo 308 del Código Tributario, la devolución de la cantidad indebidamente pagada, más los intereses correspondientes, que se generarán a favor del BANCO BOLIVARIANO C.A., los cuales correrán a partir de la fecha de presentación de la presente acción de pago indebido, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Código.13 Tributario; todo lo cual, mediante la emisión de la pertinente nota de crédito a nombre del Banco. c) CONDENEN a la autoridad demandada a pagar las costas judiciales, entre las cuales se deberán incluir los honorarios de los Abogados patrocinadores del Banco; y , a la restitución de los gastos efectuados por el Banco, acorde a lo dispuesto en el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil?. A foja 169 a 172 consta la contestación la demanda y por la Autoridad demandada comparece Eco. Antonio Avilés Sanmartín, en mi calidad de Director Zonal 8 del Servicio de Rentas Internas, dentro del juicio No. 09504-2014-0136, seguido por BANCO BOLIVARIANO C.A., dentro del término que se encuentra transcurriendo contesto la demanda planteada por la compañía actora en los siguientes términos: ?1. Luego de cumplido el procedimiento de ley para la generación de la Resolución de Reclamos No. 109012014RREC082900 por concepto de Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) de los meses marzo y diciembre de 2011y febrero del 2012, la actora fue notificada con dicha resolución en legal y debida forma dentro del plazo de ley. En su parte resolutiva, la mentada actuación de la Administración indica textualmente lo siguiente: "NEGAR los reclamos administrativos presentados por el señor Fernando José Ramón Salazar Arrarte en su calidad de Presidente Ejecutivo y como tal representante legal de la compañía BANCO BOLIVARIANO C.A.; tendientes a que se deje sin efecto las Liquidaciones de pago por diferencias en la declaración Nos. 0920140200053, 0920140200054 y 0920140200092 debidamente notificadas los días 03 (0920140200053 y 0920140200054) y 0920140200092 de abril del 2014, correspondientes a la salida de divisas de los meses de marzo a diciembre del 2011 y febrero del 2012 respectivamente, de acuerdo con lo expuesto en los considerandos de la presente resolución, especialmente en el desarrollo del considerando 26 de la misma.". Con estos antecedentes, el contribuyente BANCO BOLIVARIANO C.A. interpuso demanda contencioso tributaria ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2, sede Guayaquil? ARGUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA 1.- Negativa de los argumentos del actor en su escrito de demanda? 1.1.- En mérito del artículo 82 del Código Tributario (CT), los actos administrativos tributarios gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad?1.2.- Como corolario de lo anterior, el artículo 258 del CT indica textualmente lo siguiente? Por lo tanto, en virtud de esta disposición legal, resulta claro que dentro del proceso el actor deberá demostrar que efectivamente tiene derecho a impugnar la resolución No. 109012014RREC082900. Por cuanto el actor es quien cuestiona e impugna

lo resuelto por la Administración Tributaria, negamos su exposición de argumentos. 2.- Ratificación en el contenido de la resolución No. 109012014RREC082900. Esta Administración Tributaria manifiesta su conformidad con el contenido de la resolución impugnada? 2.1.- De acuerdo al artículo 67 del CT, la resolución de reclamos es la expresión de una de las facultades de la Administración Tributaria?De esta manera, la Administración Tributaria al emitir y notificar la resolución No. 109012014RREC082900 actuó ejerciendo la facultad resolutiva con apego a la ley. 2.2.- La resolución impugnada posee considerandos claros, fundamentos de hecho y de derecho expresados con precisión?Por estas mismas consideraciones, se puede verificar que la resolución impugnada cumple con el requisito establecido en el literal 1) del numeral 7) del artículo 76 de la Constitución de la República. También debe considerarse las disposiciones constantes en los artículos 122, 123 y 125 del Estatuto de Régimen jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)?En virtud de que la resolución No. 109012014RREC082900 fue emitida de conformidad con todo lo expuesto sobre estas líneas, lo procedente es la ratificación en su contenido. 3.- Con relación a la legalidad del contenido de la circular NAC-DGECCGG12-00017 El artículo 7, inciso primero, del Código Tributario establece que el Director General del Servicio de Rentas Internas posee la facultad legal para dictar las ''... circulares a disposiciones generales necesarias para la aplicación de las leyes tributarias y para la armonía y eficiencia de su administración". El artículo 8 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas contiene textualmente la siguiente disposición: "El Director del Servicio de Rentas Internas expedirá, mediante resoluciones, circulares o disposiciones de carácter general y obligatorio, necesarias para la aplicación de las normas legales y reglamentarias y para la armonía y eficiencia de su administración. Para la vigencia de tales circulares a disposiciones, deberán ser publicadas en el Registro Oficial y no podrán contrariar las leyes ni reglamentos. Esta facultad, es indelegable.". En virtud de las referidas disposiciones legales, resulta evidente que la Administración Tributaria posee la facultad de emitir las circulares que considere necesarias para la aplicación de las leyes tributarias, sin que ello implique de modo alguno que se esté vulnerando el principio de reserva de ley contenido en el artículo 4 del Código Tributario. En el caso concreto del presente litigio, cabe señalar que la circular NAC-DGECCGG12-00017 no viola el principio de reserva de ley?El artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria señala literalmente lo siguiente: "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". Tal como podemos observar de la transcripción sobre estas líneas, el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas es amplio e implica la transferencia o traslado de divisas al exterior y envíos de dinero o pagos de cualquier naturaleza en general. La norma menciona estos hechos como parte de la configuración del tributo de manera general, lo cual implica que abarcan el amplio espectro de situaciones a que hubieren lugar y que son consustanciales a la transferencia, traslado, envíos y pagos realizados al exterior sea la modalidad que fuere la aplicada por el sujeto pasivo para dicho fin. En consecuencia, lo que la circular NAC-DGECCGG12-00017 indica es que dentro del hecho generador del I m puesto a la Salida de Divisas, hay que considerar, por la esencia de la transacción en cuestión, lo siguiente: "De conformidad con las disposiciones normativas señaladas en la presente Circular, el hecha 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, balizados con o 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 /SD.". Por lo expuesto, el contenido de la circular no amplía el hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas y más bien se circunscribe a la finalidad de la circular tal como consta en el Código Tributario y en la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas. Consecuentemente, el argumento de la

parte actora carece de fundamento legal válido y por ello solicitamos que se deseche la pretensión de la empresa. 4.- Con relación a la compensación Con respecto a la compensación sobre la cual versa la resolución impugnada, la parte actora, en su escrito inicial, manifestó lo siguiente: " siguiendo la línea de la ilegal figura de la aludida compensación, la Administración Tributaria tampoco pueda demostrar un flujo de pagos de salida de divisas de clientes sin cancelación de este Impuesto y pagados (compensados) con dinero del exterior: todas las salidas de dinero han pagado el Impuesto a la Salida de Divisas y todas las entradas no son de las mismos clientes, por la que tampoco existe una supuesta compensación.". En este punto, es necesario mencionar que el actor está confundiendo las transacciones efectuad as por sus clientes con la totalidad de las transacciones del banco que la propia institución financiera reportó mediante el anexo correspondiente al Banco Central del Ecuador. De esta forma, en el número 26.8.25 la resolución impugnada manifiesta lo siguiente: "En este punto, la Administración Tributaria considera pertinente reiterar que no se encuentra analizando durante este proceso las transacciones realizadas por los clientes de Banco Bolivariano C.A. durante los meses de marzo y diciembre de 2011 y febrero de 2012; y, tampoco algunas posibles compensaciones que puedan haber realizado; sino, que se encuentra realizando un análisis de las transferencias de entradas y salidas realizadas por el BANCO BOLIVARIANO C.A.; y, en las cuales se pudo haber utilizado la figura de compensaciones de cualquier tipo.". Por lo tanto, el punto sobre el cual se refiere el sujeto pasivo en su demanda ya fue examinado y resuelto, tal como consta en el contenido del acto impugnado. De este modo, lo que hizo el Servicio de Rentas Internas, dentro de sus facultades legales, fue revisar el Anexo Movimiento Internacional de Divisas de Banco Bolivariano C.A., donde se pudo verificar los recursos que recibió la institución financiera en sus cuentas bancarias del exterior con la finalidad de que se paguen valores a beneficiarios ubicados en Ecuador. Una parte de los recursos fueron efectivamente enviados a Ecuador a través de transferencias realizadas por intermedio del Banco Central del Ecuador y la diferencia se mantuvo en el exterior en las cuentas bancarias de propiedad del banco. (El hecho generador del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) 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. Esto fue probado por la Administración Tributaria al concluir, de la revisión de la documentación que obra del proceso, que los saldos de las cuentas que BANCO BOLIVARIANO C.A. mantenía en el exterior durante los períodos determinados se vieron incrementados, períodos en los cuales el artículo 23 del Reglamento para la Aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas disponía una liquidación y declaración mensual del referido tributo. Por lo expuesto, no cabe la impugnación de la accionante. PETICIÓN CONCRETA. Por las razones expuestas, solicito que ustedes, señores jueces, consideren los argumentos presentados por esta Administración Tributaria en el presente escrito de contestación, así como me ratifico en la totalidad de los argumentos expuestos en el acto impugnado?. Por encontrarse hechos que justificar se abrió la causa aprueba por 10 días conforme consta de los Autos a foja 173. Mediante providencia que fue debidamente notificada a las partes procesales, con fecha 21 de marzo del 2016 (foja 316), se declaró concluido el término probatorio y se ordenó que vuelvan los autos para resolver. Concluida la etapa probatoria y siendo el estado de la causa el de resolver para hacerlo se considera:

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para conocer y resolver las acciones que motiva la presente controversia en aplicación de lo dispuesto en el Art. 219 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO.- Los Jueces que al final firmamos, ejerciendo la jurisdicción y competencia en la materia, resolvemos.

TERCERO.- Se ha dado a la presente causa el trámite establecido en el Código Tributario para esta clase de asuntos, habiendo las partes legitimado su intervención en legal forma; y, no existiendo omisión de solemnidad sustancial alguna, se declara su validez procesal.

CUARTO.- Este Tribunal integrado legalmente, atiende el precepto constitucional contenido en el Artículo de la Carta Magna que indica: ?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. (?)?; enunciado jurídico que ha sido

considerado en esta causa, y que siendo de inmediato y directo cumplimiento, nos obliga como administradores de Justicia a precautelar y velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de las partes, conscientes de que, conforme lo señala el Art. 169 de la Constitución de la República, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, cumplimos en la revisión objetiva del proceso contencioso tributario, con el afán de administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.-

QUINTO.- Amparados en el segundo inciso del Art. 273 del Código Orgánico Tributario, establecemos que la sentencia será motivada y decidirá con claridad los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o 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. Dentro del análisis de esta causa se ha observado, con la importancia que amerita, la aplicación doctrinaria de lo que se constituye en el debido proceso y la inherencia que tiene en la sustanciación, lo cual a decir del profesor John Rawls en su obra El Debido Proceso¨. TEMIS. 1996, Página 4, expresa que es aquel ¨razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias¨. El prestigioso García de Enterría, al decir de Hoyos, se refiere al debido proceso como un concepto jurídico indeterminado. Otros hablan del debido proceso como un derecho cívico o fundamental. Karl Larenz, citado por Hoyos, según cita éste autor página 5 denomina al debido proceso como el principio de contradicción¨ o el principio de audiencia. En todo caso, la expresión original en inglés es ¨due process of law¨. Con estas consideraciones, la Sala determina que en este proceso, se le ha asegurado a las partes, la institución instrumental en virtud de la cual se ha desarrollado el juicio sin dilaciones, atendiendo a la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de tal manera, que es así como se considera cumplido el debido proceso, coincidiendo con el criterio de Mario Madrid-Malo Garizábal, en la obra ¨Derechos Fundamentales¨, Segunda Edición. Bogotá. 1997. 3R Editores, página 146 precisa: ¨El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos.?. La Sala, previo a dictar el fallo correspondiente, procede a hacer el siguiente análisis, considerando los antecedentes, los fundamentos y alegatos de la demanda así como de la contestación, las pruebas actuadas y las disposiciones legales aplicables a la controversia.

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 indebidamentepagar 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 Dividas, 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.? ANÁLISIS SOBRE LA FORMULA UTILIZADA Dentro de la Resolución 109012014RREC082900 el Banco indicó que no puede existir una compensación por cuanto todas las entradas de divisas no son de los mismos clientes; por tanto no se puede mezclar las entradas y salidas de dinero que pertenecen a sus clientes y obtener un diferencial que deba cancelar impuesto a la salida de divisas y asumiendo que el mismo es dinero del Banco, tal como lo afirma la administración tributaria e indicó también que en el detalle entregado al Servicio de Rentas Internas se puede apreciar que la mayoría de clientes o bien tienen solo entradas o bien solo salidas de divisas. Dentro de la fórmula que aplica la administración tributaria se combinan dos fuentes, el dinero de los clientes y el dinero del Banco, como indica en las circulares del Servicio de Rentas Internas y la sentencia de Hispana de Seguros, la forma adecuada en que se debe de comparar si un contribuyente ha realizado una compensación es analizando los saldos entre los proveedores propios o saldos de la propia institución bancaria, si se analiza la fórmula que el Servicio de Rentas Internas propone se puede observar que las entradas del dinero de los clientes y las entradas del dinero del Banco se restan para luego compararse con las salidas de clientes y las salidas efectivas del Banco, en este punto se observa un error fundamental ya que no se deberían mezclar el dinero del Banco con el dinero de los clientes. Además, se evidencia que la fórmula cambió en su estructura posterior a la comunicación de las diferencias, ya que en la fórmula original las entradas del Banco se las tomaba por medio de la estructura E02 reportada a la Superintendencia de Bancos y Seguros y en la segunda según constaba en los SWIFT presentados por el contribuyente. Por principio de concordancia, las salidas efectivas del Banco también debieron haber sido modificadas por los documentos soportes ya que si se cambia la fuente de información de la fórmula en su primera parte, la misma también debería haber sido cambiada en las salidas. Más allá de los resultantes de esta fórmula y tal como ha quedado indicado sobre su procedencia, con la sugerencia que antecede, se puede inferir que la misma al no haber sido normada produce resultados antojadizos tomando una misma fuente de soporte, eso unido a la complejidad de una contabilidad bancaria y a la aleatoriedad de los campos de la fórmula nos hace concluir que se debió haber descrito dentro del acto determinativo el estudio que nos hacía concluir la efectividad de la misma, lo cual no ha sido demostrado por la administración tributaria. Como se explica en los párrafos precedentes, no es posible que una fórmula haya sufrido tres cambios dentro de su estructura de cálculo con cambios tan drásticos, lo cual hace inferir una falta de sustentación normativa de la misma. DOCUMENTOS DE SOPORTE NO TOMADOS EN CUENTA. Tomando estos antecedentes, de la página 4 de la Resolución No. 109012014RRS082900 del 13 de octubre del 2014 se desprende que la Administración Tributaria emitió al Banco Bolivariano las comunicaciones de diferencias RLS-CDIOCDG14-00003-M y RLS-CDIOCDG14-00011-M el 29 de enero y 10 de febrero del 2014 respectivamente; diferencias por USD 5´092.955,30 y USD 2´428.672,34 las cuales dentro del casillero de la fórmula descrita en dichos documentos ?(-) entradas de bancos (Según consta en la información presentada en la E02 ?Transacciones internacionales presentadas a la Superintendencia de Bancos y Seguros?)? consigna en ambos casos el valor de cero. Luego, el Banco Bolivariano mediante anexos a los trámites Nos. 109012014033829 y 109012014038249 entregó los SWIFT de las transferencias que muestran el dinero que regresó al país correspondientes a los períodos indicados, con lo cual la diferencia disminuyó a USD 342.955,30 (USD 95.398,86 + USD 247.556,44) y USD 428.672,34 tal como consta en las liquidaciones de pago por diferencia en la declaración Nos. 0920140200053, 0920140200054 y 0920140200092 correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2011 y 2012. Podemos dilucidar de estos dos documentos emitidos por la Administración Tributaria que la fórmula para el cálculo de diferencia en pago del impuesto a la salida de divisas se modificó drásticamente ya que en la comunicación de diferencias el Servicio de Rentas Internas procedió a comparar el mayor contable de los depósitos registrados en la cuenta 110315 ?Bancos e Instituciones Financieras del Exterior por transacciones de Clientes? contra la Estructura E02 ?Transacciones Internacionales presentadas a la Superintendencia de Bancos y Seguros?; y luego en la liquidación de diferencias procedió a sustituir la estructura E02 reportada con documentos soportes de la contabilidad (SWIFT). Los SWIFT son los documentos soportes de la contabilidad, es

decir, en el asiento contable se registran los valores que están dentro del SWIFT y la estructura E02 es la resultante de los múltiples asientos registrados en las cuentas contables. Dentro del reclamo administrativo el Banco Bolivariano C.A. procedió a completar la documentación física presentada posterior a la comunicación de diferencias la cual fue negada como soporte por parte de la administración tributaria. De los informes periciales se puede colegir que dentro de los mayores contables de la cuenta 110315 ?Bancos e Instituciones Financieras del Exterior por transacciones de Clientes? se encuentran las transacciones de los SWIFT entregados en el reclamo, por lo cual si la Administración desconoce su valor como prueba para el casillero en la fórmula ? Entradas de bancos (Según consta en los SWIFT presentados por BANCO BOLIVARIANO C.A.)? también los debería de eliminar de los mayores que componen el valor en ?Entradas de clientes (Depósitos registrados en la cuenta 110315 BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL EXTERIOR por transacciones de clientes)? esto hace que más allá que la fórmula utilizada sea o no la correcta, origine que la glosa carezca de sentido ya que desconocer la documentación soporte sería desconocer la contabilidad del Banco la cual dentro del proceso no ha sido objetada por la Administración, cabe recalcar que ni los peritos ni los funcionarios del Servicio de Rentas internas han indicado que dichos SWIFT no constan en los mayores de la cuenta 110315, ratificando más bien su existencia conforme consta en el informe pericial de la perito insinuada por la parte demandada (fojas 261 a 266. Pag. #3). En mérito a los considerandos que anteceden, esta Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 con sede en Guayaquil, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** declara CON LUGAR la demanda 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. l09012014RREC082900 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.- **Notifíquese y Cúmplase.**

f) Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL (VOTO SALVADO); Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL.

IV

Juicio Nro. 17502-2013-0097
Resolución Nro. 457-2019
Fecha: 27 de junio 2019

TEMA: Cómo opera la caducidad de la facultad determinadora de la autoridad tributaria según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 95 del Código Tributario.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

PEDB, por sus propios derechos comparece ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, impugnando la Resolución No. 117012013RREC109746 emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas de fecha 8 de octubre de 2013, que niega el reclamo administrativo de impugnación a las liquidaciones de pago Nos. 1720130200047, 1720130200052, 172013020005, por concepto de Impuesto a la Renta de los años 2009, 2010 y 2011, respectivamente. Manifestando el actor en su demanda, que la Administración Tributaria realizó simultáneamente tres determinaciones tributarias profundas y no únicamente un proceso de" cruce de información", señalando las siguientes anomalías: iniciar los procedimientos de auditoría tributaria de los años 2009, 2010 y 2011, sin mediar notificación de orden de determinación, la cual no se aproxima al" cruce de información", conforme la ley y reglamento; por lo que se debía notificar con las órdenes de determinación y que los requerimientos no fueron justificados, solo se ha indicado que se hizo en función de los deberes formales, que se debieron dictar actas borrador de determinación, las que debían ser revisadas y conceder el plazo para las observaciones y recién transcurrido el mismo, emitir las liquidaciones de pago definitivas; por lo que considera que las liquidaciones de pago del Impuesto a la Renta adolecen de nulidad en los términos del artículo 139 del Código Tributario. Adicionalmente, señala falta de motivación e invoca la nulidad, conforme la disposición contenida en los Arts. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y 81 del Código Tributario, al referir que no se han presentado documentos soportes de gastos o que los mismos son duplicados, sin explicar la cuenta, casillero o cuales son los duplicados, lo que le ha provocado indefensión, y que igual ha ocurrido en la glosa de sueldos, salarios y remuneraciones, porque se limitan a citar normas de la Ley de Seguridad Social, sin considerar otras normas que prevén exoneraciones, ni se ha revisado la abundante información proporcionada. Finalmente alega la caducidad de la facultad determinadora de la Administración Tributaria, cuando se produjo la suspensión de la verificación por más de quince días. Por su parte la Administración Tributaria, respecto del procedimiento para dictar las liquidaciones de pago, señala que las mismas son válidas, porque siguen un procedimiento conforme a la Ley de Régimen Tributario Interno y a su Reglamento de Aplicación, por lo que no incurrió en una desviación que invalide su actuación; que lo que hizo la Administración fue, una verificación de la veracidad de las declaraciones del Impuesto a la Renta del contribuyente en ejercicio de la potestad determinadora; que una vez detectadas las diferencias aplicó el procedimiento contemplado en el artículo 107-C de la Ley de Régimen Tributario Interno, los artículos 258 y 274 de su Reglamento de Aplicación y el artículo 139 del Código Tributario. En

cuanto a la falta de motivación alegada, señala que los actos cumplieron con las disposiciones de los Arts. 76, numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, y que los mismos se encuentran debidamente motivados. Indicando además que no se ha interrumpido la tarea fiscalizadora por más de 15 días, por lo que no ha operado la caducidad de la facultad determinadora, porque todos los actos han sido notificados antes de que la facultad determinadora de la Administración Tributaria caduque, solicitando que se deseche las alegaciones del demandante. El Tribunal, luego del análisis pertinente, sobre la caducidad esgrimida por la parte actora señaló, que en este caso no se está calificando que la falta de entrega de la información sea dolosa, pero no es lógico, ni se puede permitir que a sabiendas de que el actor no entregó la información el mismo sea favorecido por el paso del tiempo, lo cual va contra los principios de justicia, equidad y buena fe. Que si bien la Liquidación de Pago de diferencia es una forma de determinación, no se rige por el trámite establecido para la auditoría con orden de determinación previsto en el artículo 95, sino conforme lo previsto en los artículos 275 a 278 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. Teniendo en cuenta que el proceso de determinación efectuado al actor corresponde al de verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes, no es posible aplicar para las liquidaciones de pagos, el inciso segundo del artículo 95 del Código Tributario referente a la caducidad del proceso de determinación por suspensión de los actos de determinación, por lo que se desvirtúa dicho cargo. Con relación a la alegada violación del trámite, el Juzgador consideró que la actuación del Servicio de Rentas Internas se ajusta a la normativa tributaria aplicable al ejercicio fiscal 2009, 2010 y 2011, de manera que, todo el proceso de requerimiento de información, cruces de información, exhibiciones contables y demás actos ejecutados y descritos en la Resolución impugnada, se ajustan a este proceso de verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes, situación que también ha sido analizada en la Resolución recurrida, pues la verificación de declaración del actor, constituye una forma de ejercicio de la facultad determinadora, actuando la Administración conforme a la ley, sin que se haya violado el procedimiento, ni que el mismo haya dejado en la indefensión al contribuyente. Por otro lado en cuanto a la glosa de sueldos, salarios y remuneraciones, el Tribunal de instancia, decidió dejar sin efecto las glosas por provisión de la décimo tercera y décimo cuarta remuneración de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, según el detalle de la tabla No. 11 constante en la Resolución impugnada, confirmando las demás glosas por no haberlas justificado. En tal virtud, acepta parcialmente la demanda propuesta por el actor, disponiendo que se proceda con la liquidación conforme las consideraciones de la sentencia.

SÍNTESIS CASACIÓN

PEDB, con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo los cargos de errónea interpretación, del artículo 95 del Código Tributario y falta de aplicación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, esgrimiendo en lo medular, que la errónea interpretación y la falta de aplicación de las normas antes mencionadas han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, pues ha provocado que el juez omita declarar la caducidad de la facultad determinadora de la Administración por la suspensión de los trabajos de fiscalización por más de 15 días consecutivos y por lo tanto ha ratificado la validez de las liquidaciones impugnadas; que el Tribunal le atribuyó un

sentido y un alcance que no existe en el texto del artículo 95 del Código Tributario; que la afirmación emitida por los jueces, al señalar que la entrega de información incompleta atribuible al contribuyente impediría la preclusión del término de 15 días en que la orden de determinación pierde su efecto legal, intentando justificar la omisión del Servicio de Rentas Internas ya que la autoridad tributaria podía hacer uso de los presupuestos jurídicos con que cuenta o aplicando la determinación presuntiva que está determinada en el artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno; que si se hubiese interpretado correctamente el artículo 95 del Código Tributario, la Resolución hubiese sido favorable al contribuyente, pues el resultado de la suspensión por más de 15 días de los actos de fiscalización iniciados, extinguió todo efecto legal de la determinación. La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, luego de haber confrontado la sentencia objetada con lo alegado por el casacionista, advierte en lo principal, que la interpretación que efectúa el Tribunal A-Quo cuando se refiere a la caducidad de la facultad determinadora y su interrupción, prevista en el artículo 95 del Código Tributario, es la correcta, pues de la revisión del fallo se advierte que el procedimiento que inició el Servicio de Rentas Internas fue el de" gestión tributaria" y no el de" auditoría tributaria", razón por la cual se emitió la correspondiente" Comunicación de Diferencias" y no la" Orden de Determinación". Que consta además como hecho probado que el contribuyente el 27 de febrero de 2013 adjunta comprobantes de respaldo de sus gastos personales, con lo cual no justifica las diferencias encontradas, ni tampoco presenta las declaraciones sustitutivas correspondientes, por lo cual la Administración Tributaria emitió las respectivas Liquidaciones de Pago Nos. 1720130200047, 1720130200052 y 1720130200054, por diferencias en la declaración del impuesto a la renta de los ejercicios fiscales 2009, 2010 y 2011, respectivamente; es así, que no se puede alegar que se ha producido la caducidad de la facultad determinadora por haberse suspendido más de 15 días consecutivos los actos de fiscalización, cuando como se ha explicado, no se ha practicado al contribuyente una determinación tributaria en base a una orden de determinación sino a una comunicación de diferencias, por lo que no se han efectuado actos de fiscalización para que sea pertinente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Tributario. Consecuentemente, no se configura la errónea interpretación del artículo 95 del Código Tributario, ni la falta de aplicación del artículo 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno. En tal virtud no se casa el fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17502-2013-0097
Juez Ponente: Dr. José Luis Terán Suárez

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

Quito, 27 de junio 2019.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES

1.1 Mediante escrito de 29 de septiembre de 2017, el señor Publio Enrique Díaz Ballesteros, fundamentó el recurso de casación en la **causal primera** del art. 3 de la Ley de Casación; estimó infringidas las siguientes normas de derecho: Errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario; y, falta de aplicación de los arts. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno; 245, 259 y 270 del Código Tributario. Sin embargo, el doctor Juan G. Montero Chávez, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación, por los cargos de errónea

interpretación del art. 95 del Código Tributario y falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación.

1.2 El recurrente señor Publio Enrique Díaz Ballesteros, en el recurso de casación manifiesta que al resolver la alegación de caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria, debido a la suspensión de los trabajos de fiscalización por más de 15 días consecutivos, la sentencia de instancia interpreta erróneamente el art. 95 del Código Tributario; que previó a conocer el fondo de la litis en el considerando SEXTO, en el número 6.3.2, el Tribunal luego de reproducir el artículo mencionado, reseña las fechas en que el actor y la entidad demandada, cumplieron sus respectivas diligencias y posterior a este ejercicio cronológico, concluye que efectivamente se suspendieron los trabajos de fiscalización por más de 15 días, pero que la suspensión es atribuible al contribuyente, por lo que no continuaron transcurriendo los plazos para que se produzca la caducidad de la facultad determinadora; que para describir la errada interpretación *"…es necesario se analice lo dicho en dos partes: i) La distinción antojadiza que efectúa el Juez A quo sin que en la Ley existan excepciones en cuanto a los efectos de la suspensión de los trabajos de fiscalización; y, ii) La omisión de la autoridad tributaria, de continuar con la determinación presuntiva en los casos en los que el contribuyente no entregue la información necesaria para realizar una determinación directa"*; que sobre la distinción antojadiza que efectúa el juez *a quo* es necesario referirse al segundo inciso del art. 95 del Código Tributario que señala que: *"Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación* ***o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos****. Sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente*"; que se observa claramente, que en el presente caso, se configuró la caducidad de la facultad determinadora cuando se produjo la suspensión de la verificación por más de 15 días hábiles, hecho que es plenamente aceptado por el Tribunal cuando en el número 6.3.2 expresan: *"Es claro que entre el 17 de agosto del 2012 y 13 de noviembre del 2012, no se despende actuación alguna por parte de la administración*"; pero inmediatamente se permiten justificar que esta omisión de la autoridad tributaria, cuando se señala que*: "… al no ser atendida con toda la información solicitada por la Administración, es lógico que la administración no tiene la información completa, por ello reitera en el requerimiento…*"; que la errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario se produce porque el juez de instancia hace distinciones donde la ley no las hace, porque el precitado artículo es claro en señalar que si durante 15 días suspenden los actos de fiscalización iniciados, no se produce ningún efecto legal, la notificación de la orden de determinación; que es decir que esta norma legal no menciona casos específicos en que por la entrega de información incompleta por parte de sujeto pasivo, este término de 15 días de suspensión de trabajos de fiscalización deja de causar el efecto de que sigan transcurriendo los plazos de caducidad; que en la sentencia también existe una falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que contiene el mecanismo específico de la determinación presuntiva, para que la administración tributaria continúe con los trabajos de fiscalización a pesar de la falta de entrega de información por parte del sujeto pasivo; que si el juez *a quo* hubiera aplicado el art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno habría interpretado adecuadamente el art. 95 del Código Tributario, en el sentido que a pesar de la supuesta omisión en la entrega de documentos, las labores de determinación debieron continuar mediante la emisión de tres requerimientos por escrito y esperando un plazo máximo de 30 días; que sin embargo en el presente caso, los trabajos de fiscalización se suspendieron por más de tres meses por parte de la administración tributaria, lo cual hizo que no se suspendan los plazos de caducidad de la facultad determinadora, sino que estos sigan transcurriendo y por ende produciéndose la caducidad de la facultad determinadora; que la errónea interpretación y la falta de aplicación de las normas antes mencionadas han sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia, pues ha provocado que el juez haya omitido declarar la caducidad de la facultad determinadora de la administración por la suspensión de los trabajos de fiscalización por más de 15 días consecutivos y por lo tanto ha ratificado la validez de las Liquidaciones impugnadas; que el Tribunal le atribuyó un sentido y un alcance que no existe en el texto del art. 95 del Código Tributario; que la afirmación emitida por los jueces, señala que la entrega de información incompleta atribuible al

contribuyente impediría la preclusión del término de 15 días en que la orden de determinación pierde su efecto legal, intentando justificar la omisión del SRI ya que la autoridad tributaria podía hacer uso de los presupuestos jurídicos con que cuenta o aplicando la determinación presuntiva que está determinada en el art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno; que si se hubiese interpretado correctamente el art. 95 del Código Tributario, la resolución hubiese sido favorable al contribuyente, pues el resultado de la suspensión por más de 15 días de los actos de fiscalización iniciados, extinguió todo efecto legal de la determinación.

1.3 Mediante auto de 5 de abril de 2019, a las 12h33, el doctor Juan G. Montero Chávez, Conjuez Nacional de la Corte Nacional de Justicia, declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación interpuesto por el señor Publio Enrique Díaz Ballesteros, por los cargos de errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario; y, por falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación; y, concede a quien posee la legitimación pasiva para que conteste fundamentadamente en el término de cinco días, conforme lo establece el art. 13 de la Ley de Casación.

1.4 La autoridad tributaria, en su contestación a la demanda, manifiesta que con respecto a la errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario, hay que señalar que el recurrente sostiene que el juez de instancia realiza la errónea interpretación en razón de que los juzgadores de instancia establecieron que efectivamente se suspendieron los actos de fiscalización por más de 15 días, sin embargo y que pese a ello no se declaró la caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria en razón de que dicha suspensión fue ocasionada por la desidia del hoy recurrente, con ello afirma que son dos las cuestiones a analizarse "*i) La distinción antojadiza que efectúa el Juez A quo sin que en la Ley existan excepciones en cuanto a los efectos de la suspensión de los trabajos de fiscalización; y, ii) La omisión de la autoridad tributaria, de continuar con la determinación presuntiva en los casos en los que el contribuyente no entregue la información necesaria para realizar una determinación directa*"; que frente a tales argumentos hay que tener claro cuáles son los hechos probados respecto a la alegación de caducidad; que *"Bajo esa línea argumentativa, en instancia se estableció como primer hecho probado que: El 02 de agosto de 2012 la Administración Tributaria realizó un requerimiento de información, el cual fue contestado el 17 de agosto de 2012. El 13 de noviembre de 2012 nuevamente le fue requerida información, de cuyo requerimiento no se tuvo respuesta. El 30 de noviembre de 2012, se ofició al contribuyente con Preventiva de clausura para que presente información requerida, la que contestó el 17 de diciembre de 2012. No existe duda y como bien lo manifiesta el Tribunal de instancia que desde el 17 de agosto de 2012 al 13 de noviembre del 2012 no se registró actuación alguna de la Administración Tributaria no obstante, también consta como hecho probado y no controvertido que el hoy recurrente no remitió toda la información solicitada por la Administración Tributaria*"; que del análisis que realiza el Tribunal de instancia, vendrá a conocimiento de los Jueces Nacionales que los juzgadores de instancia en pro de la justicia, la buena fe, la lealtad procesal y del principio básico de Derecho de *"nom venire contra factum propium"* lo cual se traduce a *"la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad",* hoy en día denominada como la *"teoría de los actos propios"*, el Tribunal de instancia acierta en su análisis en sostener que nadie puede beneficiarse de su propio error; es decir, no es admisible la alegación respecto a la caducidad de la facultad determinadora de la administración tributaria conforme lo establecido en el art. 95 del Código Tributario, cuando la misma fue ocasionada por el hoy recurrente, por lo cual, conforme el principio de buena fe, no es jurídicamente lícito darle procedencia a la pretensión que yace en una actuación dolosa, contradictoria y de la desidia por parte del actor; que por lo mencionado el Tribunal no incurre en la errónea interpretación, ni mucho menos existe una interpretación antojadiza como ha manifestado el recurrente; que los juzgadores de instancia en aplicación estricta de principios de derecho han realizado una interpretación correcta del art. 95 del Código Tributario, rechazando una pretensión inadmisible que deviene de una actuación desleal y dolosa del recurrente; que el actor en su escrito de casación alega la falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sin embargo dentro de sus argumentos no existe la singularización de la norma ha sido aplicada de forma indebida, dicho requisito que tanto la doctrina y la jurisprudencia han considerado como ineludible para la procedencia del mentado cargo; que por lo expuesto al no existir la proposición jurídica completa del cargo de falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de

Casación, el recurso de casación es abiertamente improcedente.

1.5 El Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida *"…acepta parcialmente la demanda propuesta por el abogado Publio Enrique Díaz Ballestero, por sus propios derechos, disponiendo que se proceda con la liquidación conforme las consideraciones de la presente sentencia. En cuanto al afianzamiento, ejecutoriado el fallo y sin que exista recurso pendiente, se practique la liquidación correspondiente y se imputará el valor a la obligación resultante con los intereses, conforme lo previsto en el artículo innumerado luego del Art. 233 del Código Tributario…".*

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. 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 1 de la Codificación de la Ley de Casación.

3. VALIDEZ PROCESAL

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

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

4.1 El recurrente, según el auto de admisibilidad del recurso de casación, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación, formula el siguiente cargo en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.

Cargo único: "Errónea interpretación" del art. 95 del Código Tributario; y, falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

5. CONSIDERACIONES, ANÁLISIS 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 El recurrente 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 la misma debe ser corregida. La causal tiene como limitante la revaloración de las pruebas y debe ser planteado a partir de los hechos probados en la sentencia. Para que se constituya la misma se requiere la presencia de dos elementos: el primero, que debe haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada; y, el segundo, que la transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva del fallo recurrido; esta violación puede estar dada por *aplicación indebida* que se presenta cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; es decir, el juez hace obrar la norma a una situación no prevista o regulada por ella**; *la falta de aplicación***, en cambio, es la omisión que realiza el juzgador en la utilización de las normas o preceptos jurídicos que debían aplicarse a una situación concreta, conduciendo a un error grave en la decisión final; mientras que la ***errónea interpretación*** de normas de derecho consiste en la falta que incurre el Juez al dar erradamente a la norma jurídica aplicada un alcance mayor o menor o distinto que el descrito por el legislador. La invocación de la causal conlleva que la Sala de Casación verifique si la sentencia emitida por el Tribunal *A quo* riñe con el derecho (*error in iudicando*) es decir que los hechos sobre los que se discutió en la Sala de instancia han sido dados por cierto y aceptado por las partes procesales, por lo que, no se podrán volver a analizar las

pruebas presentadas por las partes dentro de la instancia. Para resolver el problema jurídico planteado, esta Sala Especializada considera lo siguiente:

5.2.1 Sobre este cargo el recurrente menciona que se ha violentado los siguientes artículos, cuyos textos son los siguientes:

CÓDIGO TRIBUTARIO

> ***Art. 95.- Interrupción de la caducidad***.- *Los plazos de caducidad se interrumpirán por la notificación legal de la orden de verificación, emanada de autoridad competente.*
>
> *Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos. Sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente.*
>
> *(…)"*

LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO.

> *"**Art. 23.- Determinación por la administración**.- La administración efectuará las determinaciones directa o presuntiva referidas en el Código Tributario, en los casos en que fuere procedente.*
>
> *(…)*
>
> *Cuando el contribuyente se negare a proporcionar los documentos y registros contables solicitados por el Servicio de Rentas Internas, siempre que sean aquellos que está obligado a llevar, de acuerdo con los principios contables de general aceptación, previo tres requerimientos escritos, emitidos por la autoridad competente y notificados legalmente, luego de transcurridos treinta días laborables, contados a partir de la notificación, la administración tributaria procederá a determinar presuntivamente los resultados según las disposiciones del artículo 24 de esta Ley".*

5.2.2 El recurrente, en su recurso de casación, manifiesta que la sentencia de instancia realiza una errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario, ya que en el presente caso se configuró la caducidad de la facultad determinadora cuando se produjo la suspensión de la verificación por más de 15 días hábiles, hecho que es plenamente aceptado por el Tribunal cuando en el número 6.3.2 expresa que es claro que entre el 17 de agosto del 2012 y 13 de noviembre del 2012, no se despende actuación alguna por parte de la administración; pero inmediatamente se permiten justificar esta omisión de la autoridad tributaria, al señalar que al no ser atendida con toda la información solicitada al contribuyente por la administración, es lógico que ésta no tiene la información completa, por ello reitera en el requerimiento; que la errónea interpretación se configura en virtud que el artículo en mención no menciona casos específicos en que por la entrega de información incompleta por parte de sujeto pasivo, este término de 15 días de suspensión de trabajos de fiscalización deja de causar el efecto de que sigan transcurriendo los plazos de caducidad; además el recurrente señala que en Tribunal *a quo* en la sentencia existe una falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que contiene el mecanismo específico de la determinación presuntiva, para que la administración tributaria continúe con los trabajos de fiscalización a pesar de la falta de entrega de información por parte del sujeto pasivo.

5.2.3 La sentencia de instancia, al resolver sobre la caducidad por suspensión de la verificación por más de quince días hábiles, alegada por el actor, en el considerando SEXTO numeral 6.3.2 (fojas 532 a 533) señala que: *"**6.3.2.- Respecto de la caducidad por la suspensión de la verificación por más de quince días hábiles**. El artículo 95, establece: "Interrupción de la caducidad.- Los plazos de caducidad se interrumpirán por la notificación legal de la orden de verificación, emanada de autoridad competente. Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos. Sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente. Si al momento de notificarse con la orden de determinación faltare menos de un año para que opere la caducidad, según lo dispuesto en el artículo precedente, la interrupción de la caducidad producida por esta orden de determinación no podrá extenderse por más de un año contado desde la fecha en que se produjo la interrupción; en este caso, si el contribuyente no fuere notificado con el acto de determinación dentro de este año de extinción, se entenderá que ha caducado la facultad determinadora de la administración tributaria. Si la orden de determinación fuere notificada al sujeto pasivo cuando se encuentra pendiente de discurrir un lapso mayor a un año para que opere la caducidad, el acto de determinación deberá ser notificado al contribuyente dentro de los pertinentes plazos previstos por el artículo precedente. Se entenderá que no*

se ha interrumpido la caducidad de la orden de determinación si, dentro de dichos plazos el contribuyente no es notificado con el acto de determinación, con el que culmina la fiscalización realizada". Revisado el proceso el actor señor DIAZ BALLESTEROS PUBLIO ENRIQUE, reconoce en la demanda y obra de la Liquidación de Pago, que fue notificado con el requerimiento de información el 2 de agosto de 2012, así mismo consta de la misma liquidación que contestó el 17 de agosto de 2012, luego nuevamente fue requerido la información el 13 de noviembre de 2012, de cuyo requerimiento no se tuvo respuesta; luego el 30 de noviembre de 2012, se ofició al contribuyente con Preventiva de clausura para que presente información requerida, la que contestó el 17 de diciembre de 2012, para finalmente notificar la Comunicación de Diferencias el 28 de enero del 2013; a la cual el contribuyente el 27 de febrero de 2013 adjunta comprobantes de venta como respaldo de sus gastos personales. Diferencias con las cuales se notificó, según la Liquidación de Pago, al contribuyente que en el plazo de veinte días hábiles justifique las diferencias detectadas en la segunda declaración sustitutiva de Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2009. Es claro que entre el 17 de agosto del 2012 y 13 de noviembre del 2012, no se desprende actuación alguna por parte de la administración, pero al no ser atendida con toda la información solicitada por la Administración, es lógico que la administración no tiene la información completa, por ello reitera en el requerimiento, y es el 17 de diciembre de 2012, que entrega la información el contribuyente, lo cual no se puede atribuir a la administración incumplimiento sino del propio administrado, pues no puede el sujeto pasivo beneficiarse de su resistencia al no entregar la información requerida aduciendo suspensión de la verificación. Mas si los informes periciales no han determinado que efectivamente haya habido suspensión del proceso determinativo, pues por un lado la perito Ing. María José Flores, que en el cuadro elaborado para dar respuesta a las preguntas 1, 2 y 3 de la demandada, presenta un cuadro después de la pregunta 1 en el que detalla todas las actividades, sin embargo no registra las actividades realizadas entre el 27 de agosto al 17 de noviembre del 2012, salvo que al 7 de noviembre hace referencia de informe interno de análisis de información ingresada por el actor, agregando en la respuesta a la pregunta 6 del actor que en la Resolución impugnada se encuentra: " … los papeles de trabajo y demás documentos, en los que se identifican las fechas de elaboración y su contenido, como se detalla a continuación" (foja 289). Mientras la perito Ing. Marjori Pesántez, al responder las preguntas 1, 2 y 3, las cuales agrupa dando respuesta: "Luego de revisar todas las actividades del proceso de determinación me permito indicar que en los períodos comprendidos entre el 19 de junio de 2012 y 22 de marzo de 2013, la Administración Tributaria realizó actividades fiscalizadora que adjunto en ANEXO 1 en un cuadro donde detallo la fecha de emisión de cada documento, el número de documento o notificación, y la descripción de cada una de las actividades fiscalizadoras realizadas por la Administración Tributaria y copia de los documentos emitidos por el SRI en el proceso de determinación. De esto puedo concluir que, las actividades fiscalizadoras fueron interrumpidas en varias ocasiones, por ejemplo, en el mes de septiembre y octubre del año 2012 no se evidencia actividades fiscalizadoras, además debo informar que la Administración Tributaria realizó papeles de trabajo, que no fueron notificados al señor DIAZ BALLESTEROS PUBLIO ENRIQUE", fojas 388 y anexo 1 a fojas 299. Del anexo 1 se evidencia, que al actor se emitió Comunicación de Diferencia el 19 de junio de 2012, sin que haya dado respuesta alguna sino hasta el requerimiento de información por parte de la Administración el 2 de agosto de 2012, información que presentó el 17 de agosto del 2008 y 28 de agosto de 2012, y el 13 de noviembre se vuelve a oficiar con requerimiento de información por parte de la Administración, y el 30 de noviembre de 2012, se le oficia con Preventiva de Clausura, lo cual da respuesta el 17 de diciembre de 2012. En el presente caso, la administración inició es un proceso de verificación en base a la declaración sustitutiva del contribuyente y en base a ello establece diferencia, por lo que requirió información. Pero hay que distinguir entre la verificación por diferencias de la declaración y la determinación de un proceso determinativo; cuando la norma establece "…Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos. Sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente."; disposición que lleva a considerar que mal podía la administración concluir un proceso de determinación si el contribuyente no entregó la información requerida, es decir, por su negativa no puede buscar beneficiarse de las ventajas que el transcurso del tiempo imponga para la conclusión de proceso; actuación que es identificada con el

aforismo "nadie puede beneficiarse de su propia dolo", que en este caso no se está calificando que la falta de entrega de la información sea dolosa, pero no es lógico, ni mucho menos el Tribunal puede permitir que a sabiendas que el actor no entregó la información el mismo sea favorecido por el paso del tiempo, lo cual va contra los principios de justicia, equidad y buena fe. Si bien la Liquidación de Pago de diferencia es una forma de determinación, no se rige por el trámite establecido para la auditoría con orden de determinación previsto en el artículo 95, sino conforme lo previsto en los artículos 275 a 278 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. En fin, teniendo en cuenta que el proceso de determinación efectuado al actor corresponde al de verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes, no es posible aplicar para las liquidaciones de pagos, el inciso segundo del artículo 95 del Código Tributario referente a la caducidad del proceso de determinación por suspensión de los actos de determinación" (el subrayado es de la Sala).

5.2.4 En lo relacionado con la errónea interpretación alegada por el recurrente, esta Sala Especializada señala que, doctrinariamente *"…se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto, yerra en el enfoque verdadero de ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad. (…) El error se comete en la premisa mayor de la sentencia, es decir, en la ley objeto de aplicación, porque el sentenciador ha desconocido los principios hermenéuticos o interpretativos de la Ley…".* (Tolosa Villabona Luis Armando, 2008, Teoría y Técnica de la Casación, Bogotá-Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 361).

Sobre la falta de aplicación alegada por el recurrente, esta Sala señala que, doctrinariamente "…*el juez, al dictar su sentencia, la primera investigación que debe hacer consiste en la selección de la aplicable, o sea determinar la existencia y validez de ésta. Será necesario entonces que considere los problemas de la ley en el tiempo y en el espacio, precisando los límites personales, temporales y espaciales de la regla jurídica*…". (Murcia Ballén, Humberto,. 2005, Recurso de Casación Civil, Bogotá – Colombia Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez C. Ltda., pág. 327); Luis Armando Tolosa Villabona, en referencia la falta de aplicación dice: "*Según la doctrina y la jurisprudencia, en consonancia con los dispositivos legales, ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye "la infracción directa típica", por haberlo ignorado el sentenciador o por no haberle reconocido validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto*…" (*ob. cit.*, p. 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.

5.2.5 Como se mencionó *ut supra,* la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación parte de hechos probados y constan como tales en la sentencia de instancia, los siguientes: **i)** En el considerando SEXTO numeral 6.3.2 fojas 532 vuelta die que: "*Revisado el proceso el actor señor DIAZ BALLESTEROS PUBLIO ENRIQUE, reconoce en la demanda y obra de la Liquidación de Pago, que fue notificado con el requerimiento de información el 2 de agosto de 2012, así mismo consta de la misma liquidación que contestó el 17 de agosto de 2012, luego nuevamente fue requerido la información el 13 de noviembre de 2012, de cuyo requerimiento no se tuvo respuesta; luego el 30 de noviembre de 2012, se ofició al contribuyente con Preventiva de clausura para que presente información requerida, la que contestó el 17 de diciembre de 2012, para finalmente notificar la Comunicación de Diferencias el 28 de enero del 2013; a la cual el contribuyente el 27 de febrero de 2013 adjunta comprobantes de venta como respaldo de sus gastos personales. Diferencias con las cuales se notificó, según la Liquidación de Pago, al contribuyente que en el plazo de veinte días hábiles justifique las diferencias detectadas en la segunda declaración sustitutiva de Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2009".* **ii)** En el numeral 6.3.2 fojas 533 manifiesta que: *"En el presente caso, la administración inició es un proceso de verificación en base a la declaración sustitutiva del contribuyente y en base a ello establece diferencia, por lo que requirió información*".

5.2.6 Cabe señalar la caducidad implica la pérdida para el ejercicio de la facultad determinadora de la obligación tributaria, por parte de la Administración Tributaria, facultad determinadora que tiene como finalidad el dar celeridad al procedimiento tributario, y evitar el que con posterioridad a los plazos establecidos en la ley, se produzcan actos administrativos, que por el transcurso del tiempo, resulten nulos por la falta de capacidad para producir

efectos, en razón de la pérdida de la facultad administrativa para ejercer válidamente sus funciones. José Vicente Troya Jaramillo al referirse a la caducidad dice: *"…Para el orden tributario consiste en el enervamiento de la facultad determinadora de obligaciones tributarias que ostenta la administración activa. Ocurre por el transcurso del tiempo. Dicho de otro modo, dentro de lo que en el derecho administrativo se considera la oportunidad, los actos administrativos de determinación de obligación tributaria deben emitirse tempestivamente.- Caduca la facultad de la administración para determinar las obligaciones tributarias;… La caducidad es institución de derecho público. Opera de oficio y debe ser reconocida y declarada a petición de parte o sin ella, por autoridades administrativas y jueces".* (José Vicente Troya Jaramillo, "*Manual de Derecho Tributario*"; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito-2014; páginas 258 a 259).

Ahora bien, partiendo de los hechos probados en la sentencia, esto es, que en el presente caso la administración tributaria inició un proceso de verificación en base a la declaración sustitutiva del contribuyente, de la revisión de la misma se advierte que, en el caso en análisis, el Servicio de Rentas Internas en ejercicio de su facultad de control y con fundamento en el artículo 2 numeral 9 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas que faculta a la administración para solicitar a los sujetos pasivos o a quien los represente, cualquier tipo de documentación o información vinculada con la determinación de sus obligaciones tributarias o de terceros, así como para la verificación de actos de determinación tributaria, conforme con la Ley, ha requerido al contribuyente Publio Enrique Díaz Ballesteros información relacionada con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias de los ejercicios fiscales 2009, 2010 y 2011; dicha potestad es explícita para que la administración pueda hacer, con carácter de obligatorio y bajo apercibimiento de sanción, como ha ocurrido en este caso, los requerimientos que sean necesarios, bien sea al propio sujeto pasivo del tributo o bien a terceros, todos ellos encaminados a obtener datos para la investigación e identificación de hechos imponibles que nacen del mandato legal, de tal manera que su facultad no está condicionada únicamente a los casos en los que se haya detectado incumplimiento de deberes formales, sino como una función general y permanente de verificación y comprobación, cuya eficacia radica en la utilización de la información obtenida para establecer la veracidad y correspondencia de los tributos determinados; la importancia de la información obtenida, se encuentra en la posibilidad de que a través de ella, se pueda obtener pruebas instrumentales que evidencien la falta de correspondencia entre lo declarado y la real situación económica del contribuyente, lo que permitiría establecer nuevas cargas impositivas y por ende una mayor recaudación.[1] De lo expuesto se desprende que los requerimientos de información que realiza la administración tributaria, están sustentados en la disposición constitucional invocada bajo el concepto del deber de contribuir (art. 83.15 CRE); y, en el artículo 96 del Código Tributario, que dispone que los contribuyentes han de cumplir los deberes específicos que la respectiva ley tributaria establezca. En este caso, la autoridad tributaria realizó lo siguiente: **a)** El 2 de agosto de 2012 notificó al contribuyente con el primer requerimiento de información, el cual fue atendido por el sujeto pasivo el 17 de agosto de 2012; **b)** El 13 de noviembre de 2012 notificó nuevamente al sujeto pasivo con un segundo requerimiento de información, el cual no ha sido atendido por el contribuyente; **c)** El 30 de noviembre de 2012 notificó al señor Publio Enrique Díaz Ballesteros con el oficio de preventiva de clausura; y, **d)** El 17 de diciembre de 2012 el mencionado contribuyente contestó el oficio en mención. Estos requerimientos de información son instrumentos sobre los que el ente recaudador, no solo puede llevar a cabo sus funciones encaminadas a realizar actuaciones investigadoras, tanto del propio sujeto pasivo como de terceros, sino que a través de ellos lograr de manera inmediata y sin otro trámite, la composición del tributo por ellos establecidos en un período determinado, mediante actos directos de determinación tributaria a través de las denominadas liquidaciones de diferencias. De tal manera

[1] Patiño Ledesma, Rodrigo: Sistema tributario ecuatoriano, t. I, "*Principios del Derecho Tributario y Régimen Tributario Administrativo*". Universidad del Azuay, 2013, p. 337.

que siendo el requerimiento de información formulado por la administración un deber de prestación obligatoria y de cumplimiento sin dilación en el plazo por ella señalado, a través de ella se genera el vínculo jurídico que sirva de soporte al acto de determinación, el fundamento legal que sustenta esta actividad verificadora se enmarca en el ámbito jurídico de la determinación directa, razón por la cual el argumento de que debió aplicarse el art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, deviene en improcedente, tanto más cuanto en la especie ha quedado demostrado que el Servicio de Rentas Internas ha formulado únicamente dos requerimientos de información, de los cuales uno de ellos ha sido atendido por contribuyente.

Por consiguiente, queda claro que el fundamento legal que sustenta la actividad verificadora del correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias bajo el procedimiento abreviado de liquidación de diferencias, se enmarca en el ámbito jurídico de la determinación directa y no de la presuntiva, pues, en este caso, tal determinación opera de manera inmediata y sin trámite previo y como efecto inmediato de las omisiones o errores que la administración haya detectado a través del cruce de información en las declaraciones presentadas. Actuación que se encuentra sustentada tanto en lo dispuesto en el artículo 68 del Código Tributario como en lo previsto en los artículos 107 A, 107 B y 107 C de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, en los artículos 273 al 278 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. En este caso, el ejercicio de verificación de las declaraciones corresponde al procedimiento denominado "gestión determinadora" que consiste en la facultad que tiene la autoridad tributaria competente para verificar el cumplimiento de los deberes formales del contribuyente, y ese proceso de verificación se concreta a través de las operaciones administrativas de comprobación e investigación de las declaraciones tributarias presentadas por el contribuyente. Por lo tanto, en este procedimiento, el Servicio de Rentas Internas notificará a los contribuyentes sobre las diferencias que se haya detectado en las declaraciones del propio contribuyente, por las que se detecte que existen diferencias a favor del fisco y los conminará para que presenten las respectivas declaraciones sustitutivas y cancelen las diferencias, disminuyan el crédito tributario o las pérdidas, en una plazo no mayor a veinte días contados desde el día siguiente de la fecha de notificación con la "Comunicación de Diferencias". Si dentro del plazo señalado, el contribuyente no hubiere presentado la declaración sustitutiva, el Servicio de Rentas Internas procederá a emitir la correspondiente "Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración" o "Resolución de Aplicación de Diferencias" y dispondrá su notificación y cobro inmediato, incluso por la vía coactiva. Es decir, en este procedimiento, la administración no realiza "actos de fiscalización", mal entonces podría aplicarse el artículo 95 del Código Tributario, cuyos efectos se circunscriben al procedimiento de "auditoría tributaria" que es un sistema de verificación distinto al de "gestión tributaria" y que consiste en la facultad que tiene la autoridad tributaria competente para fiscalizar el correcto cumplimiento por parte de los contribuyentes de su obligación tributaria principal, como también de aquellas obligaciones accesorias o de deberes formales contendidas en la normativa legal vigente, con el propósito de verificar que las declaraciones de impuestos sean expresión fehaciente de las operaciones registradas en sus libros de contabilidad y de la documentación de respaldo, y que reflejen todas las transacciones económicas efectuadas; sirve también para establecer si las bases imponibles, créditos, exenciones, tasas, contribuciones e impuestos, están debidamente determinados y de existir diferencias, proceder al cobro de los tributos con los consecuentes recargos legales; así como descubrir oportunamente a quienes no cumplen con sus obligaciones tributarias. Por lo tanto, en este procedimiento, el Servicio de Rentas Internas dispondrá el proceso de auditoría tributaria, para lo cual emitirá la correspondiente "Orden de Determinación" con la que se notificará al sujeto pasivo. Es decir, en este procedimiento la administración sí ejecuta "actos de fiscalización", pues está facultada para realizar requerimientos de información al propio contribuyente o a terceros; solicitar copias certificadas de los registros contables que deben ser analizados para la determinación de sus obligaciones, motivo de la auditoría; solicitar a cualquier institución, sociedad o persona natural la información pertinente relacionada con las obligaciones motivo de la auditoría; realizar inspecciones de los registros contables y sus respectivos soportes y archivos, en el domicilio fiscal del propio sujeto pasivo o en el lugar donde mantenga tal información; etc. Concluido el proceso de revisión y cruce de información, así como el análisis de las declaraciones, informes y demás documentos contables, libros, registros, documentación de respaldo utilizados en el proceso de auditoría, se

levantará la correspondiente acta borrador de determinación tributaria, en la cual en forma motivada se establecerán los hechos que dan lugar a la determinación de valores a favor del Fisco o del contribuyente por concepto de impuestos, multas e intereses, y recargos, cuando aplique. Esta acta – borrador será revisada conjuntamente con el sujeto pasivo, y en caso de surgir discrepancias éste tendrá el plazo de veinte días para fundamentar sus reparos; de no haber observaciones o luego de recibidas, la Unidad de Auditoría procederá al análisis pertinente luego de lo cual se elaborará el acta de determinación definitiva, dentro de los plazos que establece la ley, sin descuidar la interrupción de la caducidad y los plazos establecidos en el artículo 95 del Código Tributario, que suscrita por el Director Zonal o Director Provincial, en su caso, será notificada al sujeto pasivo.

Así las cosas, la interpretación que efectúa el Tribunal *a quo* cuando se refiere a la caducidad de la facultad determinadora y su interrupción, prevista en el artículo 95 del Código Tributario, es la correcta, pues de la revisión de la sentencia se advierte que el procedimiento que inició el Servicio de Rentas Internas fue el de "gestión tributaria" y no el de "auditoría tributaria", razón por la cual se emitió la correspondiente "Comunicación de Diferencias" y no la "Orden de Determinación". Por esta razón, el juzgador de instancia aclara en su fallo (fs. 533) que: *"En el presente caso, la administración inició es un proceso de verificación en base a la declaración sustitutiva del contribuyente y en base a ello establece la diferencia, por lo que requirió información. Pero hay que distinguir entre la verificación por diferencias de la declaración y la determinación de un proceso determinativo…"*; y, luego, reafirma dicho criterio al señalar que: *"Si bien la Liquidación de Pago de diferencia es una forma de determinación, no se rige por el trámite establecido para la auditoría con orden de determinación previsto en el artículo 95, sino conforme a lo previsto en los artículos 175 a 278 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. En fin, teniendo en cuenta que el proceso de determinación efectuado al actor corresponde al de verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes, no es posible aplicar para las liquidaciones de pagos, el inciso segundo del artículo 95 del Código Tributario referente a la caducidad del proceso de determinación por suspensión de los actos de determinación"*. Además, consta como hecho probado que en este caso, el contribuyente el 27 de febrero de 2013 adjunta comprobantes de respaldo de sus gastos personales, con lo cual no justifica las diferencias encontradas, ni tampoco presenta las declaraciones sustitutivas correspondientes, por lo cual la administración tributaria emitió las respectivas Liquidaciones de Pago Nos. 1720130200047, 1720130200052 y 1720130200054, por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de los ejercicios fiscales 2009, 2010 y 2011, respectivamente; por lo tanto, en la especie, no se puede alegar que se ha producido la caducidad de la facultad determinadora por haberse suspendido más de 15 días consecutivos los actos de fiscalización, cuando como se ha explicado en este fallo, no se ha practicado al contribuyente una determinación tributaria en base a una orden de determinación sino a una comunicación de diferencias, por lo que no se han efectuado actos de fiscalización para que sea pertinente la aplicación de lo dispuesto en el art. 95 del Código Tributario.

Por lo expuesto, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, considera que en el presente caso no se configura la errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario ni la falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación.

6. DECISIÓN

6.1 Por las consideraciones anotadas, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República**, resuelve:

7. SENTENCIA

7.1 NO CASAR la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2017, las 11h39, dictada 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. 17502-2013-0097.

7.2 Actué la doctora Ximena Belén Quijano Salazar como Secretaria Relatora Encargada de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, en virtud de la acción de personal No. 634-UATH-2019-CO de fecha 26 de junio de 2019

7.3 Sin costas.

7.4 Comuníquese, publíquese y devuélvase a la Sala de origen.

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

ACLARACIÓN

Juicio No. 17502-2013-0097

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

Quito, lunes 8 de julio del 2019, las 12h36,

VISTOS: El doctor Carlos Licto Garzón, a nombre del señor Publio Enrique Díaz Ballesteros, interpone recurso horizontal de ACLARACIÓN en contra de la sentencia dictada el 27 de junio de 2019, a las 11h59 y notificada el 27 de los mismos mes y año. Sobre tal recurso el peticionario a fojas 69 a 69 vuelta del expediente de casación, luego de transcribir parte del considerando 5.2.6 del fallo que se solicita se aclare, expone lo siguiente: "…2. En concreto, esta H. Sala ha llegado a la conclusión que en el presente caso no existe caducidad de la facultad determinadora porque el proceso realizado a mi persona no corresponde a una "determinación", sino que se trata de un proceso de "gestión tributaria", el cual tiene por objetivo únicamente complementar las declaraciones realizadas por los contribuyentes. 3. Con base en lo anteriormente señalado, respetuosamente solicito se sirvan aclarar la sentencia dictada el 27 de junio de 2019, a las 11h59, indicando si la facultad determinadora de la Administración Tributaria se encuentra o no incluida dentro de las actividades de gestión tributaria previstas en el Art. 9 del Código Tributario. Así también se servirán aclarar la sentencia antes individualizada, señalando expresamente si dentro de las facultades de determinación previstas en el Art. 68 del Código Tributario constan o no la verificación de las declaraciones y complementación de declaraciones. 4. Finalmente, los señores Jueces se servirán aclarar la sentencia dictada el 27 de junio de 2019, a las 11h59, indicando las razones por las cuáles los efectos de la Orden de Determinación difieren respecto de los que produce la Comunicación de Diferencias, pues en uno y otro caso, la Administración Tributaria da aviso al contribuyente del inicio de un proceso de determinación de obligaciones tributarias". Con estos antecedentes, para resolver se considera:

PRIMERO.- Para conocer la petición de aclaración presentada, conforme lo previsto en los arts. 274 del Código Tributario y 281 del Código de Procedimiento Civil, es competente esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

SEGUNDO.- El art. 274 del Código Tributario establece que: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura;…". El art. 282 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la aclaración de la sentencia en los mismos términos; y, el art. 253 del Código Orgánico General de Procesos establece que: "La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura..."

TERCERO.- El Servicio de Rentas Internas, en la contestación al recurso de ampliación solicitado manifiesta que el art. 274 del Código Tributario establece que solo ante la existencia de obscuridad en la sentencia procede el recurso horizontal de aclaración; en el caso in examine el recurrente no detalla de forma precisa cuál es la supuesta obscuridad de la que adolecería la sentencia recurrida, únicamente se ha limitado a expresar su inconformidad con la decisión tomada por la Honorable Sala Especializada respecto a la caducidad de la facultad determinadora, lo cual bajo ningún argumento lógico puede entenderse que la sentencia es obscura; que la Sala Especializada ha sido sumamente clara en expresar las razones por las cuales en este caso no ha operado la caducidad de la facultad determinadora, así también explica bajo que circunstancia la administración tributaria procede a realizar un proceso de determinación y en cuales un proceso de gestión tributaria a efectos de verificar si procedía o no la aplicación del art. 95 del Código Tributario, por lo que solicita se rechace el recurso de aclaración presentado por el señor Publio Enrique Díaz Ballesteros.

CUARTO.- La aclaración, según el autor Alejandro Espinosa Solís de Ovando, se define como: "… el medio que la ley concede a las partes para obtener que el mismo tribunal que dictó una resolución aclare los puntos obscuros o dudosos de ella…" (Espinosa Solís de Ovando, Alejandro (1985). "De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil". Editorial Jurídica de Chile. Págs. 5 y 6); por su parte, el tratadista Ramiro Podetti, dice: "El recurso de aclaratoria es un remedio procesal concedido a los litigantes para que el mismo juez, mediante su modificación parcial o su integración, adecue una resolución judicial a los hechos y al derecho aplicable." (Podetti, Ramiro (2009). "Tratado de los Recursos". Buenos Aires. Ediar. Pág. 143).

QUINTO.- De lo expuesto se establece que la solicitud de aclaración procede si la sentencia fuere obscura y en la especie este Tribunal Especializado de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, resolvió con total claridad el problema jurídico planteado respecto del recurso de casación propuesto por el señor Publio Enrique Díaz Ballesteros, de la errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario; y, falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, señalado en el considerando 4.1 (fojas 58 vuelta del expediente de casación); realizando el análisis pertinente en el considerando 5.2.6 (fojas 63 a 66 vuelta), manifestando claramente y debidamente fundamentado el por qué no se configura dicho vicio; los puntos de aclaración que realiza el peticionario, constan expuestos con total claridad en el pronunciamiento que realiza esta Sala Especializada en el considerando 5.2.6, en la parte que no se transcribe en la solicitud de aclaración; así consta en el fallo lo siguiente: "Ahora bien, partiendo de los hechos probados en la sentencia, esto es, que en el presente caso la administración tributaria inició un proceso de verificación en base a la declaración sustitutiva del contribuyente, de la revisión de la misma se advierte que, en el caso en análisis, el Servicio de Rentas Internas en ejercicio de su facultad de control y con fundamento en el artículo 2 numeral 9 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas que faculta a la administración para solicitar a los sujetos pasivos o a quien los represente, cualquier tipo de documentación o información vinculada con la determinación de sus obligaciones tributarias o de terceros, así como para la verificación de actos de determinación tributaria, conforme con la Ley, ha requerido al contribuyente Publio Enrique Díaz Ballesteros información relacionada con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias de los ejercicios fiscales 2009, 2010 y 2011; dicha potestad es explícita para que la administración pueda hacer, con carácter de obligatorio y bajo apercibimiento de sanción, como ha ocurrido en este caso, los requerimientos que sean necesarios, bien sea al propio sujeto pasivo del tributo o bien a terceros, todos ellos encaminados a obtener datos para la investigación e identificación de hechos imponibles que nacen del mandato legal, de tal manera que su facultad no está condicionada únicamente a los casos en los que se haya detectado incumplimiento de deberes formales, sino como una función general y permanente de verificación y comprobación, cuya eficacia radica en la utilización de la información obtenida para establecer la veracidad y correspondencia de los tributos determinados; la importancia de la información obtenida, se encuentra en la posibilidad de que a través de ella, se pueda obtener pruebas instrumentales que evidencien la falta de correspondencia entre lo declarado y la real situación económica del contribuyente, lo que permitiría establecer nuevas cargas impositivas y por ende una mayor recaudación. De lo expuesto se desprende que los requerimientos de información que realiza la administración tributaria, están sustentados en la disposición constitucional invocada bajo el concepto del deber de contribuir (art. 83.15 CRE); y, en el artículo 96 del Código Tributario, que dispone que los contribuyentes han de cumplir los deberes específicos que la respectiva ley tributaria establezca. En este caso, la autoridad tributaria realizó lo siguiente: a) El 2 de agosto de 2012 notificó al contribuyente con el primer requerimiento de información, el cual fue atendido por el sujeto pasivo el 17 de agosto de 2012; b) El 13 de noviembre de 2012 notificó nuevamente al sujeto pasivo con un segundo requerimiento de información, el cual no ha sido atendido por el contribuyente; c) El 30 de noviembre de 2012 notificó al señor Publio Enrique Díaz Ballesteros con el oficio de preventiva de clausura; y, d) El 17 de diciembre de 2012 el mencionado contribuyente contestó el oficio en mención. Estos requerimientos de información son instrumentos sobre los que el ente recaudador, no solo puede llevar a cabo sus funciones encaminadas a realizar actuaciones investigadoras, tanto del propio sujeto pasivo como de terceros, sino que a través de ellos lograr de manera inmediata y sin otro trámite, la composición del tributo por ellos establecidos en un período determinado, mediante actos directos de determinación tributaria a través de las denominadas liquidaciones de diferencias. De tal manera que siendo el requerimiento de información formulado por la administración un deber de prestación obligatoria y de cumplimiento sin dilación en el plazo por ella señalado, a través de ella se genera el vínculo jurídico que sirva de soporte al acto de determinación, el fundamento legal que sustenta esta actividad verificadora se enmarca en el ámbito jurídico de la determinación directa, razón por la cual el argumento de que debió aplicarse el art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, deviene en improcedente, tanto más

cuanto en la especie ha quedado demostrado que el Servicio de Rentas Internas ha formulado únicamente dos requerimientos de información, de los cuales uno de ellos ha sido atendido por contribuyente. Por consiguiente, queda claro que el fundamento legal que sustenta la actividad verificadora del correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias bajo el procedimiento abreviado de liquidación de diferencias, se enmarca en el ámbito jurídico de la determinación directa y no de la presuntiva, pues, en este caso, tal determinación opera de manera inmediata y sin trámite previo y como efecto inmediato de las omisiones o errores que la administración haya detectado a través del cruce de información en las declaraciones presentadas. Actuación que se encuentra sustentada tanto en lo dispuesto en el artículo 68 del Código Tributario como en lo previsto en los artículos 107 A, 107 B y 107 C de la Ley de Régimen Tributario Interno; y, en los artículos 273 al 278 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. En este caso, el ejercicio de verificación de las declaraciones corresponde al procedimiento denominado "gestión determinadora" que consiste en la facultad que tiene la autoridad tributaria competente para verificar el cumplimiento de los deberes formales del contribuyente, y ese proceso de verificación se concreta a través de las operaciones administrativas de comprobación e investigación de las declaraciones tributarias presentadas por el contribuyente. Por lo tanto, en este procedimiento, el Servicio de Rentas Internas notificará a los contribuyentes sobre las diferencias que se haya detectado en las declaraciones del propio contribuyente, por las que se detecte que existen diferencias a favor del fisco y los conminará para que presenten las respectivas declaraciones sustitutivas y cancelen las diferencias, disminuyan el crédito tributario o las pérdidas, en una plazo no mayor a veinte días contados desde el día siguiente de la fecha de notificación con la "Comunicación de Diferencias". Si dentro del plazo señalado, el contribuyente no hubiere presentado la declaración sustitutiva, el Servicio de Rentas Internas procederá a emitir la correspondiente "Liquidación de Pago por Diferencias en la Declaración" o "Resolución de Aplicación de Diferencias" y dispondrá su notificación y cobro inmediato, incluso por la vía coactiva. Es decir, en este procedimiento, la administración no realiza "actos de fiscalización", mal entonces podría aplicarse el artículo 95 del Código Tributario, cuyos efectos se circunscriben al procedimiento de "auditoría tributaria" que es un sistema de verificación distinto al de "gestión tributaria" y que consiste en la facultad que tiene la autoridad tributaria competente para fiscalizar el correcto cumplimiento por parte de los contribuyentes de su obligación tributaria principal, como también de aquellas obligaciones accesorias o de deberes formales contendidas en la normativa legal vigente, con el propósito de verificar que las declaraciones de impuestos sean expresión fehaciente de las operaciones registradas en sus libros de contabilidad y de la documentación de respaldo, y que reflejen todas las transacciones económicas efectuadas; sirve también para establecer si las bases imponibles, créditos, exenciones, tasas, contribuciones e impuestos, están debidamente determinados y de existir diferencias, proceder al cobro de los tributos con los consecuentes recargos legales; así como descubrir oportunamente a quienes no cumplen con sus obligaciones tributarias. Por lo tanto, en este procedimiento, el Servicio de Rentas Internas dispondrá el proceso de auditoría tributaria, para lo cual emitirá la correspondiente "Orden de Determinación" con la que se notificará al sujeto pasivo. Es decir, en este procedimiento la administración sí ejecuta "actos de fiscalización", pues está facultada para realizar requerimientos de información al propio contribuyente o a terceros; solicitar copias certificadas de los registros contables que deben ser analizados para la determinación de sus obligaciones, motivo de la auditoría; solicitar a cualquier institución, sociedad o persona natural la información pertinente relacionada con las obligaciones motivo de la auditoría; realizar inspecciones de los registros contables y sus respectivos soportes y archivos, en el domicilio fiscal del propio sujeto pasivo o en el lugar donde mantenga tal información; etc. Concluido el proceso de revisión y cruce de información, así como el análisis de las declaraciones, informes y demás documentos contables, libros, registros, documentación de respaldo utilizados en el proceso de auditoría, se levantará la correspondiente acta borrador de determinación tributaria, en la cual en forma motivada se establecerán los hechos que dan lugar a la determinación de valores a favor del Fisco o del contribuyente por concepto de impuestos, multas e intereses, y recargos, cuando aplique. Esta acta borrador será revisada conjuntamente con el sujeto pasivo, y en caso de surgir discrepancias éste tendrá el plazo de

veinte días para fundamentar sus reparos; de no haber observaciones o luego de recibidas, la Unidad de Auditoría procederá al análisis pertinente luego de lo cual se elaborará el acta de determinación definitiva, dentro de los plazos que establece la ley, sin descuidar la interrupción de la caducidad y los plazos establecidos en el artículo 95 del Código Tributario, que suscrita por el Director Zonal o Director Provincial, en su caso, será notificada al sujeto pasivo…"; concluyendo el análisis con lo que se transcribe en la petición de aclaración que: "Así las cosas, la interpretación que efectúa el Tribunal a quo cuando se refiere a la caducidad de la facultad determinadora y su interrupción, prevista en el artículo 95 del Código Tributario, es la correcta, pues de la revisión de la sentencia se advierte que el procedimiento que inició el Servicio de Rentas Internas fue el de "gestión tributaria" y no el de "auditoría tributaria", razón por la cual se emitió la correspondiente "Comunicación de Diferencias" y no la "Orden de Determinación". Por esta razón, el juzgador de instancia aclara en su fallo (fs. 533) que: "En el presente caso, la administración inició es un proceso de verificación en base a la declaración sustitutiva del contribuyente y en base a ello establece la diferencia, por lo que requirió información. Pero hay que distinguir entre la verificación por diferencias de la declaración y la determinación de un proceso determinativo…"; y, luego, reafirma dicho criterio al señalar que: "Si bien la Liquidación de Pago de diferencia es una forma de determinación, no se rige por el trámite establecido para la auditoría con orden de determinación previsto en el artículo 95, sino conforme a lo previsto en los artículos 175 a 278 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno. En fin, teniendo en cuenta que el proceso de determinación efectuado al actor corresponde al de verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes, no es posible aplicar para las liquidaciones de pagos, el inciso segundo del artículo 95 del Código Tributario referente a la caducidad del proceso de determinación por suspensión de los actos de determinación". Además, consta como hecho probado que en este caso, el contribuyente el 27 de febrero de 2013 adjunta comprobantes de respaldo de sus gastos personales, con lo cual no justifica las diferencias encontradas, ni tampoco presenta las declaraciones sustitutivas correspondientes, por lo cual la administración tributaria emitió las respectivas Liquidaciones de Pago Nos. 1720130200047, 1720130200052 y 1720130200054, por diferencias en la declaración de impuesto a la renta de los ejercicios fiscales 2009, 2010 y 2011, respectivamente; por lo tanto, en la especie, no se puede alegar que se ha producido la caducidad de la facultad determinadora por haberse suspendido más de 15 días consecutivos los actos de fiscalización, cuando como se ha explicado en este fallo, no se ha practicado al contribuyente una determinación tributaria en base a una orden de determinación sino a una comunicación de diferencias, por lo que no se han efectuado actos de fiscalización para que sea pertinente la aplicación de lo dispuesto en el art. 95 del Código Tributario"; por lo expuesto se establece que la sentencia de casación que se pretende se aclare, se pronunció con claridad absoluta, partiendo de los hechos probados, respecto del procedimiento determinativo que realizó la administración tributaria en el ejercicio de su facultad determinadora, que en el caso concreto se rige por el trámite establecido para la gestión tributaria a partir de la notificación con la comunicación de diferencias y no por el trámite establecido para la auditoría a partir de la notificación con la orden de determinación; estableciéndose, además, el por qué no se configura la errónea interpretación del art. 95 del Código Tributario, ni la falta de aplicación del art. 23 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al amparo de la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación; por lo tanto no procede efectuar aclaración alguna a la sentencia de 27 de junio de 2019, a las 11h59, emitida por esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

SEXTO.- Es pertinente mencionar que el recurso extraordinario de casación tiene como uno de sus objetivos el corregir incorrecciones jurídicas deslizadas en autos o sentencias que atenten contra la unificación de criterios y, en definitiva, contra la legalidad de lo resuelto. Por tal motivo, el Tribunal de Casación debe pronunciarse exclusivamente en base a los fundamentos jurídicos y de hecho que sostengan la justificación de una de las causales previstas para la casación. Es decir que si existen hechos o argumentos que no coadyuven al fundamento del recurso, deben ser rechazados por improcedentes; esto, tanto para resolver el recurso cuanto para atender cualquier incidente, como solicitudes de aclaración o ampliación de sentencias. Vale indicar que el principal objetivo de la Casación no consiste en enmendar los agravios que las

partes consideran se les ha irrogado, sino en corregir los vicios que, en lo concerniente a la aplicación de normas jurídicas, pudiera contener un fallo, con lo cual se busca conservar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Teniendo esto en cuenta y según lo expresado en el presente auto, al haberse resuelto el problema jurídico contenido en el recurso de casación, y no adolecer la sentencia de falta de claridad, se rechaza la solicitud presentada, por lo que las partes procesales estarán a lo señalado y dispuesto en la sentencia. El Dr. Juan Montero Chávez, firma por obligación legal en reemplazo de la Dra. Ana María Crespo mediante Oficio Nº 1219-SG-CNJ-ROG de 28 de junio de 2019, suscrito por la Dra. Paulina Aguirre, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia. **Notifíquese.-**

f) Dr. José Luis Terán Suárez, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Darío Velástegui Enríquez, JUEZ NACIONAL; Dra. Ana María Crespo Santos, JUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2019

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

I

Juicio Nro. *17282-2016-05465*
Resolución Nro. *81-2019*
Fecha: *miércoles 9 de enero del 2019, las 14h12*

TEMA: El fallo de casación se aparta del Precedente Jurisprudencial Obligatorio determinado en la resolución 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. La *ratio decidendi* de la sentencia determinó la expedición del nuevo precedente jurisprudencial en cuanto al entendimiento de la institución de la acumulación en materia de sustancias estupefacientes, criterio establecido en resolución 02-2019 del citado cuerpo colegiado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El 13 octubre del año 2016 a las 17h30, en la calle Gualberto Pérez, cerca de un chifa llamado" Reina", cantón Quito, agentes antinarcóticos conocieron respecto de la novedad proveniente de una información reservada dada por una ciudadana, a través de la cual se informaba sobre el expendio de sustancias estupefacientes, por lo que acudieron a dicho sitio a verificar esa información y observaron en actitud sospechosa a una ciudadana, quien tomaba contacto con diferentes personas y realizaba un cruce de manos, por lo que se le acercaron y le solicitaron sus documentos, procediendo a registrarla, encontrando que el interior de su cartera o bolso contenía dos fundas plásticas grandes, dos medianas y 123 funditas con una sustancia de color crema, con un peso neto de 163.31 de posible cocaína pasta base; y, además 5 tubitos plásticos que contenía una sustancia blanquecina correspondiente a clorhidrato de cocaína en un peso de 2.28 gramos, por lo cual ha sido detenida.

El juzgamiento ha correspondido al Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con sede en el cantón Quito, quien emite sentencia el 28 de julio de 2017, las 14h17. El Tribunal en su análisis determinó, que no tenía discusión a la luz de la prueba, el hecho de que se produjo la conducta ilícita por parte de la procesada y que los elementos configuradores del tipo penal, poseer y tener sustancias sujetas a control, estuvieron presentes; siendo el resultado algo dañino para a la sociedad, viéndose afectada la salud pública como bien jurídico protegido por el Estado a favor de todos sus habitantes, habiendo actuado con pleno dominio de sus actos, con voluntad y conciencia, consumando de esta forma el ilícito mediante actos directos e inmediatos, contemplados en lo previsto dentrodel artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, los que otorgaron certeza al Tribunal para corroborar la responsabilidad penal de la procesada en el grado de autora.

El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, dicta sentencia condenatoria en contra de la procesada, por considerarla autora directa del delito tipificado y sancionado en el artículo 220.1.b y c del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole en aplicación de la Resolución N° 12-2015 dictada por la Corte Nacional de Justicia y publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 592 de martes 22 de septiembre del año 2015, que determina la acumulación de las penas por cada cantidad de sustancia que tenía la procesada en su poder; y, al no haber justificado ninguna atenuante, se le impone la pena privativa de libertad acumulada de 8 años y multa acumulada de 22 salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.7 y 8 ibídem. Inconforme con tal decisión, la procesada interpone recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN
Corresponde el conocimiento del recursode apelación interpuesto, al tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; tribunal queen sentencia de 3 de julio del 2018, las 14h17,con voto de mayoría, niega el recurso de apelación interpuesto por la recurrente y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la Parroquia de Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.
SÍNTESIS CASACIÓN
Mediante auto de 15 de octubre del 2018, las 14h04, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, admite el recurso de casación interpuesto por la procesada, únicamente respecto al cargo de indebida aplicación del artículo 20 del COIP. Tomando en cuenta que el caso in examine está inmerso dentro de los delitos relacionados con la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, entre los cuales existen tipos penales que se diferencian conforme al tipo y cantidad, se considera primordial abordar los límites y alcances de la Resolución No. 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, toda vez que pese a constituir un precedente jurisprudencia¡ obligatorio para todos los administradores de justicia ordinarios de nuestro país, desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, ha suscitados varias controversias jurídicas, sobre todo, devenidas de una posible afectación de principios y derechos constitucionales, tales como los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, entre otros. En esta inteligencia, en el tema de la posibilidad de cambio de un criterio jurisprudencia¡ obligatorio, distintos Tribunales de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, a partir de un amplio y bien estructurado estudio doctrinario, ha establecido su pertinencia y viabilidad, no solo porque el derecho penal y sus fuentes, en este caso la jurisprudencia, evolucionan de acuerdo al vértigo del tiempo, sino debido a que el artículo 185, inciso segundo, de la CRE prevé dicha contingencia. ***En el caso sub lite, el Tribunal de Casación, bajo el análisis del error in iudicando formulado por la recurrente, se aparta del precedente jurisprudencia¡ obligatorio contenido en la Resolución No. 12-2015, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, amparado en las atribuciones constitucionales y legales conferidas aeste órgano jurisdiccional, en estricta sujeción a los artículos 76.7.1 y 185 de la CRE, al advertir que la mentada Resolución ha avivado el aumento desproporcionado de la punición en los casos de injustos penales de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, a partir de lo cual, se ha conculcado lo determinado en los artículos 11.8 y 76.6 de la CRE, así como la esencia misma del garantismo en materia penal.*** ***En la especie y de acuerdo a la teoría fáctica probada, un injusto penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cometido en unidad de acto y vulnerando un sólo bien jurídico, esto es la salud pública, no se compadece con los presupuestos que exige el modelo de concurso real de infracciones, pues inclusive en el numeral quinto de la Resolución No. 12-2015, se discurre sobre la posibilidad encaminada a que una o más personas puedan incurrir en un solo verbo rector del tipo penal, pero con respecto a dos o más sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y en las mismas o distintas calidades, en la medida en que la dosificación punitiva ha cambiado desde la entrada en vigencia del COIP, al haberse redelineado la tabla de drogas por cantidad y calidad,***

con lo que la determinación judicial de las sanciones en los casos concretos, también ha tenido una notoria conmutación contra reo.
Como se advierte, el artículo 406 del COIP, impone dos elementos para definir la conexidad, el primero, la comisión de uno o varias acciones u omisiones, que al tratarse del injusto penal del artículo 220.1 del COIP, tiene 14 verbos rectores; y, el segundo, la realización de las acciones u omisiones con unidad de tiempo, de lo que se colige la calificación de flagrancia, lugar de consumación y las reglas de competencia para su juzgamiento; asimismo, impone la relación de delito medio y fin, esto es que se comete un delito medio para consumar otro(ilícito fin); o, bien para ocultarlo; además, en cualquier evento, debe contemplarse la necesaria comparación de la pena en abstracto que se determina entre tipo penales.
El caso in examine, obliga a distinguir entre concurso real, modelo que está contemplado en el artículo 20 del COIP y que se guía por el principio de acumulación; o, de lo contrario, por el concurso ideal, modelo consagrado en el artículo 21 ibídem, y que se rige por el principio de absorción, en que se pune el tipo penal más grave, siendo este último acorde con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 76.6 de la CRE, de dosificación penal. Con tales antecedentes, resulta definitivo que en el ilícito examinado dentro de la presente causa, al haber sido cometido en unidad de acto, debe aplicarse al modelo del concurso ideal.
El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, al amparo de lo previsto por el artículo 657.6 del COIP, en fallo de mayoría, resuelve: 1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por la procesada recurrente, por falta de fundamento jurídico; 2. Casar parcialmente, ex oficio, la sentencia de mayoría dictada el 3 de julio de 2018, las 14h16, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por indebida aplicación de la Resolución No. 12-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, cuando la norma que se debe aplicar es la contenida en el artículo 21 del COIP (concurso ideal de infracciones); 3. Declarar a la procesada recurrente, autora directa del delito tipificado en el artículo 220.1.b y c del COIP; Imponerle a la recurrente la pena privativa de libertad de 5 años, conforme lo prevé el artículo 220.1.c del COIP, por ser la más severa; y, la multa de 12 salarios básicos del trabajador en general, de acuerdo a lo dispuesto por elartículo 70.8 ibídem; además, se ordena el comiso de los bienes de la procesada con los que se ha perpetrado el delito y la suspensión de sus derechos políticos por el tiempo de la condena.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17282-2016-05465

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruíz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, miércoles 9 de enero del 2019, las 14h12.-
VISTOS:
ANTECEDENTES:
El 28 de julio de 2017, a las 14h17, el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha, dicta sentencia condenatoria en contra de la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz, por considerarla autora directa del delito tipificado y sancionado en el artículo 220.1.b y c del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); y, en tal virtud, le impone la pena privativa de libertad acumulada de 8 años y multa acumulada de 22 salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.7 y 8 ibídem.

Inconforme con tal decisión, la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz interpone recurso de apelación.

El 03 de julio de 2018, las 14h16, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante fallo de mayoría, niega el recurso de apelación y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.

De dicha sentencia de mayoría, la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz, interpone recurso de casación.

Mediante auto de 15 de octubre del 2018, las 14h04, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, admite el recurso de casación interpuesto por la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz, únicamente respecto al cargo de indebida aplicación del artículo 20 del COIP.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación, se reduce la sentencia de mayoría a escrito, 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 (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. 01-2015 de 28 de enero de 2015, 01-2018, de 26 de enero de 2018 y 02-2018, de 1 de febrero de 2018; y, está conformado por el señor doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional ponente (voto salvado), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 del COFJ, así como por los señores doctores Iván Saquicela Rodas y Marco Rodríguez Ruiz, Jueces Nacionales (voto de mayoría).

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. Fundamentación del recurso:

La recurrente Gladys Fernanda Erazo Ortiz, a través de su defensa técnica, doctor Germán Jordán, defensor público, dijo lo siguiente:

La sentencia que se impugna es la emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que, con voto de mayoría niega el recurso de apelación e impone a la procesada recurrente Gladys Fernanda Erazo Ortiz, la pena privativa de libertad de ocho años, por considerarla autora del delito previsto en el artículo 220.1.b del COIP (2.28 gramos de clorhidrato de cocaína, tres años de privación de libertad); y, por el artículo 220.1.c ibídem (163.31 gramos de pasta base de cocaína, cinco años de privación de libertad); la sentencia recurrida se la motiva en base a la Resolución No. 12-2015 que contiene el fallo de triple reiteración emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; la causal, es la indebida aplicación del artículo 20 del COIP, que habla del concurso real, que se da cuando a una persona le son atribuibles varios delitos independientes, en ese caso, se acumularán las penas de un máximo de la pena más grave que, no excederá de 40 años; en la Resolución del fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia, se habla de 40 años de acuerdo al artículo 55 del COIP, que se sumarán, pero que no excederá de 40 años; aquí hay el primer error, porque se dice que se sumará el máximo del doble de la pena, de acuerdo al artículo 220 del COIP, en drogas es 13 años y si se habla del doble del máximo, sería de 26 años, para que haya una sumatoria de acuerdo al concurso real; este a su vez, manifiesta que son varios hechos atribuibles a varias personas independientes; si se toma en cuenta el caso particular, es un solo hecho, es una sola acción, se viola el bien jurídico protegido que es la salud pública; en el presente caso, se encuentran dos sustancias diferentes, las cuales son clorhidrato y pasta base, por el mismo fallo de la Corte Nacional de Justicia se aplica una fórmula matemática para agravarle la pena a la procesada, cuando se debería aplicar el concurso real, que según el artículo 21 del COIP, se da cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, aplicándose la pena más grave, pues aquí la procesada debería haber sido procesada por los 163.31 gramos, peso neto, de pasta base de cocaína, por lo que el Tribunal le impuso una pena de 5 años. La Corte al indicar que se deben sumar las penas, falta al derecho a la seguridad

jurídica establecido en el artículo 82 de la CRE, pues en el fallo de triple reiteración se estaría "*inventando un nuevo tipo penal, el cual no es concurso real, ni concurso ideal*".

Por lo expuesto, solicita que se aplique de forma adecuada el artículo 21 del COIP que habla del concurso ideal y se aplique la pena más grave, que es de 5 años; el error en la sentencia se encuentra en el numeral 5.5, cuando dice que no es concurso real, ni concurso ideal, sino, "*simplemente la sumatoria de 8 años*".

3.2. Contradicción del delegado de Fiscalía General del Estado:

El Dr. Raúl Garcés Llerena, delegado del Fiscal General del Estado, manifestó lo siguiente:

Este recurso de casación se lo ha interpuesto en contra de la pena impuesta por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha; se lo ha presentado por indebida aplicación del artículo 20 del COIP, cuando la norma que se debería aplicar es la disposición del artículo 21 ibídem, que establece que cuando varios tipos penales son subsumibles a la conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave; el artículo 221 del COIP sanciona estos delitos con una pena de 5 a 7 años, mientras que el juzgador de instancia, por los 163.31 gramos de pasta base de cocaína, le ha impuesto la pena de 5 años, en tanto que, por los 2.8 gramos de clorhidrato de cocaína, le ha impuesto la pena de 3 años; y, en base a la sumatoria de ambas penas, le ha sancionado con 8 años.

En este caso, fiscalía manifiesta que es aplicable la disposición del artículo 21 del COIP, que da una pena de 5 años.

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 de la CRE; en tanto que, a nivel supra nacional, el artículo 8.2.h de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos 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".*

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 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.

Bajo los parámetros expuestos, el proponente deberá sostener sus argumentos jurídicos, en un orden lógico, concatenándolos a una de las causales exclusivas determinadas en el artículo 656 del 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; mientras que, la resolución que adopte el Tribunal de Casación deberá limitarse a estos

[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.

[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.

planteamientos, lo cual, tiene como excepción la casación de oficio.

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, 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*: la casación busca controlar la legalidad de los fallos impugnados, en procura de la uniformidad de jurisprudencia a nivel nacional;[5] y,
3) *Ius litigatoris*: porque permite rectificar el agravio que se pudo generar con la violación de la ley.

En suma, la vía casacional es un juicio de juridicidad; de ahí que, el cotejo entre la sentencia y la normativa, sirve para verificar si lo resuelto, es una real expresión de lo que la CRE y la ley disponen.

4.2. Respuesta al cargo casacional planteado por la recurrente:

La impugnante Gladis Fernanda Erazo Ortiz, a través de su defensa técnica, al fundamentar el recurso de casación, acusó el cargo de indebida aplicación del artículo 20 del COIP,[6] que habla del concurso real de infracciones, bajo el argumento relativo a que el juzgador *ad quem*, aplicando tal figura jurídica, le impuso una pena privativa de libertad acumulada de 8 años, cuando debió aplicar el concurso ideal de infracciones contemplado en el artículo 21 ibídem,[7] e imponerle la pena de la infracción más grave cometida por la censora, esto es la de 5 años.

Ahora bien, en virtud de que el problema jurídico se suscita, al existir criterios contrapuestos respecto a la aplicación del artículo 220 del COIP,[8] en cuanto a la acumulación de penas, cuando de los hechos se desprenda que existen diversas sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, subsumidas en cualquiera de los verbos rectores que prevé la norma invocada, este Tribunal, en primer lugar, puntualiza que la sentencia, materia de casación, se funda en la Resolución No. 12-2015 de la Corte Nacional de Justicia, para dar respuesta a las censuras de apelación intentadas por la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz, respecto de la acumulación de penas; así sostiene en el acápite 5.5 del fallo recurrido, consta lo siguiente:

> *"5.5.- ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO REFERIDO POR LA RECURRENTE, (…) Esta resolución se absuelve lo que significa el concurso real e ideal de infracciones, sacando como conclusión que "en el presente caso no se reúnen los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real…", esto quiere decir que para el caso de penas acumulativas por Sustancias Estupefaciente Sujetas a fiscalización no se aplica concurso ideal o real de infracciones, la resolución indica que "lo aplicado a los delitos de drogas implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita que a quien lo hace con varias". Por lo tanto la resolución 12-2015 no trata del tipo ideal ni real de infracciones, indica que se deben acumular las penas pues se debe determinar la droga específica y su cantidad ya que se cometen conductas*

[5] Humberto Fernández Vega, La Casación en el Sistema Penal Acusatorio, Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, (s/f), p. 28.

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

[7] Art. 21 del COIP: *"Concurso ideal de infracciones.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave."*

[8] Art. 220 del COIP: *"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: a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años."*

diferenciadas que requieren un propio encuadramiento normativo por lo cual se deben acumular las penas y aplicar esto en virtud de lo dispuesto en el Art.55 del COIP. Esta resolución es el producto de análisis de precedentes jurisprudenciales con efecto OBLIGATORIO desde su publicación en el Registro Oficial esto es desde el 22 de septiembre del 2015, este hecho se ha suscitado el 13 de octubre del 2016 y se han formulado cargos el 14 del mismo mes y año por lo que, ya se encontraba en vigencia dicha resolución, la cual debemos aplicar los operadores de justicia especialmente los jueces a los cuales nos es prohibido en materia penal interpretaciones extensivas."

Del texto citado ut supra, se desprende que, en efecto, el juzgador de alzada ha desbrozado su criterio jurídico a partir de la Resolución No. 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que en lo principal, recoge los fallos de triple reiteración dictados por diversos Tribunales de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en materia de drogas; y, que en su parte resolutiva, dice lo siguiente:

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

Así las cosas, el Pleno de este máximo órgano de justicia ordinaria declaró como jurisprudencia obligatoria un modelo de concurso con efecto real por el que, frente a la concurrencia de varias sustancias en diversa cantidad y calidad, atribuibles a una misma persona o mismas personas, la pena a imponerse a estas, se acumula con un tope de cuarenta años de pena privativa de libertad de acuerdo con lo que prevé el artículo 55 del COIP. [9]

No obstante lo anotado, la Resolución No. 12-2015 decide que la "*acumulación de penas*" en el tipo que establece el artículo 220 del COIP, no corresponde a un concurso ideal, ni real de delitos, tal como se avizora de los apartados 33,[10] 36[11] y 37[12] de la misma, en la medida en que, luego de un estudio sustentado en casos hipotéticos y doctrinarios, concluye que "*EN EL PRESENTE CASO NO SE REUNEN LOS REQUISITOS DEL CONCURSO NI EN SU FORMA IDEAL (ART. 21 COIP) NI EN LA REAL (ART. 20 COIP)*".

Bajo los parámetros expuestos, cabe agregar que el COIP contempla la acumulación de penas, solo bajo la institución jurídica del concurso real de infracciones que está consagrada en el artículo 20 ibídem, y que promueve la suma de las penas impuestas por cada injusto penal, hasta un máximo de 40 años, tal como se explicó en líneas anteriores. Entonces, al no contemplar un concurso real, ni ideal, la Resolución No. 12-2015 impone una tercera forma de acumulación de penas, no considerada en los artículos 20, ni 21 del COIP, por la que en el efecto principal, estas se deben sumar matemáticamente con un tope de 40 años, en concurrencia de dos o más sustancias prohibidas de la misma o distintita calidad, atribuidas a una misma o mismas personas.

[9] Artículo 55 del COIP: *"Acumulación de penas.- La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años. Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta."*

[10] 33. *"La esencia del concurso Ideal formal de delitos es una acción, o unidad de acciones, con capacidad para adecuarse a las descripciones de varios tipos. En el caso que hemos ejemplificado, la actividad de A, es una actuación pero no trasgrede a varios tipos penales. Pues se adecua a uno solo. En consecuencia no nos encontramos ante un concurso ideal o formal de delitos."*

[11] 36. *"Nuestra legislación, del Código Orgánico Integral Penal, no define a los delitos autónomos, pero se refiere a ellos, no solo en la acumulación real, sino en casos específicos como el lavado de activos (Art.317). Para el ejemplo y el caso real, al no contar con delitos (actos) autónomos unos de otros, no podemos decir que estamos ante un concurso real."*

[12] 37. *"La consecuencia de determinar si nos encontramos ante un concurso real o un concurso ideal de delitos, es la pena, como se lee en las reglas generales. El Código Orgánico Integral Penal, cuando se refiere a los "Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización", describe a los verbos, sustancias y cantidades que ya se trascribieron. Tipificación que, por envío, se complementa con. la Disposición Transitoria Décima quinta del Código Orgánico Integral Penal; ya trascrita, lo que permite sostener su constitucionalidad y no afectación al derecho a la seguridad jurídical7. En conclusión, en el presente caso no se reúnen los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real."*

En tal virtud, y tomando en cuenta que el caso *in examine* está inmerso dentro de los delitos relacionados con la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, entre los cuales existen tipos penales que se diferencian conforme al tipo y cantidad, se considera primordial abordar los límites y alcances de la Resolución No. 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, toda vez que pese a constituir un precedente jurisprudencial obligatorio para todos los administradores de justicia ordinarios de nuestro país, desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015, ha suscitados varias controversias jurídicas, sobre todo, devenidas de una posible afectación de principios y derechos constitucionales, tales como los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, entre otros.

En esta inteligencia, en el tema de la posibilidad de cambio de un criterio jurisprudencial obligatorio, distintos Tribunales de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito,[13] a partir de un amplio y bien estructurado estudio doctrinario, ha establecido su pertinencia y viabilidad, no solo porque el derecho penal y sus fuentes, en este caso la jurisprudencia, evolucionan de acuerdo al vértigo del tiempo, sino debido a que el artículo 185, inciso segundo, de la CRE prevé dicha contingencia, cuando 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."*

La citada norma constitucional, tiene plena concordancia con el artículo 182, penúltimo inciso, del COFJ, que dice:

> *"(…) 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 que nos concierne, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas Especializadas de este órgano jurisdiccional, mediante un fallo o sentencia.

En el caso *sub lite*, este Tribunal de Casación, bajo el análisis del error *in iudicando* formulado por la recurrente, se aparta del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución No. 12-2015, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, amparado en las atribuciones constitucionales y legales conferidas a este órgano jurisdiccional, en estricta sujeción a los artículos 76.7.l y 185 de la CRE,[14] al advertir que la mentada Resolución ha avivado el aumento desproporcionado de la punición en los casos de injustos penales de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, a partir de lo cual, se ha conculcado lo determinado en los artículos 11.8 y 76.6 de la CRE, así como la esencia misma del garantismo en materia penal.

Efectivamente, con relación a los concursos de infracciones, el COIP recoge dos modelos, a saber:

- Artículo 20.- *"Concurso real de infracciones.- Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años."*
- Artículo 21.- *"Concurso ideal de infracciones.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave."*

A partir de las citas normativas que anteceden, se tiene que en el concurso real de infracciones, es necesario que exista una pluralidad de acciones,

[13] Sentencias dictadas por la Sala Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro de los juicios penales Nos. 17721-2016-1110 y 17282-2016-00494.

[14] Art. 185 de la CRE: *"Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala."*

infringiendo varios tipos penales, de tal suerte que, este modelo se presenta, cuando el autor ha cometido varios hechos punibles independientes que son enjuiciados en el mismo proceso penal, donde necesariamente debe confluir la concurrencia de una pluralidad de acciones y la posibilidad de su enjuiciamiento conjunto;[15] en este sentido, resulta primordial que concurran varios elementos, entre los que se cuentan, pluralidad de acciones y vulneración de bienes jurídicos autónomos e independientes, con relación de temporalidad.

En la especie y de acuerdo a la teoría fáctica probada, un injusto penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cometido en unidad de acto y vulnerando un sólo bien jurídico, esto es la salud pública, no se compadece con los presupuestos que exige el modelo de concurso real de infracciones, pues inclusive en el numeral quinto de la Resolución No. 12-2015, se discurre sobre la posibilidad encaminada a que una o más personas puedan incurrir en un solo verbo rector del tipo penal, pero con respecto a dos o más sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y en las mismas o distintas calidades, en la medida en que la dosificación punitiva ha cambiado desde la entrada en vigencia del COIP, al haberse redelineado la tabla de drogas por cantidad y calidad, con lo que la determinación judicial de las sanciones en los casos concretos, también ha tenido una notoria conmutación contra reo.

Asimismo, otro dilema jurídico que deriva de la aplicación de la referida jurisprudencia obligatoria, nace al ser aplicable también el artículo 406 del COIP que, sobre la conexidad, tomada como factor configurador del concurso ideal o real, dice lo siguiente:

> *"Art. 406: Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave. Hay conexidad cuando: 1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo. 2. Se imputa a una persona la comisión de varios hechos punibles si se han cometido con el fin de consumar u ocultar otros."*

Como se advierte, el citado artículo 406 del COIP, impone dos elementos para definir la conexidad, el primero, la comisión de uno o varias acciones u omisiones, que al tratarse del injusto penal del artículo 220.1 del COIP, tiene 14 verbos rectores; y, el segundo, la realización de las acciones u omisiones con unidad de tiempo, de lo que se colige la calificación de flagrancia, lugar de consumación y las reglas de competencia para su juzgamiento; asimismo, impone la relación de delito medio y fin, esto es que se comete un delito medio para consumar otro (ilícito fin); o, bien para ocultarlo; además, en cualquier evento, debe contemplarse la necesaria comparación de la pena en abstracto que se determina entre tipo penales.

El caso que nos ocupa, obliga a distinguir entre concurso real, modelo que está contemplado en el artículo 20 del COIP y que se guía por el principio de acumulación; o, de lo contrario, por el concurso ideal, modelo consagrado en el artículo 21 ibídem, y que se rige por el principio de absorción, en que se pune el tipo penal más grave, siendo este último acorde con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 76.6 de la CRE, de dosificación penal.

Con tales antecedentes, resulta definitivo que en el ilícito examinado dentro de la presente causa, al haber sido cometido en unidad de acto, debe aplicarse al modelo del concurso ideal. Al respecto, Günther Jakobs apunta lo que sigue:

> *"En la unidad de acción hay que imputar al autor conjuntamente todos los delitos realizados; en esta medida las leyes concurren en realidad. El concurso de las consecuencias jurídicas de estas leyes penales a imputar lo soluciona el Derecho positivo mediante la absorción del marco penal y la combinación del marco penal. La absorción da nombre a este concurso: Las diversas conminaciones penales están reunidas idealmente en una sola. De acuerdo con la regulación de la ley solo se condena a una pena, que ha de determinarse dentro del marco que permite la pena más grave."*[16]

[15] Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 1981, p. 1024.
[16] Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación,* Martial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p. 1100.

Efectivamente, a la procesada recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortiz, le han sido atribuidas dos sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, en diversa cantidad y calidad, factores que luego han servido para la fijación de la dosificación punitiva, conforme se grafica en los literales siguientes:

a. 163.31 gramos, peso neto, de pasta y base de cocaína, conducta que se encasilla en el artículo 220.1.c del COIP, alta escala, sancionado con pena privativa de libertad de 5 (mínima) a 7 años (máxima); y,
b. 2.28 gramos, peso neto, de clorhidrato de cocaína, conducta descrita en el artículo 220.1.b ibídem, mediana escala, sancionada con pena privativa de libertad de 1 (mínimo) a 3 años (máximo).

A partir de lo expuesto, el juzgador de instancia al aplicar la Resolución No. 12-2015 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que recoge el precedente jurisprudencial de acumulación punitiva, ha fijado la pena en abstracto atribuible a la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz en calidad de autora de conformidad con el artículo 42 del COIP, por la tenencia de dos sustancias en diferentes escalas y tipos; empero, la postura a la que arriba el juzgador de segunda instancia, está exenta de un análisis del concurso ya sea real o ideal, tal como se dejó sentado en párrafos anteriores.

Así fijada la teoría práctica probada, la conducta atribuida a Gladis Fernanda Erazo Ortiz, se circunscribe al denominado concurso ideal, cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta. Por tanto, para el establecimiento de este modelo de concurso son necesarias dos exigencias:

1. La existencia de una sola acción; y,
2. Que la acción suponga la realización de varios tipos penales.

En otras palabras, el modelo de concurso ideal de delitos, tiene lugar cuando en una sola acción se configuran uno o más injustos penales, que pueden ser de la misma o distinta gravedad, esto es cuando una misma acción es atribuible a una o varias personas quienes subsumen su conducta en varios delitos distintos, o en la misma infracción penal varias veces.

Precisamente, en el caso que nos atañe, la procesada recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortiz incurre varias veces en el tipo penal, descrito y punido en el artículo 220.1 COIP con distintas escalas, entre alta escala (más severamente punido: cinco a siete años) y mediana escala (menor punición: de uno a tres años); ante tal circunstancia fáctica probada, este Tribunal de Casación considera que la punición que garantiza la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y justicia, contemplados en los artículos 76.3 y 6 y 169 de la CRE, es la contenida en el mínimo de la pena prevista en el artículo 220.1.c del COIP (alta escala: 5 años), toda vez que no se han acreditado circunstancias agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción (artículo 47 del COIP), así como tampoco atenuantes genéricas, ni trascendental (artículos 45 y 46 del COIP).

De esta manera, se enfatiza que la conducta de la procesada recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortiz se subsume en el artículo 220.1.b y c del COIP, que al tratarse de un concurso ideal de delitos, por haberse verificado, unidad de acción de la agente y pluralidad de delitos, de acuerdo al artículo 21 ibídem, se declara a la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortiz, autora directa del delito descrito ut supra, en consonancia con el artículo 42 del COIP; y, en tal virtud, se le impone la pena de 5 años de privación de la libertad.

5. 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 657.6 del COIP, en fallo de mayoría, resuelve lo siguiente:

1. Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por la procesada recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortiz, por falta de fundamento jurídico;
2. Casar parcialmente, ex oficio, la sentencia de mayoría dictada el 3 de julio de 2018, las 14h16, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por indebida aplicación de la Resolución No. 12-2015 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, cuando la norma que se debe aplicar es la contenida en el artículo 21 del COIP (concurso ideal de infracciones);
3. Declarar a la procesada recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortiz, autora directa del delito tipificado en el artículo 220.1.b y c del COIP; y,

4. Imponerle a la procesada recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortiz la pena privativa de libertad de 5 años, conforme lo prevé el artículo 220.1.c del COIP, por ser la más severa; y, la multa de 12 salarios básicos del trabajador en general, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 70.8 *ibídem*; además, se ordena el comiso de los bienes de la procesada con los que se ha perpetrado el delito y la suspensión de sus derechos políticos por el tiempo de la condena.

Devuélvase el proceso al tribunal que dictó el fallo recurrido, para los fines legales pertinentes. **Notifíquese y cúmplase.-**

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL (Voto Salvado) y, Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL.

VOTO SALVADO
Juicio No. 17282-2016-05465
Dr. Luis Enriquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, miércoles 9 de enero del 2019, las 14h12.

Apreciados doctores Marco Rodríguez Ruiz e Iván Saquicela Rodas, Jueces Nacionales, apartándome de la decisión de mayoría, presento el siguiente voto salvado:

VISTOS:

1.- ANTECEDENTES:

1.1. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha, mediante sentencia de fecha 28 de julio del 2017, las 14h17, declaró la culpabilidad de la señora Gladis Fernanda Erazo Ortíz, en calidad de autora directa del delito de Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el artículo 220, numeral 1, literales b) y c) del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de ocho años, que corresponde a la suma de tres y cinco años de la pena que contiene la disposición legal antes señalada; multa equivalente a diez y doce salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé los numerales 7 y 8 del artículo 70 ibídem, sumando un total de 22 salarios básicos unificados del trabajador en general. De este fallo, la procesada interpuso recurso de apelación.

2.2. La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 3 de julio del 2018, las 14h16, en sentencia de mayoría resolvió negar el recurso de apelación propuesto por la recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortíz, y confirmó en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal A-quo.

Los hechos detallados, conforme el Tribunal Ad quem, medularmente se circunscriben a lo siguiente:

"(…) 13 octubre del año 2016 a las 17h30, en la calle Gualberto Pérez, cerca de un chifa llamado "Reina", los agentes antinarcóticos conocieron respecto de una novedad proveniente de una información reservada dada por una ciudadana, a través de la cual se informaba sobre el expendio de sustancias estupefacientes, por lo que acudieron a dicho sitio a verificar esa información y observaron en actitud sospechosa a una ciudadana, quien tomaba contacto con diferentes personas y realizaba un cruce de manos, por lo que se le acercaron y le solicitaron sus documentos, procediendo a registrarla, encontrando en su cartera o bolso en cuyo interior encontraron que contenía dos fundas plásticas grandes, dos medianas y 123 funditas con una sustancia de color crema, con un peso neto de 163.31 de posible cocaína pasta base; y, además 5 tubitos plásticos que contenía una sustancia blanquecina correspondiente a clorhidrato de cocaína en un peso de 2.28 gramos, por lo cual la señora Gladis Fernanda Erazo Ortiz ha sido detenida,…". (**sic**).

1.1. Actos procesales de sustanciación del recurso de casación.

A la presente sentencia, le anteceden los siguientes actos procesales que denotan su validez:

- "Decreto de 12 de julio de 2018, las 07h59, dictado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por medio del cual concede el recurso de casación interpuesto por la procesada Gladis Fernanda Erazo Ortíz."
- Sorteo de 24 de agosto de 2018, realizado 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.

- Auto de admisión dictado el 15 de octubre de 2018, las 14h04, en la que el Tribunal de Casación, decidió admitir a trámite el recurso interpuesto por la procesada, referente a la alegación por indebida aplicación del artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal."
- Audiencia oral, pública y contradictoria de sustentación del recurso de casación, en la que fueron escuchados: el doctor Dr. Germán Jordán, Defensor Público, en representación de la procesada y recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortíz; el doctor Raúl Garcés Llerena como representante del señor Fiscal General del Estado.

1.1.1. Fundamentación del recurso por parte del doctor Germán Jordán, Defensor de la procesada recurrente, quien respecto al cargo casacional admitido a trámite, refirió:

a. La sentencia impugna es la emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha que con voto de mayoría fue dictada el 3 de julio del 2018, en la cual se niega el recurso de apelación y confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, imponiéndole a su defendida Gladis Fernanda Erazo Ortiz, la pena privativa de libertad de ocho años, por considerarla autora del delito determinado en el artículo 220 numeral 1, literal b) del COIP, por la tenencia de 2.28 gramos de clorhidrato de cocaína; así mismo se le impone la pena de tres años de privación de libertad, conforme el articulo 220 numeral 1 literal c), por la cantidad de 163.31 gramos de pasta base de cocaína, resolución motivada conforme el fallo de triple reiteración emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, número 12-2015.

b. Existe indebida aplicación, ya que se ha violado la ley puesto que en el COIP tenemos dos concursos, básicamente en el artículo 20 señala un concurso real esto cuando una persona le es atribuible varios delitos independientes y se acumularán las penas a un máximo de la pena más grave de lo cual no podrá excederá de cuarenta años. Aquí tenemos el primer error porque nos dice que se sumará el máximo del doble de la pena de acuerdo al artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, y en drogas es 13 años y si se habla del doble del máximo se estará hablando de 26 años para que haya una sumatoria de acuerdo al concurso real; a su vez determina que son varios hechos atribuibles a varias personas y en el caso particular es un solo hecho, es una sola acción donde se encontraron dos sustancias diferentes pero por la Resolución de la Corte Nacional de Justicia se aplica una fórmula matemática agravando la pena cuando se debería aplicar el artículo 221 del Código Orgánico Integral Penal, pues aquí la procesada debía haber sido procesada por los 163.31 gramos de peso neto de pasta base de cocaína y se debió aplicar la pena mayor del concurso ideal. El error en la sentencia se encuentra en el numeral 5.5, para ellos no es concurso real ni concurso ideal y simplemente es la sumatoria de 8 años.

Solicita se aplique de forma adecuada el artículo 21 del COIP, aplicando la pena más grave acorde, en tal sentido se debe casar la sentencia

1.1.2 Contestación por parte del doctor Raúl Garcés Llerena, delegado del señor Fiscal General del Estado.

a. Que el recurso de casación interpuesto versa sobre la indebida aplicación del artículo 20 del COIP, que refiere a la aplicación de una norma distinta al caso y la que se debería aplicarse es la disposición del artículo 21 ibídem, de lo cual se lo hace cuando varios tipos penales son subsumibles a la conducta, y se aplicará la pena de la infracción más grave de lo cual, el referido artículo 21 del COIP, sanciona este tipo de delitos con una pena de 5 a 7 años, y en el caso concreto, el juzgador de instancia, respecto del tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ha impuesto por los 163.31 gramos de pasta base de cocaína la pena de 5 años y por 2.8 gramos de clorhidratos le ha puesto 3 años, y la suma se aplica los 8 años.

La Fiscalía manifiesta que en este caso es aplicable la disposición del artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal que da una pena de cinco años.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1 Competencia:

La Corte Nacional de Justicia, ejerce su jurisdicción a nivel nacional de conformidad con el

artículo 182, último inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186 de la misma ley.

El Tribunal para la resolución de la presente causa está conformado por el doctor Marco Rodríguez Ruíz, Juez Nacional; doctor Iván Saquicela Rodas, 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 y admisión, así, el artículo 656 del Código Orgánico Integral 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. 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, 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 Rave, en la obra Procedimiento Penal Colombiano, agrega que el recurso extraordinario de casación "*es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica*."[2].

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*

[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.

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 las argumentaciones.

2.4 Sobre la impugnación realizada por la recurrente:

El fundamento esgrimido por la señora Gladis Fernanda Erazo Ortíz, a través de su defensa técnica, doctor German Jordán, Defensor Público, versó sobre la indebida aplicación del artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal, determinado que la norma que debía ser aplicada al caso concreto, es la contenida en el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, considerando que no existe un concurso real, sino un concurso ideal de infracciones, puntualizado que la cantidad de droga con la que fue encontrada la recurrente fue de 2.28 gramos de clorhidrato de cocina y con 163 gramos de pasta base de cocaína, primera escala sancionada con una pena máxima de tres años y la segunda con una pena de cinco años de privación de libertad, consecuentemente la Sala ha determinado una pena en concreto de ocho años de privación de libertad, en aplicación a la Resolución Nº 12-2015, dictado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

De lo antes expuesto, es necesario, determinar el alcance de la causal de casación por indebida aplicación, invocada por la recurrente, así, ésta tiene lugar cuando se utiliza una norma legal 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, la recurrente, como punto central de su alegación, determinó que la Sala de Apelación aplicó la Resolución Nº 12-2015, dictado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la cual refiere a: *"…las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal*".

En este punto, es necesario referirnos a que, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 184, determina las funciones de la Corte Nacional de Justicia, entre las cuales consta el de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.

En relación a la aplicabilidad de los precedentes jurisprudenciales, la propia Constitución en su artículo 185, determina:

> *"Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio,* ***esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria****. (…)"* (Lo resaltado fuera del texto).

[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.

[4] Heliodoro Fiero Méndez. *Casación y Revisión Penal*. Segunda Edición. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. p. 244.

En tanto que, el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala:

"*Art. 182.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.*

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.

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

Como observamos, la Constitución y la ley establecen una aplicación obligatoria del contenido de los precedentes jurisprudenciales dictados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, para todos los operadores de justicia ordinarios del país, y es éste mismo organismo jurisdiccional quien, a través de sus Salas Especializadas, el optar por un cambio de criterio jurisprudencial, de tal suerte que, sería el propio Pleno de la Corte Nacional, tras el procesamiento jurisprudencial correspondiente, quien decida si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio ha cambiado.

En este orden de ideas, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 82, respecto a la seguridad jurídica, determina que la misma se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

La Corte Constitucional del Ecuador, en relación al debido proceso y seguridad jurídica, en sentencia N° 114-13-SEP-CC, de 04 de diciembre de 2013, dentro del caso 1121-13-EP, ha señalado lo siguiente:

"(…) el juez tiene el deber ineludible de respetar y hacer respetar el ordenamiento legal diseñado para cada procedimiento a fin de tutelar los derechos garantizados en la Constitución. En otras palabras es el guardián de las normas, pues a él se le confía la función de proteger y hacer respetar los derechos dentro de los lineamientos predeterminados. La sumisión al mandato de las Leyes hace que las decisiones se logren en estricto derecho, prescindiendo de cualquier intromisión personal o subjetiva que pudiera ser indicativo de una perniciosa influencia en las decisiones. La plena objetividad en el tratamiento de los problemas y la decisión, vincula al juez al derecho vigente y en tal sentido, demuestra que todo fallo responde a lo que el derecho ordena, y no en cambio, a valoraciones personales. Así, le permite demostrar que ha arribado a la decisión a través de pasos sucesivos y concatenados y que la misma responde a premisas establecidas con anterioridad, las cuales no son elaboradas por ellos mismos, sino articuladas a partir de los mensajes claros y las formulaciones normativas realizadas por el legislador.".

De ahí que, al remitirnos a la sentencia impugnada, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en voto de mayoría, en aplicación justamente del Precedente Jurisprudencial dictado por el Pleno de la Corte Nacional, ha razonado:

"(…). Bajo estos dos postulados al tratarse de las descripciones típicas del Art. 220.1 del COIP la Corte Nacional ha publicado un precedente jurisprudencial contenido en la Resolución 12-2015, publicada en el Suplemento de Registro Oficial de 22 de septiembre de 2015, sobre la aplicación de las penas en lo que respecta a Tráfico Ilícito de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización tema del cual existe jurisprudencia lo que implica la existencia de tres fallos, lo cual tiene efecto vinculante obligatorio, esta facultad de establecer jurisprudencia, es conferida a la Corte Nacional, la cual su resolución 12-2015, ha sido expedida como consecuencia del análisis de algunas resoluciones que han tenido la misma opinión sobre el tema de aplicación de las penas en lo que corresponde a lo dispuesto en el Art. 220 del COIP aplicando lo dispuesto en el Art. 185 de al CRE, y el Art. 180 del Código

Orgánico de la Función Judicial. Esta resolución se absuelve lo que significa el concurso real e ideal de infracciones, sacando como conclusión que "en el presente caso no se reúnen los requisitos del concurso ni en su forma ideal, ni en la real…", esto quiere decir que para el caso de penas acumulativas por Sustancias Estupefaciente Sujetas a fiscalización no se aplica concurso ideal o real de infracciones, la resolución indica que "lo aplicado a los delitos de drogas implica impedir que se juzgue de la misma forma a quien trafica con una sola sustancia ilícita que a quien lo hace con varias". Por lo tanto la resolución 12-2015 no trata del tipo ideal ni real de infracciones, indica que se deben acumular las penas pues se debe determinar la droga específica y su cantidad ya que se cometen conductas diferenciadas que requieren un propio encuadramiento normativo por lo cual se deben acumular las penas y aplicar esto en virtud de lo dispuesto en el Art.55 del COIP. Esta resolución es el producto de análisis de precedentes jurisprudenciales con efecto OBLIGATORIO desde su publicación en el Registro Oficial esto es desde el 22 de septiembre del 2015, este hecho se ha suscitado el 13 de octubre del 2016 y se han formulado cargos el 14 del mismo mes y año por lo que, ya se encontraba en vigencia dicha resolución, la cual debemos aplicar los operadores de justicia especialmente los jueces a los cuales nos es prohibido en materia penal interpretaciones extensivas." (**sic**).

En virtud de lo expuesto, resulta notorio que, conforme el fundamento expuesto por la recurrente Gladis Fernanda Erazo Ortíz, quien al haber realizado su alegación, ha considerado la existencia de una violación de la ley, por indebida aplicación, sin embargo, como hemos manifestado, aquella alegación se apartó de la rigurosidad que conlleva recurrir vía casación, toda vez que, al invocar este tipo de modalidad de yerro de derecho en la sentencia, debía demostrarse que en efecto, el Tribunal de alzada, efectuó una falsa adecuación de los hechos probados a los preceptos contenidos en las normas jurídicas alegadas como vulneradas, en consecuencia, al evidenciarse que no existe una adecuada fundamentación por parte de la recurrente, torna a su recurso de casación en improcedente.

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 los artículos 656 y 657.5 del Código Orgánico Integral Penal, declara improcedente el recurso de Casación interpuesto por Gladis Fernanda Erazo Ortíz. Una vez ejecutoriada la resolución, devuélvase al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución. **Notifíquese y cúmplase.**

f) Dr. Marco Rodríguez Ruíz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL (VOTO SALVADO).

II

Juicio Nro. *17721-2016-0154-SSI*
Resolución Nro. *231-2019*
Fecha: *lunes 28 de enero del 2019, las 11h11*

TEMA: Cuando en la impugnación se alega la existencia de atenuantes o de agravantes no constitutivas de la infracción, se debe considerar que éstas debieron ser analizadas por los juzgadores de instancia, en base a los hechos materia del proceso; por tanto, en la valoración probatoria de la sentencia impugnada, debe encontrarse fijada y debidamente probada la existencia o ausencia de dichas circunstancias.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El 10 de mayo del año 2015, a las 04h00 aproximadamente, XXX se encontraba en la vivienda de su madre, ubicada en la calle Carrera Cuenca de la ciudad de Cañar, en esas circunstancias ingresa XXX, con quien mantenía una relación de convivencia y luego de que no consigue que ésta se reconcilie, saca un arma de fuego y dispara en el rostro de la víctima, sin embargo no se produce la muerte por motivos ajenos a la voluntad del autor, hecho este que se genera como corolario de todo un proceso de dominio y abuso en los órdenes físico, síquico y sexual del autor. Con fecha viernes 30 de octubre de 2015, las 16h36, el Tribunal Segundo de lo Penal del Cañar, emite sentencia, mediante la cual señala que ha llegado a la certeza o convencimiento tanto de la existencia de la infracción, cuanto de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable, en base a una actuación probatoria suficiente, de la que se desprende:" a) el hecho base o hecho indiciario que está plenamente probado: El procesado XXX en el marco de relaciones de poder humilló, amenazó y discriminó a su conviviente XXX, conductas misóginas que han sido puestas de relieve por medio de las continuas agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales proferidas en contra de la dignidad misma de la víctima b) el hecho consecuencia, haber puesto en peligro la vida de la afectada XXX, mediante un disparo por proyectil de arma de fuego, en la cavidad craneana. c) el enlace o razonamiento deductivo, este último, en tanto conexión lógica entre los dos primeros, es directo, preciso y que se sujeta a las reglas de la lógica,(...)"(Sic), por lo que resuelve declarar a XXX, autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 141 (Femicidio) en relación con el numeral 1 del artículo 142(Agravantes del femicidio) del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de tentativa conforme el artículo 39 ibídem, imponiéndole la pena de nueve años de privación de la libertad, y multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador, acorde al artículo 70.14 ejusdem. Adicionalmente, se condena al procesado al pago de daños y perjuicios por concepto de reparación integral, cuyo monto no ha sido cuantificado. El procesado, XXX, y la acusadora particular, XXX, interponen recurso de apelación de la sentencia antes referida.

SÍNTESIS DE APELACIÓN
La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, dicta sentencia con fecha 11 de enero de 2016, a las 15h47, por la cual desecha el recurso propuesto por el procesado, y acepta en parte la impugnación formulada por la acusación particular, en cuanto a que regula en la suma de treinta mil dólares, el monto correspondiente a reparación económica por la pérdida de la visión de uno de los ojos de la víctima, dejando a salvo el derecho a accionar en la vía civil, cualquier daño en la esfera mental que sobrevenga como consecuencia de la infracción; en tanto confirma la sentencia en todo lo demás. De la sentencia de apelación dictada por el tribunal ad-quem, presentan recursos de casación, tanto la acusadora particular XXX, así como también el procesado XXX.
SÍNTESIS CASACIÓN
Se admitieron los recursos de casación interpuestos, luego de la calificación de admisibilidad correspondiente, única y exclusivamente por los cargos de indebida aplicación del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal propuesto por la acusación particular, y la violación del artículo 76.7.1) de la Constitución de la República del Ecuador alegado por el acusado. El Tribunal de Casación realiza el análisis de la fundamentación de los recursos planteados, mencionando que el procesado, por medio de su defensor técnico, centra su alegación, en que la Sala de Apelaciones no ha motivado la sentencia, frente a ello el órgano de cierre, determina la no procedencia de esa impugnación, pues analiza el cómo el fallo cuestionado cumple con los estándares de motivación dados por la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia. ***Por otra parte, la acusación particular, centra su impugnación en manifestar que el tribunal de instancia no ha considerado la agravante constante en el artículo 47.1 del COIP, esto es la alevosía, frente a esta alegación el Tribunal de Casación revisó la sentencia recurrida, a fin de establecer si consta en la misma probada o no la existencia de la agravante que se reclama, a fin de determinar si en basa a ello, el juzgador de instancia ha aplicado o no la ley; en ese sentido la recurrente, debía ilustrar al Tribunal de Casación, que la circunstancia que se alega se probó en juicio, y que en consecuencia el tribunal ad-quem debía aplicar el inciso tercero del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal; por el contrario, al ser analizada íntegramente la sentencia, no se encontró en el análisis valorativo de la prueba que efectúa la Sala de Apelación,que haya operado la circunstancia agravante genérica de la alevosía, sino únicamente la agravante propia del delito de femicidio establecida en el artículo 142.1ibidem. Inclusive, en la sentencia materia del recurso se observa, que ante el tribunal provincial, existió una alegación por parte de acusación particular en este sentido, ante lo cual se ha señalado en el considerando Noveno.*** ***Se desechan los recursos de casación interpuestos y se confirma la sentencia recurrida.***

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17721-2016-0154

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, lunes 28 de enero del 2019, las 11h11.-

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:

Conforme se desprende de la sentencia impugnada vía casación, los hechos materia del proceso, expuestos por la doctora Susana Sigüencia Vásquez, agente fiscal de la causa, son los siguientes:

> *"(…) el día 10 de mayo del año 2015, siendo las 08h00 aproximadamente, Mireya Verónica Morales Yumbla se encontraba en la vivienda de su madre, ubicada en la calle Carrera Cuenca de la ciudad de Cañar; en esas circunstancias ingresa Jorge Armando Castillo Yamasqui, con quien mantenía una relación de convivencia y luego de que no consigue que ésta se reconcilie, saca un arma de fuego y dispara en el rostro de la víctima, sin embargo no se produce la muerte por motivos ajenos a la voluntad del autor, hecho este que se genera como corolario de todo un proceso de dominio y abuso en los órdenes físico, síquico y sexual del autor*".

1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:

1.2.1 Con fecha viernes 30 de octubre de 2015, las 16h36, el Tribunal Segundo de lo Penal del Cañar, emite sentencia en la presente causa, mediante la cual señala que ha llegado a la certeza o convencimiento tanto de la existencia de la infracción, cuanto de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable, en base a una actuación probatoria suficiente, de la que se desprende: "*a) el hecho base o hecho indiciario que está plenamente probado: El procesado Jorge Armando Castillo Yamasqui en el marco de relaciones de poder humilló, amenazó y discriminó a su conviviente Mireya Morales Yumbla conductas misóginas que han sido puestas de relieve por medio de las continuas agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales proferidas en contra de la dignidad misma de la víctima; b) el hecho consecuencia, haber puesto en peligro la vida de la afectada Mireya Morales Yumbla, mediante un disparo por proyectil de arma de fuego, en la cavidad craneana. c) el enlace o razonamiento deductivo, este último, en tanto conexión lógica entre los dos primeros, es directo, preciso y que se sujeta a las reglas de la lógica*, (…)" (Sic), por lo que resuelve declarar a Jorge Armando Castillo Yamasqui, autor y responsable del delito tipificado y sancionado en el artículo 141 (Femicidio) en relación con el numeral 1 del artículo 142 (Agravantes del femicidio) del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de tentativa conforme el artículo 39 ibídem, imponiéndole la pena de nueve años de privación de la libertad, y multa de ochocientos salarios básicos unificados del trabajador, acorde al artículo 70.14 ejusdem. Adicionalmente, se condena al procesado al pago de daños y perjuicios por concepto de reparación integral, cuyo monto no ha sido cuantificado.

1.2.2 El procesado, Jorge Armando Castillo Yamasqui, y la acusadora particular, Mireya Verónica Morales Yumbla interponen recurso de apelación de la sentencia antes referida, recayendo el proceso en conocimiento de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, la que dicta sentencia con fecha 11 de enero de 2016, a las 15h47, por la cual desecha el recurso propuesto por el procesado, y acepta en parte la impugnación formulada por la acusación particular, en cuanto a que regula en la suma de treinta mil dólares, el monto correspondiente a reparación económica por la pérdida de la visión de uno de los ojos de la víctima, dejando a salvo el derecho a accionar en la vía civil, cualquier daño en la esfera mental que sobrevenga como consecuencia de la infracción; en tanto confirma la sentencia en todo lo demás.

1.2.3 De la sentencia de apelación dictada por el tribunal *ad-quem*, presentan recursos de casación, tanto la acusadora particular Mireya Verónica Morales Yumbla, así como también el procesado Jorge Armando Castillo Yamasqui, habiéndose admitido a trámite los mismos luego de la calificación de admisibilidad correspondiente, única y

exclusivamente por los cargos de indebida aplicación del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal propuesto por la acusación particular, y la violación del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador alegado por el acusado, conforme quedó establecido en el auto de 31 de octubre de 2017, las 11h16. Para el efecto, se llevó a efecto 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 JORGE ARMANDO CASTILLO YAMASQUI.- El doctor Edison Campoverde Blacio, defensor técnico del procesado recurrente, fundamenta el recurso de casación propuesto, en los siguientes términos:

- La motivación no es solo la mera enunciación de las disposiciones legales, sino a más de aquello, los principios jurídicos en relación a los antecedentes facticos, de hecho. Los señores Jueces a través de la sentencia impugnada imponen una pena privativa de libertad a su defendido de nueve años, como autor responsable del delito de femicidio en los términos que manda el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, en relación al artículo 39 del mismo cuerpo legal, esto es en el grado de tentativa.
- Si bien los jueces en la sentencia impugnada copian y pegan de forma correcta lo que el legislador ha determinado como el delito de femicidio, no existe un análisis concreto respecto de aquellos elementos objetivos del tipo penal, elementos estructurales, toda vez que, tres serían los requerimientos que deberían ajustarse al caso en concreto; en primer lugar que se ha intentado dar muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, por su condición de género, pero no solo eso, sino que este intento de dar muerte por ser mujer, o por su condición de género, se debele por relaciones de poder manifestado a través de cualquier tipo de violencia. En el considerando Séptimo de la sentencia impugnada, los jueces copian y pegan el tipo penal de femicidio, mas al analizar el caso en concreto refieren en la parte pertinente: *"El rechazo a su propósito conciliatorio, le impulsa a la ejecución del acto que ocupa la cota más alta de la violencia, accionar el arma de fuego, con el propósito de matar. Luego, el procesado puso en marcha aquellas manifestaciones de poder que le permitían concebir a la mujer como objeto susceptible de dominio"*. Los señores Jueces refieren aquello, pero no analizan de dónde devienen aquellas relaciones de poder manifestadas a través de cualquier tipo de violencia, como un elemento configurativo del tipo penal de femicidio, más, si escudriñamos en la sentencia impugnada, vamos a encontrar que de igual forma, al analizar el grado tentativo en los términos que manda el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, si bien es cierto se transcribe la disposición legal, al analizar los elementos que componen este grado de participación, refieren en el considerando Octavo en su parte final, que: *"El arma goza de aptitud mortífera y con ella se quiere cegar la vida. Entonces, se satisface el elemento integrante de la tentativa; pero a más de ello los actos han de ser inequívocos, a más de la intencionalidad e idoneidad, se requiere que de los actos se arribe a una sola conclusión, en tanto el agente exterioriza el designio de realizar el resultado propuesto no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. En la especie, es necesario atender a la gravedad y localización de las heridas; éstas nos llevan a atender a su potencialidad para afectar o poner en situación de riesgo no permitido al bien jurídico protegido vida, atenta la vulnerabilidad de la zona corporal comprometida"* (Sic); luego refiere *"(…) Corolario de lo dicho, Jorge Armando Castillo ejecutó actos idóneos e inequívocos para matar a Mireya Morales, cuyo propósito no lo consigue por circunstancias ajenas a su voluntad"* (Sic). Se manifiesta únicamente esto, como una enunciación, pero no se dice cuál o cuáles fueron aquellos actos ajenos a la voluntad del autor, que a decir del tribunal impugnado, no permitieron que su defendido complete su despropósito, de ahí entonces que se puede establecer o subyace la falta de motivación en el fallo recurrido, la violación normativa por la contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Carta Magna fundamental, ante la falta de aplicación de aquel principio constitucional en la sentencia impugnada.
- Por estas aseveraciones solicita, en base a estas alegaciones, se enmiende la sentencia,

dictando la que en derecho corresponda; más si este Tribunal considera que las alegaciones realizadas por esta defensa técnica no son suficientes y, luego de analizar la sentencia cuestionada evidencian que efectivamente existe violaciones normativas, pide que en aplicación a lo que dispone el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, puedan aplicar la casación de oficio.

1.3.2 MIREYA VERÓNICA MORALES YUMBLA (Acusadora Particular).- La doctora Lolita Montoya Moreta, Defensora Pública, en representación de la acusadora particular, procede a dar contestación a la fundamentación del recurso de casación planteado por el procesado, haciendo uso del derecho de contradicción, y a continuación, fundamenta su recurso de casación, manifestando:

- Efectivamente la defensa técnica del procesado, ha fundamentado su recurso de casación estableciendo que existe una contravención expresa del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, a decir del abogado manifiesta en esta audiencia que la sentencia no cumple con los requisitos de motivación, pero lo que ha hecho es dar lectura de ciertas partes de la sentencia pero no completas, es decir que este fallo se encuentra debidamente motivado ya que en el considerado Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo del fallo, los jueces del tribunal de apelación hacen un análisis de los elementos constitutivos del tipo penal y también acerca de la participación del hoy recurrente.
- Lo que se ha dicho por parte de la defensa del recurrente es que en el considerando Octavo no existe motivación, ya que el tribunal de apelación no ha establecido cuáles fueron os actos de ejecución en el cometimiento de la infracción; sin embargo en el considerando Octavo, los jueces establecen que los actos ejecutados por el infractor deben ser idóneos e inequívocos, solo entonces guardan identidad con la tentativa; por lo primero, el acto ejecutado debe tener la suficiencia para producir el resultado que se ha trazado el autor, para ello ha de partirse del medio empleado en la comisión; el arma goza de una aptitud mortífera y con ello se quiere cegar la vida; entonces se satisface el elemento integrante de la tentativa. En el considerando Octavo se establece cuál fue el acto; el señor de manera alevosa, utilizando un arma de fuego, produce una herida en el ojo derecho de la víctima, estos actos están descritos en este considerando.
- Además la defensa del procesado establece que el tribunal de apelación no ha hecho un análisis de los elementos objetivos del tipo penal y que simplemente ha enunciado las pruebas, pero que estas no cumplirían con el requisito de motivación, porque vulnera el parámetro de la lógica; pero esto no es así, ya que los hechos, el derecho y la consecuencia jurídica, están debidamente aplicados.
- Solicita que se deseche este recurso de casación, porque los Jueces de la Corte Provincial de Justicia del Cañar no han incumplido con el deber de motivar.
- Fundamentando su recurso de casación, conforme auto de admisión de martes 31 de octubre del 2017, a las 11h16, esto es por el cargo de indebida aplicación del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal, la defensa de la acusadora particular interpuso esta causal, ya que en la sentencia dictada por los Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, de fecha 11 de enero del 2016, en la parte resolutiva se establece: "*Este Tribunal de apelaciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA (A) Desecha el recurso de apelación interpuesto por el procesado; (B) Acepta en parte el recurso de apelación interpuesto por la víctima Mireya Morales, y al hacerlo se regula en la suma de TREINTA MIL DÓLARES USA por concepto de reparación económica, en cuanto a la perdida de la visión de uno de sus ojos. Queda a salvo el derecho a accionar en la vía civil, cualquier consecuencia de la infracción. Por lo demás se confirma la sentencia venida en grado, esto es declara la responsabilidad penal del ciudadano Jorge Armando Castillo, como autor del delito de femicidio, en grado de tentativa, previsto en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, con la circunstancia agravante del artículo 142.1 ibídem, a quien se le impone la pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS*" (Sic); aquí se encuentra el error de derecho de esta sentencia, ya que efectivamente el artículo 142.1 del Código

Orgánico Integral Penal, establece que las circunstancias agravantes del femicidio, cuando concurra una o más de las siguientes circunstancias, se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior; en este caso, existe esta circunstancia de haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima, pero al juzgador se le olvidó aplicar lo que establece el artículo 47.1 del Código Orgánico Integral Penal, ya que se observa que del relato de los hechos se ha demostrado que el mecanismo de aplicación de las atenuantes y agravantes, en este caso no se podía imponer la pena de nueve años, ya que efectivamente existe la circunstancia agravante del artículo 47.1 del Código Orgánico Integral Penal, ejecutar la infracción con alevosía, ya que el acto fue alevoso, mismo que ha quedado demostrado y recogido en la sentencia, pero al juzgador se le olvidó aplicar esta circunstancia agravante; afecta este error de derecho ya que la pena a aplicarse en este tipo penal es el máximo de la pena aumentada en un tercio, es decir la defesa de la acusación particular solicita, que si bien es cierto se podría casar de oficio, ya que la causal por la que fue aceptada que es la indebida aplicación del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal, al tratarse de un elemento constitutivo del femicidio, también establece que se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior.

- La pretensión de la defensa es que se corrija este error de derecho y se le imponga el máximo de la pena establecida en el tipo penal del artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, es decir la de dieciséis años.

1.3.3 JORGE ARMANDO CASTILLO YAMASQUI.- El doctor Edison Campoverde Blacio, da contestación a la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la acusadora particular, y en el ejercicio contradictorio, expresa:

- La defensa de la acusación particular ha manifestado que la sentencia goza de motivación, y que existe la idoneidad y lógica respectiva, cuestionando aquella parte o fragmento que fuera dado lectura por parte de esta defensa técnica, constante en el considerado Octavo, respecto de la tentativa; los jueces del tribunal impugnado concluyen que fue su defendido quien percutó el arma de fuego, así lo ha dicho incluso la contraparte, pero de forma contradictoria se recoge en el mismo fallo, acorde a lo que determina en el acápite doce del considerando Cuarto, de que en el arma de fuego existen rasgos dactilares tenues y que no permiten establecer quién percutó aquello; sin el ánimo de solicitar la revalorización de prueba lo cual está limitado y vedado, dado el carácter estricto limitado y formal del presente recurso, únicamente esta defensa quiere hacer evidenciar la contradicción de lo recogido en la parte expositiva y lo que se resuelve por parte de los Jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar.
- Respecto a la fundamentación del recurso de casación, el cargo admitido es la aplicación indebida del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal, se ha escuchado la alegación de la parte contraria, sin embargo no se ha dicho cuál o cuáles son las normas que debían haberse aplicado, a efectos de evitar o enmendar esta indebida aplicación del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal; más, si se revisa la disposición del artículo 44 respecto de los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes, el inciso tercero refiere, si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, lo que se pide a título de cargo casacionista es la imposición de la pena máxima, sin embargo el legislador de forma clara y precisa ha determinado que si esta agravante no se constituye como constitutiva o modificatoria de la infracción, el hecho contenido en el artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal, a juicio de esta defensa técnica constituye o forma parte del engranaje del tipo penal, que contiene una estructura totalmente compleja.
- Solicita se pasen las alegaciones vertidas por esta defensa técnica respecto de la falta de motivación de la sentencia impugnada y se deseche el recurso de casación interpuesto por la acusadora particular.

1.3.4 FISCAL GENERAL DEL ESTADO.- La doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada del señor Fiscal General del Estado Encargado, dando contestación a la fundamentación de los recursos de casación, señala:

- Respecto al recurso interpuesto por el procesado, la sentencia se encuentra debidamente motivada, cumple con los requisitos de motivación que inclusive han sido determinados por la Corte Constitucional, esto es que la misma es razonable, lógica y comprensible; es razonable porque en aquella se encuentran determinaos los elementos fácticos así como los elementos probatorios, los mismos que guardan relación con las normas jurídicas aplicadas en este delito que se ha investigado y luego ha sido sentenciado al casacionista, por tanto la sentencia cumple con el requisito de razonabilidad, e inclusive se señalan nomas internacionales y constitucionales, a más de las legales. De igual manera la sentencia es lógica, porque guarda estricta relación con la pertinencia de las normas jurídicas aplicadas; y, es comprensible, ya que la misma es legible y comprensible ante todo el elemento lector que pueda acudir a la lectura de esta sentencia. Por lo tanto, al no haberse demostrado la falta de motivación en la sentencia recurrida por parte del casacionista, se debe declarar improcedente el recurso, ya que no se ha demostrado en esta audiencia que la misma haya contravenido expresamente la norma constitucional que ha sido alegada.
- En cuanto al recurso de casación interpuesto por la víctima, Fiscalía se encuentra de acuerdo con la sumatoria de la pena, en cuanto se debería haber impuesto respecto a lo manifestado por la Defensora Pública, ya que al haberse realizado una sumatoria inequívoca, la pena no se encuentra totalmente aplicada, ya que la misma debería haberse aplicado con el máximo de la pena que manifiesta el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 39 *ibídem*, aplicando el articulo 44 y 47, esto es que inclusive debería haberse aplicado el máximo de la pena más el tercio, porque existe la agravante del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal; en estas circunstancia solicita al Tribunal de Casación, que aplicando los artículos antes indicados se proceda a la casación en cuanto se refiere a la pena impuesta, y en cuanto al recurso de casación interpuesto por el procesado, por no haberse demostrado que aquella se encuentra inmotivada, se rechace el recurso de casación interpuesto. (Sic)

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 lunes 01 de febrero de 2016 a las 10h31, y del sorteo efectuado el día miércoles 14 de marzo de 2018 a las 10h43 en cumplimiento de la resolución N° 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 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 Iván Saquicela Rodas y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales, quienes avocan conocimiento de la causa.

2.2. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, en atención a la primera disposición transitoria del referido cuerpo legal, le son aplicables las normas de procedimiento establecidas en el indicado Código, habiéndose efectuado la respectiva calificación de admisibilidad del recurso planteado.

2.3. VALIDEZ PROCESAL:

El presente recurso de casación 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 y las específicas atinentes al recurso de casación, dispuestas en el Título IX, Capítulos Primero y Tercero, y concretamente en los artículos 652, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal; y, al no encontrarse 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. DEL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO DE CASACIÓN:

2.4.1 Del derecho a recurrir.- La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.7.m), al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa, señala:

> *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…)*
> *7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…)*
> *m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".*

En el ámbito convencional 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".*

Por su parte, la Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

> *"En todos los procesos sometidos a juicio, entre los que están los de materia penal, en los cuales existe una confrontación de intereses, la parte que se siente perjudicada siempre tendrá el derecho de buscar y activar los medios que le permitan oponerse a que la resolución o sentencia dictada por el juez adquiera la calidad de cosa juzgada y de esta manera evitar el efecto de inmutabilidad de las sentencias. Esta oposición se materializa a través de los denominados recursos (en sus distintas clasificaciones), que tienen por objeto modificar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento del principio de legalidad, el cual exige resoluciones acordes a la Constitución y la ley"*[1].
> *"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"*[2].

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 656 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal[3].

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

---

[1] Gaceta Constitucional N° 002, publicada en el R.O. de martes 19 de marzo de 2013—N° 2. Caso N° 624-12-CN, p. 17.
[2] Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014. Caso N° 2230-11 -EP.
[3] **"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. (...)".

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 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 ut supra.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación de la siguiente manera:

> *"La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior, cuyo objetivo principal es el de analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores"*[4].

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 el casacionista crea que ha sido vulnerada en la sentencia impugnada; así también, en atención al principio de taxatividad, el recurrente está en la obligación de señalar una causal específica de las previstas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral 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 necesita del impugnante, que en la fundamentación de su recurso, realice una correcta argumentación jurídica que dote de sustento a su pretensión, a cuyo respecto, la Sala ha manifestado:

> *"Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada"*[5].

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, esto es el Código Orgánico Integral Penal, y es respecto a los errores "*in iudicando*" a que se refieren las mencionadas causales, 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.

[4] Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero del 2013. Caso N° 1647-11-EP.
[5] 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.

2.5. DISQUISICIONES JURÍDICAS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA:

2.5.1 El Tribunal de Casación puede conocer en sede de casación, las violaciones a las garantías constitucionalmente consagradas, entre ellas, la de la debida motivación, constante en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 621 del Código Orgánico Integral Penal. Para ello, siguiendo los criterios constantes en las normas legales y constitucionales, nacionales y supranacionales, la jurisprudencia y la doctrina al respecto, una sentencia motivada debe reunir los denominados estándares de motivación, y es respecto a éstos que debe dirigirse el análisis del Tribunal de Casación, para determinar si la sentencia in examine se encuentra debidamente motivada o no.

2.5.2 Cuando se alega la existencia de atenuantes, o de agravantes no constitutivas de la infracción, estas deben haber sido analizadas por los juzgadores de instancia, en base al acervo probatorio constante en el proceso, y por lo tanto de la valoración probatoria plasmada en la sentencia impugnada, debe encontrarse fijada y debidamente probada la comprobación de la existencia o ausencia de dichas circunstancias.

2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN PLANTEADOS:

2.6.1 Dentro de los cargos casacionales admitidos mediante auto de 31 de octubre de 2017, las 11h56, se encuentra el planteado por el acusado Jorge Armando Castillo Yamasqui, respecto a la violación del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, esto es la vulneración de la obligación de los juzgadores de instancia, de motivar su sentencia, por lo que una vez que se ha efectuado la alegación respectiva en la audiencia oral, pública y de contradictorio, corresponde a este Tribunal de Casación, realizar el análisis motivacional del fallo dictado por el ad-quem, siendo necesario para ello, establecer así también, los parámetros que se deben observar para el cumplimiento de este deber, conforme así se lo realiza en el considerando que sigue.

2.6.1.1 Respecto a la motivación, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.7.l) establece:

> *"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".*

La inobservancia de esta norma constitucional, recae en el operador de justicia responsable de la misma, en virtud de lo previsto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prevé:

> *"**FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES**.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (…)*
> *4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos; (…)".*

En concordancia con las normas transcritas, el Código Orgánico Integral Penal también prevé la obligación de que la sentencia se encuentre debidamente motivada, conforme así lo señala en el artículo 621[6], motivación cuyos parámetros en gran parte se encuentran recogidos en los diferentes

[6] **"Art. 621.- Sentencia.-** Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos. (...)".

numerales del artículo 622 ibídem[7], atinente a los requisitos de la sentencia.

Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales y constitucionales se encuentran en la obligación de motivar sus sentencias, constituyéndose esta exigencia en una garantía del debido proceso y parte del derecho a la defensa que tienen los sujetos procesales, a fin de conocer de manera amplia, detallada y clara, las razones que el juzgador encontró para tomar sus decisiones. Por lo tanto, es necesario argumentar con propiedad los criterios que permitieron al juzgador llegar a la resolución dictada, para solventar el problema puesto en su conocimiento; y, en caso de inobservase este mandato, se produciría una vulneración del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, cuya consecuencia es la nulidad del acto según lo dicta la norma referida, transcrita ut supra.

Sobre el tema de la motivación encontramos una amplia gama de pronunciamientos en que se establecen los denominados estándares de la motivación; así, jurisprudencialmente, en el ámbito nacional encontramos los emitidos por la Corte Constitucional, que entre otros señalan:

"(…) Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva?, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente, en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto"[8].

"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 (…)"[9].

"Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que

[7] **"Art. 622.- Requisitos de la sentencia.-** La sentencia escrita, deberá contener:
1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo.
2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas.
3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.
4. La parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicadas.
5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso.
6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.
7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena.
8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde.
9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.
10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda.
11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal".

[8] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 003-10-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2010.

[9] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 069-10-SEP-CC publicada en el Registro Oficial 372, de 27 enero de 2011.

tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera ***razonable, lógica y comprensible****, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto"*[10] (El resaltado nos pertenece).

En este mismo ámbito también tenemos los diferentes pronunciamientos emitidos por la Corte Nacional de Justicia a través de los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de los cuales destacamos los siguientes:

"[La motivación es] una obligación que racionaliza el proceso al ser requisito esencial y luego una causal de nulidad de los actos que no cumplen este derecho del procesado. Sin embargo, la motivación, no solamente se refiere a la vinculación de los hechos con normas jurídicas, sino que radica en la subordinación del poder judicial a la Constitución cuando justifica los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha alcanzado la resolución adoptada (…) debiéndose, por tanto, mantener coherencia lógica entre las alegaciones de las partes, la prueba y las conclusiones expresadas por el órgano jurisdiccional en su decisión".[11]

"La ausencia de motivación se refiere a la '[…] ausencia de una exposición de motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma de ese hecho, y que comprenda todas las cuestiones'. Es obligación de las juezas y jueces hacer constar en sus resoluciones una exposición de los motivos por los cuales adoptan la resolución que contenga la descripción de los hechos analizados (en el caso de las sentencias que contengan los hechos y actos probados en la audiencia de juicio), las normas jurídicas aplicables, la relación lógica entre los hechos analizados, las normas jurídicas y las conclusiones"[12].

"El tema de la motivación ha sido ampliamente tratado por los distintos órganos competentes para analizar el respeto a las normas constitucionales y legales, tanto en el ámbito nacional cuanto en el supranacional, cuyos pronunciamientos conforman los denominados ***estándares de la motivación*** *que deben ser utilizados por los juzgadores; entre ellos encontramos los de razonabilidad, lógica y comprensibilidad que deben observar las resoluciones jurisdiccionales, sobre los cuales se ha señalado, que consisten en:* ***razonabilidad****, las decisiones deben encontrarse fundamentadas en principios y normas constitucionales, convencionales, legales, a más del apoyo de la doctrina y la jurisprudencia aplicable;* ***lógica****, que exige la debida coherencia entre las premisas, la conclusión y la decisión a la que arriba el juzgador; y,* ***comprensibilidad****, atinente a la claridad que debe presentar el fallo, a fin de que sea de fácil entendimiento para quien lo analiza"*[13].

Igualmente, sobre la obligación de la motivación de las resoluciones, en el plano supranacional encontramos algunos pronunciamientos, fundamentalmente dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así tenemos:

"Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado"[14].

---

[10] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia N° 227-12-SEP-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 777, de 29 de agosto de 2012.
[11] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, caso 504-2014, Sentencia de 16 de septiembre de 2014.
[12] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, caso 191-2011, Sentencia de 29 de agosto de 2013.
[13] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, caso 00006-2017, Sentencia de 30 de mayo de 2017.
[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, **caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador,** Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

"El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso"[15].

En el mismo orden de ideas encontramos el pronunciamiento de estudiosos sobre el tema de la motivación, tal es el caso de Jorge Zavala Baquerizo, quien señala:

"(…) Lo que el Estado no permite es la decisión, cualquier clase de decisión, definitiva o no, sin fundamentos, pues ello da lugar a la arbitrariedad y, por ende, pone en peligro la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Motivar significa desarrollar y exponer el pensamiento de quien motiva a través de argumentos y razones que justifiquen la resolución adoptada. Para que una motivación sea constitucional debe comenzar por establecer los antecedentes del asunto sobre el cual se debe resolver. El antecedente presenta el caso y sirve de base para el desarrollo de los argumentos en que se debe sustentar la decisión. En el antecedente se debe establecer la relación circunstanciada del hecho sobre el cual se debe resolver a fin de que se haga saber el motivo de la decisión, la razón de ser de ésta. Luego del antecedente se debe exponer de manera precisa, concisa, pero explícita, los argumentos que deben fundamentar la decisión. El principio constitucional exige que la resolución de los poderes públicos debe enunciar 'las normas y los principios jurídicos' que sustenten los argumentos que sirven de premisa a la decisión. No basta hacer enunciados generales, imprecisos, abstractos, sino que es necesario que se expongan las razones jurídicas que permiten la decisión fundada en el Derecho. Entre la parte motivada y los antecedentes debe existir congruencia, relación lógica, esto es, que consignándose en el antecedente los hechos que motivan la decisión, los argumentos para decidir deben estar directamente relacionados con esos hechos; debe haber pertinencia -identidad jurídica- entre el hecho y el argumento lógico-jurídico que se desarrolla como premisa de la decisión. La argumentación es el núcleo de la decisión y es en dicha argumentación en donde quien decide debe exponer los fundamentos y razones jurídicos que exhibe para pronunciarse sobre el hecho contenido en el antecedente. (…)"[16].

Así también, entre otros criterios doctrinarios se encuentra aquel que señala que, en cuanto a la institución jurídica de la motivación, pueden presentarse varias clases de la misma; así tenemos básicamente cuatro tipos de violaciones a la garantía de la motivación y son: 1. Ausencia de motivación; 2. Motivación contradictoria; 3. Motivación anfibológica o ambigua; y, 4. Falsa motivación[17].

Al respecto señala el tratadista Orlando Rodríguez, que en los tres primeros tipos de violación a la motivación, corresponde declarar la nulidad de la sentencia, lo cual se ajusta a las normas transcritas inicialmente, pues constituyen en estricto rigor técnico errores in procedendo, en los que no se satisfizo los estándares motivacionales analizados ut supra, mientras que en la falsa motivación existe propiamente un error in iudicando respecto al cual el Tribunal de Casación debe pronunciarse, resolviendo sobre el fondo del proceso, es decir sobre los cargos casacionales planteados; esta falsa motivación, a la que también se denomina motivación sofística aparece cuando la motivación se aparta o no corresponde a los hechos probados en el juicio, incurriendo el juzgador de instancia en una valoración distorsionada de la prueba actuada, cayendo por tanto en una decisión arbitraria; en definitiva, la decisión adoptada no recoge ni refleja la realidad de lo probado en el juicio.

En cuanto a los demás casos o tipos de violaciones a la garantía de la motivación, se considera que

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso **Apitz Barbera y otros vs. Venezuela,** Sentencia de 5 de agosto de 2008.
[16] Jorge Zavala Baquerizo, El Debido Proceso Penal, Edino, Guayaquil - Ecuador, 2002, pp. 137-138 vta.
[17] Orlando A. Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Temis, Bogotá - Colombia, 2008, pp. 320-325

ausencia de motivación es la falta total o parcial de los motivos que justifican la convicción a la que ha llegado el juez, respecto de los hechos y el derecho, que le llevan a la aplicación de determinada norma a los antecedentes de hecho; por su parte la motivación contradictoria, según el referido tratadista *"(…) es cuando existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre estos y la parte resolutiva, de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza, por lo que el fallo queda así, sin motivación; o, cuando en las mismas se hacen argumentaciones de exculpación y de responsabilidad de manera simultánea, situación que se evidencia en casos en los que se reconoce la existencia de una causal de 'ausencia de la responsabilidad', pero al mismo tiempo se argumenta en favor de la responsabilidad del procesado*"[18]; y, la motivación anfibológica o ambigua, que se presenta cuando no existe claridad en lo manifestado por el juzgador en su resolución, a tal punto que debido a la obscuridad de los criterios expuestos por el juez, no se puede determinar su pensamiento, y conforme señala Orlando Rodríguez, *"Cuando el sentenciador no expone unas razones decisorias claras, precisas, y por el contrario, recurre a la ambigüedad o a lo farragoso, indudablemente está afectando esta garantía por el usuario de la administración de justicia*".

Analizados de esta forma los estándares de la motivación, el presente Tribunal de Casación, en atención al cargo propuesto por el procesado Jorge Armando Castillo Yamasqui y debidamente admitido, ha procedido a estudiar la sentencia impugnada, a fin de determinar si el tribunal de apelación, al resolver el caso, ha aplicado correctamente los estándares o requisitos referidos ut supra, en especial al motivar la ratio *decidendi*; y, para ello fundamentalmente se ha tomado como base, por ser coincidente, lo establecido por la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, en cuanto a la obligatoriedad de que la sentencia contenga razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

2.6.1.2 El impugnante Jorge Castillo Yamasqui, por medio de su defensor técnico, centra su alegación, en que la Sala de Apelaciones, no han realizado el análisis de los elementos del tipo penal femicidio, tomando en cuenta que existen tres requerimientos que deben ajustarse al caso, el haber intentado dar muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, que ese intento por su condición de género se da por relaciones de poder manifestado a través de algún tipo de violencia, y determinar de dónde proceden las relaciones de poder manifestadas a través de cualquier tipo de violencia como un elemento configurativo del tipo penal femicidio; así también, en cuanto a la tentativa prevista en el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal, considera que no se ha dicho cuáles fueron los actos ajenos a su voluntad que no permitieron que el procesado complete su despropósito.

2.6.1.3 Analizada la sentencia impugnada, esto es la emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar de fecha 11 de enero de 2016, a las 15h47, se encuentra que la misma, contiene una estructura organizada, que empieza con la exposición de los antecedentes fácticos planteados por las partes procesales; pasa luego a referirse a la competencia y validez procesal, con indicación del sustento jurídico con que cuenta el tribunal, para acto seguido referirse a la fundamentación de los recursos de apelación e intervención de Fiscalía, dados en la audiencia respectiva.

En el considerando Cuarto de la sentencia se ha efectuado el análisis del acervo probatorio, para pasar a realizar en el siguiente considerando, el análisis de los puntos principales sobre los que versa el proceso penal, esto es la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, especificando las pruebas que el tribunal considera, le lleva a las conclusiones de que se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito que se juzga, y de que el procesado Jorge Castillo Yamasqui es el responsable del ilícito penal.

En el considerando Sexto, el juzgador de instancia efectúa el análisis el bien jurídico protegido, desde un punto de vista normativo, recogiendo las normas de la legislación supranacional convencional aplicable al caso, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, así como también la Declaración Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres también denominada Convención Belém do Pará. Igualmente, se hace referencia sobre este tema, contemplado en la norma Constitucional.

[18] Ibídem, p. 325

Continúa el tribunal ad-quem, con el análisis pormenorizado del delito que se juzga, en el considerando Séptimo al que lo denomina Calificación Jurídica del Acto; estudio detallado de los hechos tomando en consideración pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos acerca del tema de violencia contra la mujer, y concretamente sobre el femicidio, así como también de tratadistas de estos temas, y dirigiendo su estudio desde el punto de vista de la teoría del delito.

Complementa su estudio la Sala de Apelación, en el considerando Octavo de su sentencia, denominado Iter Críminis, con la finalidad de dejar sentado que en el presente caso se ha producido el delito en el grado de tentativa, con el cumplimiento de los diferentes elementos del delito de femicidio, apoyado claro está, con el aporte doctrinario respectivo, todo lo cual dota de lógica a la sentencia impugnada; cabe puntualizar que se realiza un análisis minucioso del acto ejecutado, el arma empleada, la intencionalidad, el resultado, etc., concluyendo en consecuencia que en el caso se ha dado una tentativa.

Finalmente, el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar, efectúa el examen pertinente sobre la determinación de la pena a cumplirse, revisando el tema de las circunstancias que rodean a la infracción, tomando como punto fundamental, la prueba existente en el proceso sobre las mismas, con la conclusión detallada de lo que resuelve; sin embargo, cabe hacer notar que al referirse a agravantes del femicidio, menciona un actuar del sujeto activo, pero luego se refiere a normas que no corresponden, más al resolver la causa corrige este error y ajusta lo resuelto a lo analizado, pasando al considerando Décimo, en que se analiza los temas de reparación integral, que luego son plasmados en la parte resolutiva de la sentencia de marras.

Como se ha podido observar, el tribunal provincial emplea como sustento de su decisión, toda la normativa que ampara su competencia, la validez procesal, la prueba y su valoración, y en especial lo atinente a la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, la misma que es nacional y supranacional como se mencionó ut supra, con el auxilio doctrinario suficiente, por lo que, independientemente de que el contenido de la sentencia sea acertada o no, este Tribunal de Casación concluye que el tribunal de apelación ha cumplido con el estándar motivacional de la razonabilidad.

Igualmente, conforme se indicó anteriormente, encontramos que la sentencia impugnada observa una estructura organizada, a más del análisis del caso tomando como base para el mismo, la teoría del delito, así como también los diferentes aspectos atinentes al delito específico que se juzga, esto es el femicidio, para concluir analizando las circunstancias de la infracción a fin de determinar la pena que corresponde, dentro de lo cual se encuentra la temática de reparación integral, todo lo que nos lleva a concluir que el juzgador de instancia, en su sentencia ha cumplido con el estándar motivacional al que se han referido tanto la Corte Constitucional del Ecuador, cuanto la Corte Nacional de Justicia, de la lógica.

En fin, de la lectura de la sentencia que se impugna, se encuentra que la misma utiliza un lenguaje de fácil comprensión para el auditorio social al que va dirigida, especialmente para las partes procesales, comprendiéndose con claridad meridiana el criterio de la Sala de Apelación, cuál es su decisión, contentiva en la ratio decidendi, con lo que se ha cumplido también con el estándar de la comprensibilidad, razón por la cual este Tribunal de Casación concluye que la sentencia recurrida, en cuanto a su forma y estructura, ha cumplido con los estándares motivacionales requeridos por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76.7.l), sin que exista, por tanto, motivo para declarar que el fallo sea inmotivado, independientemente de que la motivación, en el fondo sea correcta, o sea errada, falsa o sofística, conforme se analizó ut supra; y, de la exposición argumentativa efectuada por la defensa técnica del procesado Jorge Armando Castillo Yamasqui, este Tribunal de cierre encuentra que no se ha justificado el cargo propuesto sobre la falta de motivación, de conformidad con los estándares referidos, lo que lo torna en improcedente.

2.6.2 En cuanto al recurso de casación planteado por la acusadora particular Mireya Verónica Morales Yumbla, y concretamente el cargo de error in iure admitido a trámite, cual es la indebida aplicación del artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal, debiéndose aplicar según la impugnante y la representante de Fiscalía General del Estado han expresado en la audiencia respectiva, las agravantes conforme los artículos 44 y 47 ejusdem, este Tribunal de Casación encuentra que el artículo 141 del referido cuerpo legal, establece el tipo penal de femicidio y sus elementos, con una pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, y a continuación se establecen, en el artículo 142, las agravantes propias del tipo penal femicidio, así como la pena a aplicarse en caso de que con el delito concurra alguna o varias de

las indicadas circunstancias, señalando que *"Cuando concurran una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior: (…)"*.

Para el juzgador de instancia, en el presente caso, ha concurrido con el delito de femicidio cometido por el procesado Jorge Castillo Yamasqui, la agravante propia del femicidio prevista en el artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal; esto es:

> *"Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima"*.

En virtud de ello, se observa que la pena que correspondería al presente caso, sería la del máximo previsto en el tipo penal, es decir de la pena establecida en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, de veintidós a veintiséis años de privación de la libertad, atento lo dispuesto en el artículo 142 ibídem, por presentarse la circunstancia constante en su numeral primero, se establecería la pena de veintiséis años de privación de la libertad; más, al no haberse consumado la infracción, configurándose así la tentativa del delito, acorde al artículo 39 ejusdem corresponde imponerse una pena que va de ocho años ocho meses a diecisiete años cuatro meses[19], y la pena que se ha impuesto al procesado es de nueve años de privación de la libertad, enmarcándose en las disposiciones legales descritas.

Según manifiesta la impugnante, el error in iudicando que alega se encuentra en la parte resolutiva de la sentencia, puesto que si bien existe la circunstancia agravante del femicidio prevista en el artículo 142.1 del Código Orgánico Integral Penal, pero no se aplicó lo que establece el artículo 47.1 ibídem, esto es la agravante genérica de alevosía, pues considera que el acto es alevoso conforme ha sido recogido en la sentencia. Así también señala que este error afecta a la sentencia, porque corresponde aplicar el máximo de la pena aumentada en un tercio, lo cual se solicita, precisando que pide la pena de dieciséis años.

Al respecto, en caso de existir agravantes genéricas, no constitutivas del delito, el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal, en su inciso tercero, prevé:

> *"(…) Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio"*.

Así también, dentro de las agravantes no constitutivas previstas en este cuerpo normativo, constantes en el artículo 47, está la dispuesta en el numeral 1, esto es "*Ejecutar la infracción con alevosía o fraude*", y concretamente según la alegación de la recurrente, se habría actuado por parte del procesado, con alevosía, respecto a la cual señala Mir Puig:

> *"aa) La **alevosía** supone el empleo de procedimientos que facilitan el hecho. La define el **art. 22 1°** diciendo: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos y formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». (…)*
>
> *La alevosía exige que los procedimientos empleados tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, evitando el riesgo de una posible defensa del ofendido. Ejemplos de ataques alevosos son los que se producen por la espalda y sin desafío previo, o estando la víctima en la cama o de rodillas. Los ataques a traición son alevosos. (…)"*[20].

Por su parte Francisco Muñoz y Mercedes García, expresan:

> *"(…), consistente básicamente en la utilización de formas de ejecución que anulen las posibilidades de defensa de la víctima, supone una mayor gravedad del hecho o del injusto en tanto en cuanto se desvalora más la lesión de bienes jurídicos indefensos; sin embargo, frecuentemente se le ha atribuido un fundamento basado en el carácter traicionero del autor. (…)"*[21].

Alberto Donna, al analizar el delito de asesinato, manifiesta en cuanto al tema en estudio, que:

> *"En la alevosía convergen factores objetivos (modus operandi) y subjetivos (conocimiento por parte del agente de que el modus seleccionado disminuye la posibilidad de fracaso). Hay tres modalidades de asesinato alevoso: el proditorio (caracterizado por la emboscada), el aleve por sorpresa (caracterizado por el ataque súbito), y el asesinato con*

---

[19] *"(…) uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado. (...)"*.

[20] Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 2010, 8a. Edición, Editorial Reppertor, Barcelona España, pp. 624 a 625.

[21] Francisco Muñoz y Mercedes García, Derecho Penal Parte General, 2010, 8a. Edición, Tirant lo blanch, Valencia España, p. 480.

aprovechamiento del desvalimiento o indefensión del ofendido no provocados por el sujeto activo"[22].

Para que el Tribunal de Casación, pueda efectuar un análisis sobre el tema propuesto, resulta fundamental revisar la sentencia impugnada, a fin de establecer si consta en la misma probada o no la existencia de la agravante que se reclama, a fin de determinar si en base a ello, el juzgador de instancia ha aplicado o no la ley; por lo tanto, en el presente caso, se debía ilustrar a este órgano juzgador, que la circunstancia que se alega se probó en juicio, y que en consecuencia el tribunal ad-quem debía aplicar el inciso tercero del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal como lo ha señalado Fiscalía General del Estado, en base al artículo 47.1 ibídem al que se ha referido la recurrente Mireya Morales Yumbla; por el contrario, analizada íntegramente la sentencia, no se encuentra en el análisis valorativo de la prueba que efectúa la Sala de Apelación, que haya operado la circunstancia agravante genérica de la alevosía, sino únicamente la agravante propia del delito de femicidio establecida en el artículo 142.1 del código referido. Inclusive, cabe señalar que de la sentencia materia del recurso se observa, que ante el tribunal provincial, existió una alegación por parte de acusación particular en este sentido, ante lo cual se ha señalado en el considerando Noveno:

"A criterio de la defensa de la acusación concurren en el acto las agravantes reguladas en los numerales 1 y 7 del artículo 47 idem; sin embargo se advierten dos aspectos. En el curso de la audiencia de juicio se puso en el plano de debate únicamente la primera de las causales, luego la subsiguiente no es materia de alegación sino en la audiencia de sustentación del recurso de apelación, lo que implica que mal puede ser materia de pronunciamiento. En cuanto al obrar aleve del autor, nos lleva a concluir que el acto es frontal, no existe aprovechamiento de un estado de indefensión, lo cual es incompatible con la alevosía".

Consecuentemente, y siendo coincidente este Tribunal de Casación con el ad-quem, la pena establecida en el presente caso se encuentra dentro de los rangos establecidos por la normativa, en aplicación el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal que legisla el tema de la tentativa, debido a que si bien existieron los actos idóneos para cometer el delito de femicidio, el mismo no se verificó por circunstancias ajenas a la voluntad del procesado; igualmente, este juzgador considera que lo concerniente a la multa y reparación integral se encuentran conforme a derecho; en tal virtud, el cargo argüido por la acusación particular no ha sido debidamente justificado, por lo que su recurso de casación es improcedente.

2.6.3 En ejercicio de su obligación, el Tribunal de Casación ha analizado también la sentencia de marras, conforme el artículo 657.6 del Código Orgánico Integral penal, que señala: "*Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá*", y encuentra que en la misma existe la debida congruencia entre los hechos y el derecho, puesto que aquellos han sido debidamente probados y fijados por los juzgadores de instancia, tanto a-quo como ad-quem, y han sido subsumidos en la norma que corresponde, es decir se encuentran imbricados con el tipo penal femicidio, tipificado en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de tentativa constante en el artículo 39 ibídem, y con la circunstancia agravante propia del delito contemplada por dicho cuerpo legal en su artículo 142.1.

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, de conformidad con el artículo 657.5.6 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad, resuelve declarar improcedentes los recursos de casación y por ende los cargos planteados por el procesado JORGE ARMANDO CASTILLO YAMASQUI y la acusadora particular MIREYA VERÓNICA MORALES YUMBLA, al no haber sido justificados debidamente en la audiencia respectiva..- 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. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL.

[22] Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial, Tomo 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 126.

III

Juicio Nro. *17256-2014-0022*
Resolución Nro. *662-2019*
Fecha: *lunes 22 de abril del 2019, las 11h38,*

TEMA: El delito de abuso de confianza o apropiación indebida, es un delito de resultado, tiene como elementos constitutivos del tipo, el dolo, la distracción, la disposición, el perjuicio ajeno, el objeto material y la entrega de la cosa.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Llega a conocimiento de las autoridades, que el señor XXX junto con la señora XXX, pretendieron formar una empresa en el mes de enero del 2012, para administrar la Orquesta XXX; la cual tendría presentaciones en varios países de Latinoamérica. Esta sociedad estuvo conformada por XXX que ponía el 50%; XXX con un 20%; XXX también con una participación del 20% y el vocalista XXX con un 10%. Desde enero a mayo del 2012, XXX, realizó la entrega de dineros a la señora XXX, sumando la cantidad de $ 25.566,00 dólares, dineros que fueron producto de un préstamo solicitado a la empresa xxx. En repetidas ocasiones XXX, solicitó a la señora XXX que proceda a conformar dicha empresa de manera legal; manifestando además que los fondos entregados para su conformación fueron desviados para beneficio de la procesada, reclamando durante cinco años la devolución de su dinero, lo cual nunca consiguió. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha, el 26 de junio de 2018, a las 13h27, dicta sentencia condenatoria en la cual declara la culpabilidad de XXX en calidad de autora del delito de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal, en concordancia con el artículo 42 del mismo cuerpo legal, imponiéndole la pena de un año de privación de la libertad y multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de América. Como reparación integral ordenan el pago de veinticinco mil quinientos sesenta y seis dólares de los Estados Unidos de América ($25,566.00 USD). El Tribunal acepta la petición de suspensión condicional de la pena, por considerar que se ha verificado el cumplimiento de todos los requisitos constantes en el articulo 630 del Código Orgánico Integral Penal; esto es, que el delito por el que ha sido sentenciada contempla una pena que no excede los cinco años; con la documentación presentada, se establece que la sentenciada no tiene vigente otra sentencia o proceso penal en su contra, ni se ha beneficiado con alguna salida alternativa en otra causa; y con los certificados de honorabilidad, se llega a establecer que se trata de una persona no peligrosa, trabajadora, honesta y responsable; disponiendo el Tribunal A quo, cumpla las condiciones previstas en el artículo 631, números 1, 3, 7 al 10 del Código Orgánico Integral Penal. De este fallo, la procesada interpone recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Corresponde el conocimiento del recurso de apelación interpuesto, al Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; órgano jurisdiccional que con fecha 24 de septiembre de 2018, las 15h08, resuelve aceptar el recurso interpuesto por la procesada; por cuanto El Tribunal A quo, emitió una sentencia condenatoria, tomando como base la prueba que pretendía abonar sobre la existencia del

tipo penal de abuso de confianza, tipificado y sancionado en el artículo 560 del Código Penal, lo cual no se encuentra probado dentro de autos, pues los actos realizados por la procesada no conducen de manera inequívoca a la realización de un delito y menos al de abuso de confianza, conforme acusa Fiscalía General del Estado; esto debido a que el momento consumativo del delito in comento, se constituye en el acto de apropiarse de la cosa, acompañado del dolo, o intención de no restituirla o devolverla a su propietario. Del análisis de la prueba actuada por Fiscalía, no se desprende algún tipo de indicio grave, preciso y concordante sobre algún acto que constituya un abuso de confianza tendiente a distraer o disipar dineros que le pertenecen a la acusación particular, con el fin de acrecentar el patrimonio de la procesada, no hay evidencia procesal alguna que la acusada haya utilizado esos dineros para actuar dolosamente, así como tampoco se ha demostrado conforme lo ya analizado, ninguno de los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal acusado. La certeza es la íntima convicción, es la seguridad y firmeza en el conocimiento, y este elemento extremadamente necesario no puede ser equivocado en una sentencia condenatoria, resolviendo sobre su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica, las reglas de experiencia; y, en base a la prueba pertinente debidamente actuada. En la especie, no se encuentra probada la materialidad de la infracción, menos la responsabilidad de la recurrente, por lo que no cabe siquiera hablar de duda razonable, por cuanto la conducta imputada a la señora XXX, no se subsume al tipo penal de" abuso de confianza". Por las consideraciones expuestas, discrepando con el análisis jurídico realizado por el Tribunal Juzgador en torno al caso y, en atención a los artículos 250, 304-A, 309 y 311 del Código de Procedimiento Penal, norma jurídica aplicable al caso, el Tribunal Ad quem, resuelve aceptar el recurso interpuesto por la procesada y, en consecuencia, revoca la sentencia condenatoria dictada en su contra y ratifica su estado de inocencia. Se levantan las medidas cautelares de orden personal y real que pesan en su contra. No se califica la acusación particular como maliciosa y temeraria. El acusador particular, mostrándose en desacuerdo con lo resuelto por el ad quem, interpone recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

El acusador particular recurrente, afirma que existe, contravención expresa de los artículos 5, 79 y 89 del Código de Procedimiento Penal, y 560 del Código Penal; además arguye que la sentencia impugnada no cuenta con la debida motivación. Para despejar de manera concreta el tema de la motivación, el Tribunal, analiza la sentencia objeto del recurso de casación y encuentra que: la sentencia está debidamente motivada, pues en ella no solo se hace referencia a las disposiciones jurídicas correspondientes, sino que se hace un razonamiento jurídico de pertinencia y aplicación al caso en resolución, así mismo, existe una parte expositiva, considerativa y resolutiva que mantiene coherencia y cumple con el requisito de la lógica, está redactada en términos de fácil compresión no solo para los sujetos procesales sino para todo ciudadano que pueda acceder a ella. Con relación al cargo de contravención expresa del artículo 560 del Código Penal, el delito que le ha sido imputado a la procesada es el de abuso de confianza o apropiación indebida, que tiene como elementos constitutivos del tipo, el dolo, la distracción, la disposición, el perjuicio ajeno, el objeto material y la entrega de la cosa; dicho en otras palabras en el abuso de confianza, el sujeto activo, recibe la cosa por un acto voluntario de la víctima provocando con su conducta un perjuicio al patrimonio ajeno, siendo así la conducta

típica, antijurídica y culpable de la procesada, ha hecho que el juzgador llegue al convencimiento y la certeza de su culpabilidad en el hecho imputado. El Tribunal de Casación, de los hechos que se dan por probados por el juzgador de instancia, considera que sí se cumple con los elementos del tipo penal, es decir está demostrado en el proceso que hay un perjuicio patrimonial, toda vez que se considera que el delito de abuso de confianza es un delito de resultado y eso consta dentro del proceso, al menos de la sentencia objeto de este recurso y examinada por el órgano jurisdiccional, así aparece por las trasferencias que se han hecho a la parte acusada, por lo que el Tribunal considera que este error de derecho sí existe en la sentencia y por lo tanto es menester que se corrija, sin entrar a volver a valorar la prueba lo cual está expresamente prohibido conforme al inciso segundo del articulo 349 del CPP, sino que se lo hace fundamentalmente en virtud de lo que la propia sentencia da por hechos probados. En atención al análisis jurídico efectuado, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, casa la sentencia dictada por el ad quem, por existir contravención expresa del Art. 560 del Código Penal y en virtud de aquello declara la responsabilidad penal de la procesada XXX, imponiéndole la pena privativa de libertad de 1 año y multa de 16 dólares de los Estados Unidos de América. Además, toda vez de que dentro de la sentencia de primer nivel se ha considerado la suspensión condicional de la pena, en esos mismos términos el Tribunal dicta la suspensión condicional de la pena en tanto la sentenciada cumpla con las condiciones que allí se exponen.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 17256-2014-0022
Juez Ponente: Dr. Edgar Flores Mier

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, lunes 22 de abril del 2019, las 11h38,
VISTOS:

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El infrascrito Tribunal de Casación, conformado por el doctor Edgar Flores Mier, Juez Nacional Ponente; y los doctores Luis Enríquez Villacres, y David Jacho Chicaiza, Juez y Conjuez Nacionales, es competente para conocer del presente recurso extraordinario, 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); y, 349 del Código de Procedimiento Penal (CPP) norma aplicable al sub lite-; así como también, según lo dispuesto en la Resolución Nro. 10-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y el sorteo de ley efectuado con fecha 11 de diciembre de 2018, de conformidad con la Resolución No., 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

2.- ANTECEDENTES

2.1.- Antecedentes fácticos

Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo relatado en la sentencia del Tribunal de Juicio -confirmada por la de segundo nivel y ahora impugnada-, son los siguientes:

… Que el señor Rodrigo Andrés Venegas Valencia, en el mes de enero del 2012, con la señora Julieta Estrella han pretendido formar una empresa para que administrara la Orquesta Metal Puro, la que iba a tener presentaciones en varios países de Latinoamérica, que esta sociedad ha estado conformada por Julieta Estrella que ponía el 50%, Rene Luna con un 20%, Rodrigo Venegas Valencia con un 20% y el vocalista Jhon Mario Vélez con un 10%. Que Rene Luna ha indicado que iba a participar en dicha sociedad, por lo que Rodrigo Venegas Valencia ha quedado a cargo del 40% de dicha empresa. Que desde enero a mayo del 2012, Rodrigo Venegas Valencia, ha realizado la entrega de dineros, sumando la cantidad de $ 25.566,00 dólares, dineros que ha sido producto

de un préstamo en la empresa ECUTIKETS y dinero que él ha tenido. Que ha pedido en repetidas ocasiones a la señora Julieta Estrella que se proceda a conformar la empresa, cosa que no la ha hecho, que a su insistencia a la señora Julieta Estrella ha manifestado que le iba restituir el dinero que le había entregado, cosa que hasta la presente fecha no lo ha realizado. Que Rodrigo Venegas Valencia, ha empezado a observar movimientos raros dentro de la empresa, ya que en las representaciones de la Orquesta Metal Puro, han aparecido otras personas que no tenían nada que ver…

2.2.- Antecedentes procesales (Validez Procesal)

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por el acusador particular, 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, Provincia de Pichincha, de 26 de junio de 2018, las 13h27, en cuya parte resolutiva declara la culpabilidad de la encartada Julieta Estrella Silva, como autora del delito tipificado y reprimido en el artículo 560 del Código Penal (CP), imponiéndole la pena de un año de privación de libertad, - se encuentra en libertad, por haber sustituido la prisión preventiva por la medida de presentación periódica-; y, así como la multa de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.
- El Dr. Julio Vasco, en defensa de la sentenciada Estrella Silva Julieta, en aplicación al principio de favorabilidad contenido en el Art. 5.2 en concordancia con el art. 16 del Código Orgánico Integral Penal, artículo 11 y 426 de la Constitución de la Republica solicita la suspensión condicional de la pena, la que es concedida por el Tribunal imponiéndole como condiciones las contenidas en los numerales 1,3,7,8,9 y 10 del artículo 631 del COIP.
- Sentencia de segundo nivel, dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de 24 de septiembre de 2018, las 15h08, que resuelve aceptar el recurso interpuesto por la procesada y en consecuencia revoca la sentencia condenatoria dictada en su contra y ratifica su estado de inocencia.
- Providencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que corre de fs. 134 del cuaderno de segundo nivel, mediante la cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por el acusador particular Rodrigo Andrés Venegas Valencia.
- Sorteo del Tribunal de Casación de la Corte Nacional de Justicia, según lo ya expresado en el numeral 1 de este fallo.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso, en la que intervinieron: los Abogados Pablo Rosero y Eduardo Gómez, defensa técnica del acusador particular, el doctor Paúl Ocaña y abogada Ana Ruiz , defensa técnica de la procesada no recurrente Silvia Julieta Estrella; y la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado (e).

3.- AUDIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1.- Fundamentación del recurso interpuesto por el acusador particular Rodrigo Andrés Venegas Valencia.

Durante la audiencia oral, púbica y de contradictorio de fundamentación del recurso, el doctor Pablo Rosero, en representación del acusador particular recurrente, plantea tres cargos casacionales a saber:

- **Contravención expresa de los Arts 5, 79 y 89 del Código de Procedimiento Penal.**

Se arguye:

- Que esto es el principio de contradicción, a las reglas generales de la prueba y la pertinencia, incorporación y la práctica de la prueba en el juicio.
- Que está claro que como Tribunal de casación no pueden valorar la prueba, sin embargo de lo cual existe un error de derecho en esta parte en cuanto de la teoría fáctica el Tribunal Ad-quem se basa en un denominado anexo 2, mismo que nunca fue controvertido, agregado y probado en el juicio y es en el cual se fundamenta todo su argumento para terminar con una conclusión ajena a la realidad.

- **Contravención expresa del artículo 560 del Código Penal.**

Se arguye:

- Que se convierte en un error por la falta de aplicación.
- Que este yerro jurídico está en el sub acápite 5.3 de la sentencia recurrida, debido a que el Tribunal respecto de la teoría fáctica y de

los hechos probados dentro del proceso, en la sentencia manifestaban todos los elementos constitutivos del tipo penal del Art. 560 del Código Penal, esto es el delito de abuso de confianza, tanto del sujeto activo, pasivo, verbo rector y en fin la conducta que se adecuó.

- Que en este sentido, hacen todo un fundamento de acuerdo a la teoría fáctica y a los hechos probados, sin embargo; de lo cual, concluyen diciendo que no se adecuó la conducta al tipo penal señalado, lo cual es una falta de aplicación del Art. 560 del Código Penal, por delito de abuso de confianza.

· **Falta de motivación de la sentencia**.

Se arguye:

- La falta de motivación en la sentencia recurrida imposibilita al juzgador y administrador de justicia como tal, que realice su labor analítica en la sentencia.
- En este caso es indispensable señalar que la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada, ha señalado los tres fundamentos en que se basa la motivación en las sentencias esto es: lógica, compresibilidad y razonabilidad de las mismas.
- Dentro de este fundamento, se ratifica en la vulneración de la lógica, misma que está en el acápite 5 de la sentencia, esto en base que la lógica radica en que las premisas que son utilizadas por el administrador de justicia tienen que ser lógicas y coherentes entre sí, es decir si existen dos premisas siendo las mismas un silogismo, tiene que concluir con una conclusión lógica y coherente; sin embargo de lo cual, el Tribunal Ad-quem de la teoría fáctica y de los hechos demostrados, señala y pone premisas como es que hubo una entrega de dinero como tal por parte de Andrés Venegas, que existió un acuerdo como tal de entregarle el dinero para un fin determinado, que el señor tuvo y se pactó el 20% de una participación en una compañía que jamás se realizó, que efectivamente se entregó el dinero, pero sin embargo concluyen en que no existe perjuicio alguno y por lo tanto no hay sujeto pasivo del delito.
- Es decir nos vemos en una completa trasgresión a la ley que deviene en una falta de motivación. En este sentido, toda vez que han sido entablados estos tres argumentos y fundamentados en el presente recurso, solicita que se case la sentencia de fecha 24 de septiembre del 2018, a las 15h08, por las consideraciones expuestas y que en su lugar bajo el principio iura novit curia se declare la nulidad constitucional de la misma o se case de oficio.

3.2.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado.

- La doctora la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscalía General del Estado (e), manifestó:
- Respecto del recurso de casación presentado por la acusación, Fiscalía considera que la fundamentación del recurso de casación ha sido correcta y ha cumplido con la debida fundamentación del recurso, demostración del error judicial que se ha ocasionado en la sentencia hoy recurrida, por lo tanto, Fiscalía solicita sea aceptado el recurso de casación interpuesto y si el Tribunal no lo considera así, se tome en cuenta su facultad oficiosa y se sirvan aceptar el presente recurso.

3.3.- Fundamentación del recurso de la procesada Silvia Julieta Estrella.

El Doctor Paúl Ocaña a nombre de la procesada no recurrente Silvia Julieta Estrella dice:

- El recurso de casación es muy formal, por lo cual implica que dada la formalidad que determina la norma se debe indicar con exactitud cuáles son los cargos casacionales con los cuales está atacando la acusación particular.
- En este caso nos ha dicho: nulidad constitucional por falta de motivación, esto es falso, ya que la sentencia subida en grado de la Corte Provincial nos indica en sus acápites primero la jurisdicción y competencia, segundo validez procesal, tercero antecedentes en el cual indica la razón de este proceso, cuarta los argumentos que indicaron las partes en el recurso de apelación, sus alegatos y su contradicción; y, quinto hace un análisis de todo el expediente así como de todo el tipo penal de abuso de confianza.
- Los principales elementos que indican los jueces de Corte Provincial que se deberían demostrar son que la persona se le haya entregado bienes muebles, que se le haya entregado bajo una condición de restituirlos o hacer una cosa diferente, no está probado

eso, y que se haya distraído fraudulentamente los valores, dinero que jamás se entregó a Julieta y eso consta en la sentencia.

- Por lo tanto, la razonabilidad, compresibilidad y lógica que habla la motivación de una sentencia está allí claramente en la sentencia, por lo que el primer cargo es infundado.
- En segundo lugar, se ha indicado la contravención expresa del Art. 560 del Código Penal, en el cual establece los elementos del tipo penal de abuso de confianza, elementos que no han sido demostrados, probados y no constan dentro del proceso.
- El tercer cargo, el error in iudicando referente a la contravención expresa de las reglas generales de la prueba, este recurso de casación no admite revisar prueba, por lo tanto, no se indica cuáles son los errores para que se case la sentencia.
- Toda vez que el abogado de la acusación particular, no ha presentado en forma debida los cargos casacionales y ha pretendido que se valore prueba, solicita que se rechace el recurso de casación y se mantenga la sentencia donde se ratifica el estado de inocencia de su defendida.

3.4.- Réplica del Abogado Pablo Rosero en representación del acusador particular y recurrente Rodrigo Andrés Venegas Valencia;

-Es preciso señalar que nadie está hablando de una valoración de prueba por el Tribunal de casación, más se está refiriendo a los errores de derecho que consta en la sentencia emitida el 24 de septiembre del 2018, a las 15h08 por el Tribunal Ad-quem y a su vez se está hablando de la teoría fáctica que no se debe confundir con una valoración de la prueba. Es decir, es una teoría fáctica hecha por el Tribunal Ad-quem que ha sido construida y por los hechos probados, en consecuencia, toda vez que los tres motivos y fundamentos de este recurso han sido señalados y precisados, solicita se case la sentencia como en derecho corresponda.

4.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

4.1.- Consideraciones acerca del recurso de casación:

Previo a despejar la alegación planteada por el recurrente; este Tribunal considera necesario reparar, así como se lo ha hecho en innúmeras resoluciones de este órgano jurisdiccional, que el recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i)** contravención expresa de su texto; **ii)** indebida aplicación; y/o, **iii)** errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.[1]

En cuanto a los parámetros para analizar el recurso extraordinario de casación, aquello ha sido descrito de la siguiente forma:

> (...) La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación:
> **a)** La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; **b)** La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a su falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación;

[1] En cuanto a las causales casacionales éste órgano jurisdiccional ha señalado: *"(…) a) Error de omisión, que es al que se refiere el mentado artículo al indicar la contravención expresa del texto de la ley, y que se configura cuando, dada una circunstancia 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 ocmo supuesto de hecho a éste; y, c) Error de interpretación en el juez selecciona correctamente la norma y la adecúa al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido, en definitiva, confunde el sentido y alcance de la norma aplicada."* **(CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Ponencia de la Dra. Gladys Terán Sierra, Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013).**

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]

4.2.1- Respuesta a los cargos planteados por el impugnante

Más allá de haber quedado ubicado en el punto 3.1, la argumentación y/o el escenario casacional planteado por la defensa técnica del recurrente acusador particular Rodrigo Andrés Venegas Valencia; y, de que se han planteado en concreto los cargos de contravención expresa del artículo 5, 79 y 89 del Código de Procedimiento Penal, contravención expresa del artículo 560 del Código Penal; y, toda vez que, también se argüido que la sentencia impugnada no cuenta con la debida motivación, empero de que la falta de motivación no sea un cargo casacional dispuesto en el Código de Procedimiento Penal o en el vigente COIP, para proceder con el examen de casación, este Tribunal 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 , 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[3].

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,l), este órgano jurisdiccional[4] 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

[2] CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sal 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 Pr4ovincial de Justicia del Guayas.

[3] 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 adquem, 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 decidenti del fallo de casación (…)"* (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Penal, Recurso de casación No. 186-2012, Resolución No. 46-2013)

[4] 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).

conflictos sociales intersubjetivos, quien viole en este procedimiento los derechos de aquellos a quienes pretende conciliar (…)"[5]

En este sentido, es, entre otros, un deber de los funcionarios judiciales el ajustar sus actos jurisdiccionales a lo dispuesto en el artículo 76.7.l) de la Carta Magna, que indica que no habrá motivación si en el fallo no se hace constar "(…) Las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (…)"; en otras palabras, no habrá motivación si por una parte, en la sentencia no se expresa la concreción de aquellos hechos que el juzgador estima probados, devenidos de la información que logra extraer de los medios de prueba presentados por los sujetos procesales (fundamentos de hecho); y por otra, si no se ha expresado el basamento jurídico que ha tomado en cuenta el juzgador para arribar a su decisión, exteriorizando claramente los motivos que lo han llevado a aplicar tal o cual norma a los fundamentos de hecho (fundamentos de derecho).

Para que un fallo, pueda contener el adjetivo calificativo de motivado, debe reunir las características de ser objetivo y convincente, solo de esta manera se podrá decir que el juzgador ha expresado razones válidas con base a las cuales ha arribado a la certeza del acaecimiento de los hechos sometidos a juicio. La motivación será convincente, cuando denota que el juzgador, como ser humano incapaz de alcanzar una verdad absoluta,[6] 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; (…)

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…"*[7], 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 76,7.l) 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.(…)[8]

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

[5] Corte Nacional de Justicia, Tribunal de Casación de l Sala Especializada de lo Penal. Res. 1408-2012, dentro del recurso de casación signado con el No. 371-2010.

[6] 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 juez acoge una aproximación de lo que considera la verdad que idealmente se pretende alcanzar (…)"*

[7] CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia Nro. 048-13-SEP-CCC, del 31 de julio del 2013.

[8] 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).

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. (…)

Una vez que ha quedado determinado, lo que este órgano jurisdiccional ha señalado con relación a la motivación; abstrayéndonos al caso, traído a sede casacional, y para despejar de manera concreta el tema de la motivación, este Tribunal, de acuerdo a lo antes mencionado, ha analizado la sentencia objeto del recurso de casación y encuentra que: la sentencia está debidamente motivada, pues en ella no solo se hace referencia a los artículos pertinentes, sino que se hace un razonamiento jurídico de pertinencia y aplicación al caso en resolución, así mismo, existe una parte expositiva, considerativa y resolutiva que mantiene coherencia y cumple con el requisito de la lógica, está redactada en términos de fácil compresión no solo para los sujetos procesales sino para todo ciudadano que pueda acceder a ella. Ahora bien es pertinente indicar que una cosa es la sentencia cuente con la motivación y otra distinta que aquella sea la correcta.

4.2.2 Respuesta al cargo de: Contravención expresa del artículo 560 del Código Penal.

Al respecto, este tribunal precisa que previo a dar contestación a la interrogante planteada supra, se debe considerar que la casación es el último peldaño jurisdiccional, que en su normal desenvolvimiento transita un juicio, es una fase del proceso adicional a la doble instancia, en la cual se reduce la capacidad de actuación del Tribunal que lo resuelve, limitándose a analizar la sentencia de instancia, en busca de errores de derecho que se hubieran podido producir en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En este sentido, se constituye en un deber de los operadores de justicia garantizar la sustanciación de procesos transparentes y eficientes en los cuales se respeten por igual los derechos de las partes procesales sobre las sólidas bases de los principios de inmediación y seguridad; en este sentido, y siendo consecuente con el análisis, debemos saber que la ley penal, es la única norma que puede establecer las conductas delictivas y sus penas, cumpliendo la función de garantía a los ciudadanos; consecuentemente las leyes penales son todas aquellas que contiene algún precepto sancionado con la amenaza de una pena, y es la que está ligada a la ley adjetiva, que es la que determina la manera cómo ha de hacerse efectiva una pena; esto es cuando se demuestre la existencia material de la infracción así como la responsabilidad o la culpabilidad de quien ha cometido la acción u omisión, así como el nexo causal existente entre delito y su responsable.

En el caso in examine, el delito que le ha sido imputado a la procesada es el de abuso de confianza o apropiación indebida, que tiene como elementos constitutivos del tipo, el dolo, la distracción, la disposición, el perjuicio ajeno, el objeto material y la entrega de la cosa; dicho en otras palabras en el abuso de confianza, el sujeto activo, recibe la cosa por un acto voluntario de la víctima provocando con su conducta un perjuicio al patrimonio ajeno, siendo así la conducta típica, antijurídica y culpable de la procesada, ha hecho que el juzgador llegue al convencimiento y la certeza de su culpabilidad en el hecho imputado.

Ya en su reproche, el recurrente expresa que, el yerro jurídico se convierte en un error por la falta de aplicación, y que este se encuentra en el sub acápite 5.3 de la sentencia recurrida, y que el Tribunal, en la sentencia manifestó todos elementos constitutivos del tipo penal del Art. 560 del Código Penal, es el delito de abuso de confianza tanto de sujeto activo, pasivo, verbo rector y en fin la conducta que se adecuó. En este sentido, la Corte Provincial de Pichincha, hace todo un fundamento de acuerdo a la teoría fáctica y a los hechos probados, sin embargo, de lo cual concluyen diciendo que no se adecuó la conducta al tipo penal señalado, lo cual

es una falta de aplicación del Art. 560 del Código Penal, por delito de abuso de confianza.

Respecto a lo dicho, este Tribunal de Casación considera que el procesado en su fundamentación brindó elementos sobre la vulneración de la norma, esto es la contravención expresa del Art. 560 del Código Penal, sin embargo, este tribunal infiere que al decir *"(…) violación expresa (…)"*, se refería a la causal de contravención expresa, conocido como error de omisión, el cual se configura cuando, dada una circunstancia fáctica por probada, el juzgador no aplica la norma jurídica correspondiente.

Ahora bien, una vez que ha quedado claro en que consiste el error in iure alegado, este Tribunal de casación de los hechos que se dan por probados el Juzgador de instancia considera que si se cumple con los elementos del tipo penal, es decir está demostrado en el proceso que hay un perjuicio patrimonial, toda vez que se considera que el delito de abuso de confianza es un delito de resultado y eso consta dentro del proceso, al menos de la sentencia objeto de este recurso y examinada por este órgano jurisdiccional, así aparece por las trasferencias que se han hecho a la parte acusada, por lo que este Tribunal considera que este error de derecho si existe en la sentencia y por lo tanto es menester que se corrija, sin entrar a volver a valorar la prueba lo cual está expresamente prohibido conforme al inciso segundo del Art 349 del CPP, sino que se lo hace fundamentalmente en virtud de lo que la propia sentencia da por hechos probados.

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",** casa la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal por existir contravención expresa del Art. 560 del Código Penal y en virtud de aquello declara la responsabilidad penal de la procesada Julieta Estrella Silva, imponiéndole la pena privativa de libertad de 1 año y multa de 16 dólares de los Estados Unidos de América. Además, toda vez de que dentro de la sentencia de primer nivel se ha considerado la suspensión condicional de la pena, en esos mismos términos el Tribunal dicta la suspensión condicional de la pena en tanto la sentenciada cumpla con las condiciones que allí se exponen, caso contrario se dejará sin efecto la suspensión condicional de la pena y se procederá de conformidad con la ley. **Notifíquese y Cúmplase**.

f) Dr. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Luis Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; y, David Jacho Chicaiza, CONJUEZ NACIONAL.

IV
Juicio Nro. *15281-2017-00654*
Resolución Nro. *873-2019*
Fecha: *jueves 30 de mayo del 2019, las 15h37*

TEMA: El Tribunal de Casación, corrige y aclara la diferencia, determinando que en el delito de estafa se debe demostrar que el sujeto activo engañó para beneficiarse y como tal, ocasionar un perjuicio al patrimonio de la víctima; a falta de demostración del elemento subjetivo del tipo penal, como es el dolo en la acción efectuada, revela que se trata de una conducta atípica respecto de lo que se ha considerado estafa.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los hechos detallados conforme el Tribunal A quo, se circunscriben a lo siguiente:" (...) el 15 y 19 de junio de 2014 cuando el señor XXX emitió a favor del señor XXX, dos cheques, signados con el No. 0070 por el valor de 2.000 dólares y otro cheque con el No. 0082 por el valor de 3.000 dólares, de la cuenta corriente 15025956 del Banco del Austro, cuyo titular es el señor XXX, cheques que al ser presentados para el cobro fueron protestados por cuenta cerrada el 16 octubre de 2015. Que con las pericias se ha determinado que los cheques no han sido girados por el titular de la cuenta XXX sino por el señor XXX; que en tales cheques el uno había escrito y el otro los firmó." Que con esta conducta los dos procesados han cometido el delito de estafa tipificado en el articulo 563 del Código Penal vigente en el año 2012 y actualmente en el articulo186 del Código Orgánico Integral Penal(COIP,) perjudicando al señor XXX en la cantidad de cinco mil dólares.

Consta la relación precisa y circunstanciada del hecho punible acusado y de los actos de los procesados, que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas; todo lo cual configura el dolo o el designio de causar daño que se requiere que exista para que se configure una infracción penal según el articulo 26 del COIP, lo cual trasforma lo que puede parecer un caso civil en una conducta penalmente relevante según lo prevé el articulo 22 del COIP; y, en una conducta antijurídica, según el articulo 29 ibídem. Todos esos hechos configuran el delito de estafa tipificado en COIP de la siguiente manera:" articulo 186.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años".

El Tribunal llega al convencimiento de que se encuentra probada la existencia de la infracción acusada de estafa tipificado en el articulo 186 inciso primero del COIP, así como la participación de ambos coprocesados XXX como Autor y XXX como coautor del delito acusado por la Fiscalía; analizando la Antijuricidad, Dolo y Culpabilidad.- a) Antijuricidad: el bien jurídico tutelado es el derecho a la integridad personal de la víctima, que incluye su integridad física, psíquica, moral y sexual garantizado en el artículo 66.3 literal a) de la Constitución de la República. b)Dolo: Actúa con dolo la persona que tiene el

designio de causar daño, así lo preceptúa el artículo 26 inciso primero del invocado Código. c) Culpabilidad: Los procesados,en uso de sus facultades mentales completas, con capacidad de comprender y entender la ilicitud de sus actos, cometieron la infracción de manera voluntaria, siendo imputables de conformidad con lo previsto en el artículo 34 del COIP.

EL Tribunal de Garantías Penales del Napo, con fecha el 24 de abril de 2018, las 14h23, dictó sentencia condenatoria en contra de XXX, en el grado de autor, y XXX en calidad de coautor, del delito tipificado y sancionado en el artículo 186, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal; imponiéndoles la pena privativa de libertad de cinco años, multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general a cada uno, y la reparación integral a la víctima, consistente en dos cheques por las sumas de dos mil y tres mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los intereses generados, pagados de manera solidaria por los procesados; fallo del cual, los sentenciados interpusieron recursos de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Corresponde el conocimiento de los recursos de apelación, a la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo; Tribunal que en sentencia de 24 de julio de 2018, las 16h26, niega los recursos interpuestos y en virtud del principio de favorabilidad, tomando en cuenta el tiempo en que se cometió dicha infracción, la misma que se encontraba tipificada en el artículo 563 del Código Penal, en ese sentido, reformó la sentencia en cuanto a la pena impuesta, imponiendo a los recurrentes la pena privativa de libertad de seis meses, multa de ciento cincuenta y seis dólares; y, el pago de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación integral.

En Tribunal, ha determinado que existió voluntad y conciencia del acto realizado, configurándose como un engaño la existencia de un préstamo otorgado a los procesados, de lo cual se ha inducido a error a la víctima; fallo del cual, los procesados interpusieron recursos de casación. Los procesados interponen recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

Los encausados interponen recurso de casación, habiéndose admitido a trámite el mismo luego de la calificación de admisibilidad del recurso interpuesto por XXX, únicamente al cargo atinente a la errónea interpretación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en relación al artículo 622.3 ibídem; en tanto que, se inadmitió a trámite la impugnación planteada por el recurrente XXX.

El Tribunal de casación evidencia que en la actividad juzgadora del ad quem, ha determinado que existió voluntad y conciencia del acto realizado, configurándose como un engaño la existencia de un préstamo otorgado a los procesados, de lo cual se ha inducido a error a la víctima, sin embargo, ha obviado las acciones realizadas por los procesados en torno al objeto lícito de la entrega del dinero y su intención de restituírselo al prestamista, conforme así se determina del propio acervo probatorio tomado por el tribunal de apelación. El Tribunal, sin adentrarse a un nuevo análisis valorativo, revela que el elemento subjetivo del tipo penal(dolo) no está demostrado, pues, las modalidades complementarias que la norma indica para considerar la intención de causar daño, son las que deben demostrarse para que se llegue a establecer que se causó error en la víctima y producto de éste, el sujeto activo obtuvo un beneficio, y como tal, se considere que el acto cometido se trata de una estafa.

Por consiguiente, la subsunción del hecho, ha sido indebidamente aplicada al derecho, es decir, a la norma que describe el acontecimiento contrario a derecho, lo que justifica la indebida aplicación de la ley (respecto del artículo 186 del COIP); toda vez que, prima facie lo que el Tribunal de Alzada ha juzgado, es una actividad de ejercicio de acciones civiles, ya que, el ad quem no ha evaluado aquellas acciones, sino, las posteriores, cuando por parte del recurrente efectuó un reclamo por cheques protestados, lo cual, de haber sido avizorado en el razonamiento del juzgador, no hubiera afectado la decisión, cuya aplicación de la norma viable es la determinada en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que, dado el yerro cometido bajo el presupuesto de casación señalado al inicio del presente análisis, es menester proceder a su corrección. En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 657.5.6 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad, resuelve declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por XXX y casar de oficio, la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, de fecha 24 de julio de 2018, las 16h26, al verificarse una indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en consecuencia, se ratifica el estado constitucional de inocencia de los procesados, ordenando la cesación de todas las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 15281-2017-00654
Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, jueves 30 de mayo del 2019, las 15h37.
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 Tribunal de Garantías Penales del Napo, con fecha el 24 de abril de 2018, las 14h23, dictó sentencia condenatoria en contra de Byron Patricio Cárdenas Calderón, en el grado de autor, y Olguer Roberto Freire Barrionuevo en calidad de coautor, del delito tipificado y sancionado en el artículo 186, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal; imponiéndoles la pena privativa de libertad de cinco años, multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general a cada uno, y la reparación integral a la víctima, consistente en dos cheques por las sumas de dos mil y tres mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más los intereses generados, pagados de manera solidaria por los procesados; fallo del cual, los sentenciados interpusieron recursos de apelación.

1.2 El 24 de julio de 2018, las 16h26, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, mediante sentencia negó los recursos interpuestos y en virtud del principio de favorabilidad, tomando en cuenta el tiempo en que se cometió dicha infracción, la misma que se encontraba tipificada en el artículo 563 del Código Penal, en ese sentido, reformó la sentencia en cuanto a la pena impuesta, imponiendo a los recurrentes la pena privativa de libertad de seis meses, multa de ciento cincuenta y seis dólares; y, el pago de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por concepto de reparación integral; fallo del cual, los procesados interpusieron recursos de casación.

Los hechos detallados conforme el Tribunal Adquem, medularmente se circunscriba lo a lo siguiente:

> *" (…)el 15 y 19 de junio de 2014 cuando el señor Cárdenas Calderón Byron Patricio emitió a favor del señor Sherman Rolando Salas Arellano, dos cheques, signados con el No. 0070 por el valor de 2.000 dólares y otro cheque con el No. 0082 por el valor de 3.000 dólares, de la cuenta corriente 15025956 del Banco del Austro, cuyo titular es el señor Byron*

Patricio Cárdenas Calderón, cheques que al ser presentados para el cobro fueron protestados por cuenta cerrada el 16 octubre de 2015. Que con las pericias se ha determinado que los cheques no han sido girados por el titular de la cuenta Cárdenas Calderón Byron Patricio sino por el señor Olguer Roberto Freire Barrionuevo; que en tales cheques el uno había escrito y el otro los firmó. Que con esta conducta los dos procesados han cometido el delito de estafa tipificado en el Art. 563 del Código Penal vigente en el año 2012 y actualmente en el Art.186 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) perjudicando al señor Sherman Salas en la cantidad de cinco mil dólares.". (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 06 de agosto de 2018, las 12h17, dictado por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, por medio del cual conceden los recursos de casación interpuesto por los procesados Byron Patricio Cárdenas Calderón y Olguer Roberto Freire Barrionuevo.
- Sorteo de 21 de septiembre de 2018, realizado de la causa penal No. 15281-2017-00654, por la Presidencia de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual quedó radicada la competencia en éste Tribunal de Casación.
- Auto de fecha 03 de diciembre de 2018, las 10h39, dictado por este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la que se resolvió declarar admisible el recurso de casación interpuesto por Byron Patricio Cárdenas Calderón, únicamente al cargo atinente a la errónea interpretación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en relación al artículo 622.3 ibídem; en tanto que, se inadmitió a trámite la impugnación planteada por el recurrente Olguer Roberto Freire Barrionuevo.
- Audiencia oral, pública y contradictoria de sustentación del recurso de casación, en la que fueron escuchados: El doctor Ángel Tenesaca Simancas, abogado defensor del procesado y recurrente Byron Patricio Cárdenas Calderón; el doctor Raúl Garcés Llerena, como delegado de la señora Fiscal General del Estado (E); y, el doctor Cristian Zambrano Ruilova, abogado defensor del procesado no recurrente Olger Roberto Freire Barrionuevo.

1.1.1. Fundamentación del recurso por parte del recurrente Byron Patricio Cárdenas Calderón, por intermedio de su abogado defensor, quien señaló:

a) Ha planteado su recurso al tenor de lo que dispone el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, referente a la errónea interpretación del artículo 186 del COIP, conjuntamente con el artículo 622 ibídem, respecto a los requisitos de la sentencia, por cuanto, la resolución emitida por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, de fecha 24 de julio del 2018, las 16h26, los señores jueces no acreditan los elementos del tipo penal que establece el artículo 186 del COIP, como la simulación de hechos falsos o la simulación u ocultamiento de hechos verdaderos, constituyéndose, como la doctrina lo señala, el engaño, es decir, los jueces deben determinar en su sentencia cómo se produjo el engaño a la víctima y bajo qué circunstancias. Que en el numeral 6.3 de la sentencia impugnada, los señores jueces para acreditar el tipo penal, hacen un análisis objetivo o de la materialidad de la infracción tomando como elementos unos cheques y que fueron entregados al señor Sherman Salas, supuestamente por los procesados Byron Patricio Cárdenas Calderón y Olger Roberto Freire Barrionuevo. En tanto que en el numeral 6.4, para acreditar el dolo, se toma una copia textual del testimonio de la víctima, que en lo pertinente dice: "(…) Que los cinco mil dólares les entregó como préstamo y nunca le pagaron intereses. Que cuando se dio cuenta que no le quieren pagar, hizo protestar los cheques. Que en relación a estos cheques se puso una denuncia y luego le pidieron arreglar por lo que hicieron un acta de acuerdo. Que el señor Freire le dio $ 700 lo demás no le ha cancelado. Que el dinero le dio Byron Cárdenas y le entregó los cheques y el señor Freire estaba ahí mismo (…)"; señalando luego que con dichas pruebas se establece que los cheques fueron entregados a Sherman Salas, sin embargo, lo que se ha determinado no es materia penal, sino un préstamo y por tanto debe ser resuelto en la vía civil, tomando

en cuenta además que en el punto cinco del fallo en mención, hacen referencia a que hay un acta de acuerdo de pago.

b) El engaño es una falta a la verdad, de lo cual busca distorsionar la realidad y en el presente caso, la sentencia en su numeral 6.4, transcribe el testimonio del señor Sherman Salas, quien manifestó que desde el 2014 conoció a Olger Freire y Byron Cárdenas en la gasolinera TERPEL de la ciudad de Tena y que le dijeron que necesitaban dinero para comprar gasolina, es decir, ese dinero le pidieron para invertir en gasolina, en tal razón, los jueces debían acreditar si el engaño o móvil fue la compra de gasolina pero no se utilizó para aquello, pero se señala que el móvil del engaño son los cheques, lo cual de la misma transcripción del testimonio, el señor Sherman dijo que los cheques le fueron dados en garantía y como no le quisieron pagar los hizo protestar, de tal suerte que no se establece el primer elemento como es el engaño, sino que se está hablando de cuestiones civiles. En cuanto al segundo elemento del tipo penal que es el error, al analizar la sentencia, en el numeral 6.6, no se determina el cómo se indujo a error al señor Sherman Salas con un préstamo, cuando ellos mismo señalan que hubo un acuerdo y un acta de pago, habiendo incluso recibido supuestamente setecientos dólares de un pago.

c) Que al no existir un argumento claro, coherente y motivado que establezca los elementos del artículo 186 del COIP, existe errónea interpretación de dicha normativa, por cuanto es un asunto netamente civil.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia subida en grado y se ratifique el estado de inocencia de su defendido Byron Patricio Cárdenas Calderón, porque su conducta en ningún momento se ha adecuado al tipo penal por el cual ha sido juzgado y sancionado, adicionalmente, se dispondrá se levanten las medidas cautelares dictadas en contra de su defendido.

1.3.2 Contestación por parte del doctor Raúl Garcés Llerena, delegado de la Fiscalía General del Estado, quien señaló:

a) El recurso de casación debía fundamentarse respecto a la causal que ha sido escogida, esto es, errónea interpretación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en ese sentido, de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, se observa que efectivamente el juzgador lo tipifica en el artículo 563 del Código Penal, más no en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal. Que si bien se ha indicado que existe la errónea interpretación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal en relación al artículo 622.3 ibídem, no se ha fundamentado conforme lo requiere la causal de casación, tomando en cuenta que, la errónea interpretación se refiere a la inexacta valoración jurídica del caso o interpretación equivocada, pero no existe tal yerro en la sentencia, toda vez que, se ha tipificado en la norma correcta de un delito contra la fe pública cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio de una persona y, en el caso, al señor Sherman Rolando Salas Arellano, a quien se le giraron dos cheques que resultaron protestados por cuenta cerrada, perjudicándolo en la cantidad de cinco mil dólares.

b) El recurrente ha mencionado el considerando 6.4 de la sentencia, que refiere al testimonio de la víctima, siendo conocido que en el recurso de casación no procede revalorización o análisis de prueba, en tal sentido tal alegación no es atinente al recurso.

Concluye que la materialidad de la infracción está plenamente comprobada con los exámenes grafotécnicos efectuados por un perito nombrado para el efecto, también se ha determinado el engaño o falta de verdad, por lo que no se ha establecido el yerro alegado en el recurso de casación, de lo cual solicita que el mismo sea rechazado por improcedente.

1.3.3 Intervención del procesado Olger Roberto Freire Barrionuevo, por intermedio de su abogado defensor Cristian Zambrano Ruilova.

a) Señaló que, con respecto a su defendido, únicamente determina que los cheques no fueron girados de la cuenta del señor Olger Roberto Freire Barrionuevo

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 la doctora Daniella Camacho Herold, Jueza Nacional; doctor Marco Rodríguez Ruiz, 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 656 del Código Orgánico Integral Penal, contempla las causales por las que procede el recurso de casación, esto es, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, y 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.

El autor 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 Rave, en la obra Procedimiento Penal Colombiano, agrega que el recurso extraordinario de casación *"es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica."*[2]

En 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*

[1] Orlando Rodriguez Choconta, "CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL", Editorial Temis, Bogotá 2008, pág. 67.
[2] Gilberto Martínez Rave. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial RTemis, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 457

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 la defensa del recurrente Byron Patricio Cárdenas Calderón.

En este sentido, el argumento expuesto por la defensa del recurrente, consistió en determinar una errónea interpretación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, en tanto que, el fundamento expuesto respecto a dicho cargo, versó en que los señores jueces de apelación, en su sentencia de fecha 24 de julio de 2018, las 16h26, no han acreditado de manera fehaciente el cómo se han configurado los elementos constitutivos del tipo penal que establece el artículo 186 del COIP, concretamente el engaño, de ahí que, considera el tribunal de la Sala Multicompetente de Napo, solo ha efectuado un análisis sobre la materialidad de la infracción, tomando como elementos los cheques entregados al señor Sherman Salas, así como el testimonio de la víctima quien ha manifestado que los cinco mil dólares entregó como préstamo pero que nunca le pagaron intereses, determinando que aquello es un tema civil y no penal.

Bajo este contexto, es necesario en primer lugar, determinar el alcance de la causal de casación por errónea interpretación, invocada por el recurrente en su intervención.

Nuevamente Orlando Rodríguez, respecto a la causal alegada, sostiene que: *"Es un error de entendimiento, de significado, de interpretación equivocada de la norma seleccionada y aplicable que le hace producir consecuencias al caso concreto que no tiene, le da más o menos alcance del que realmente tiene, o le da efectos que le son contrarios. Así, el juez selecciona correctamente la norma y la adecua al caso, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido"*[4].

En tanto que el autor Heliodoro Ferro Méndez, en su obra "Casación y Revisión Penal", expone: *"En la interpretación errónea, el juez selecciona adecuadamente la norma llamada a regular el caso, la aplica, pero, al interpretarla le atribuye un sentido jurídico del que carece, asignándole efectos distintos, o contrarios a los que le corresponden, o un alcance que no tiene, es un yerro en su hermenéutica."*[5]

Se concluye entonces que, la errónea interpretación como una de las causales de casación penal, se discute en relación a la misma, el significado equívoco otorgado por el administrador de justicia a las normativas aplicadas para la resolución del caso en concreto, ente ello, en la presente causa, el recurrente conforme su exposición, ha señalado que la Sala de Apelación de la Corte Provincial de Napo, no ha expuesto con claridad los elementos que configuran el delito de estafa, específicamente a lo que refiere la acción del engaño, pues a su criterio, dicho acto cometido debe ventilarse por la vía civil, al considerar que existió el incumplimiento de un préstamo realizado por la presunta víctima a los hoy procesados, pues así lo ha reconocido la propia víctima en su testimonio rendido ante el tribunal de juicio y valorado también por la Sala Ad-quem para dictar su resolución; en consecuencia, nótese que el recurrente con aquella fundamentación expuesta, se alega del propósito que conlleva determinar la violación de la ley por la causal de casación por errónea interpretación, pues correspondía determinar el error de intelección efectuado por el juzgador al momento de entender el contenido o alcance del artículo considerado vulnerado; cabe indicar además que, sobre el fallo recurrido, no se ha identificado cuál es el criterio intelectivo distinto o errado expuesto por el Ad-quem, que recaiga sobre la norma citada como violentada, esto en relación al artículo 186 del COIP, que tipifica el delito de estafa, quedando su aplicación en estricto apego a un análisis de los hechos fácticos y valoración probatoria efectuado por los jueces de instancia; en vista de aquello, no se ha justificado mediante un argumento coherente que el juzgador haya vulnerado el artículo 186 del COIP,

[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

[4] Orlando Rodríguez Choconta, *"CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL"*, Editorial Temis, Bogotá, 2008, pág. 240.

[5] Heliodoro Ferro Méndez. Casación y Revisión Penal. Segunda Edición. Leyer. Bogotá-Colombia. Pág. 244

conforme al sustento articulado por la defensa del procesado, lo que torna que, la alegación casacional propuesta respecto a la errónea interpretación del artículo citado supra, sea improcedente por no estar debidamente fundamentada.

2.5. Ahora bien, el artículo 657, numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, faculta al Tribunal de Casación, realizar acciones de casación oficiosas, para de tal manera corregir aquellos errores detectados en la sentencia de segunda instancia y que el impugnante las ha omitido por su fundamento equivocado; es así que, en el caso que nos ocupa, de la lectura del fallo objetado, específicamente, del considerando 6.4, se desprenden las siguientes apreciaciones:.

4.- *EN EL ASPECTO SUBJETIVO O DOLO DE CAUSAR DAÑO: El señor Sherman Salas, en su testimonio ha dicho que desde el 2014 conoció al Olguer Freire y Byron Cárdenas a quienes les conoció en la Gasolinera TERPEL de la ciudad de Tena. Que le manifestaron que necesitaban dinero para comprar gasolina habiéndoles entregado cinco mil dólares en dos partes en las oficinas de administración de la gasolinera. Que a cambio le entregaron dos cheques, uno por $2.000 y otro por $3.000. Que no sabía si era para los dos o como era. Que esos cheques depositó en el Banco del Austro y le devolvieron por cuenta cerrada; les pidió que les pague habiendo contestado que los demande. Yo los dos estaban en la oficina y vió que el señor Cárdenas llenó el cheque, el otro cheque ya estaba listo. Que los cinco mil dólares les entrego como préstamo y nunca le pagaron intereses. Que cuando se dio cuenta que no le quieren pagar, hizo protestar los cheques. Que en relación a estos cheques puso una denuncia y luego le pidieron arreglar por lo que hicieron un Acta de acuerdo. Que el señor Freire le dio $700 lo demás no le ha cancelado. Que el dinero le dio a Byron Cárdenas y le entregó los cheques y el señor Freire estaba ahí mismo. Con estas pruebas se puede establecer que los cheques que fueron entregados a Sherman Salas por parte de los procesados, fueron elaborados premeditadamente para que el Banco no los pueda pagar si es que acaso tenían fondos la cuenta contra la que fue girado, de modo que podían evadir el pago inclusive como lo han hecho, y que inclusive se refleja en su teoría del caso, negando la autoría de los cheques, ya que esta girada contra la cuenta de Cárdenas, sin embargo no hay su firma autentica."*[6] *(sic).*

De ese modo, se debe partir del presupuesto casacional de indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal (norma trasgredida); yerro en que ha incurrido el ad quem al desarrollar el juicio de tipicidad estructurado en el razonamiento motivacional sobre la conducta del procesado; aspecto que se evidencia en lo transcrito ut supra, que se refiere al elemento subjetivo del tipo penal o dolo.

A partir de aquello, es necesario considerar que el Tribunal de Apelación, tiene la facultad por su competencia, autonomía, exclusividad e independencia como órgano jurisdiccional de alzada, de reconsiderar las circunstancias fácticas sometidas a debate, articuladas por el acervo probatorio aportado por los sujetos procesales, y con ello establecer si una conducta se enmarca en el tipo penal, lo que vuelve a aquella actividad como el rol de los juzgadores de subsumir el hecho al derecho.

En la cita expuesta sobre el razonamiento del ad quem se ha señalado que se ha demostrado el elemento subjetivo del tipo penal de estafa; y para ello, se consideró esencialmente la voluntad y conciencia (elemento subjetivo: dolo)[7] con la que se realizó la acción, para así establecerse que se ha verificado el primer esquema del delito que corresponde a la tipicidad.

Entonces, dado que nuestro sistema penal no se ha adscrito a ninguna teoría sobre esquemas del delito, permite la utilización de cualquier herramienta jurídica, siempre que estén vigentes, para llegar a la dilucidación de la comisión de un delito, y con ello proporcionar seguridad jurídica; de ese modo, la Sala de Apelación ha partido de la premisa normativa dispuesta en el artículo 563 del Código Penal, que representa en abstracto la descripción del acontecimiento relevante para el derecho penal (estafa), establecida a la fecha del cometimiento

[6] Ecuador, COIP, Art. 186: *"La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (…)".*

[7] Ecuador, COIP, Art. 26.- Dolo.- *"Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño."*

de los hechos, que analizado en su contexto, dicha conducta se encuentra enmarcada en el artículo 186 del COIP.

Sumado a ello, como premisa fáctica se ha expuesto que el los procesados han propuesto a la acusación particular les realice un préstamo de cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica para comprar gasolina, habiéndoles entregado el dinero en dos partes en las oficinas de la administración de la gasolinera, a cambio de lo cual, le fue entregado dos cheques, uno por $2.000 dólares y otro por $3.000 dólares, y tras la protesta de los cheques por cuenta cerrada, han suscrito un acta de acuerdo para el pago del préstamo otorgado, cancelando por parte del señor Olger Roberto Freire al acusador, la cantidad de $700 dólares, que a criterio del ad quem y conforme la pretensión del denunciante, es el motivo para considerar la comisión del delito; y frente a aquello, la Sala de Apelación, señaló que los cheques motivo del presente enjuiciamiento, fueron elaborados premeditadamente para que el Banco no los pueda pagar, configurándose el engaño a la víctima y con ello superar el esquema de la tipicidad subjetiva.

En este punto, es preciso mencionar que el dolo representa el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal (conocimiento más voluntad); en ese contexto, conforme la teoría finalista del delito, éste comprende: a) el conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes; b) la previsión del resultado; y c) la previsión del curso de la acción; es decir, que en el dolo del autor se abarcan aquellos resultados que han derivado de la voluntad final que tuvo para realizar el acto; frente a lo señalado cabe citar que: *"En los delitos dolosos, el autor es el realizador consiente y voluntario del hecho descrito en la figura típica. De lo anteriormente dicho se desprende que al autor se le otorga una dimensión subjetiva y otra objetiva, porque el autor es el realizador material del hecho típico, es decir, quien realiza el verbo rector; aquella, porque es el autor quien conoce su ilicitud y quiere ese hecho como suyo. La concurrencia de estas dimensiones es justamente lo que otorga a ese hecho el calificativo de doloso."*[8].

En tal virtud, en el delito de estafa, se encuentra un complemento normativo[9] que subyace al verbo rector (pues componen la estructura típica), y responde a que el autor tiene un propósito (voluntad) de obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, para en tal efecto, induzca a error a otra, (verbo rector), con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, lo cual configura una causalidad objetiva; de ahí que, para que tal conducta se considere lesionador de bienes jurídicos y por ende sea relevante para el derecho penal, se requiere la demostración de las modalidades que el tipo penal señala (simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos); lo cual, en su conjunto, es el complemento de la acción que hace factible considerar que el sujeto activo actuó con el propósito de causar daño, que es la parte subjetiva del tipo que debe demostrarse; es decir, esa voluntad y conciencia de hacer lo prohibido.

De lo indicado, este Tribunal evidencia que en la actividad juzgadora del ad quem, ha determinado que existió voluntad y conciencia del acto realizado, configurándose como un engaño la existencia de un préstamo otorgado a los procesados, de lo cual se ha inducido a error a la víctima, sin embargo, ha obviado las acciones realizadas por los procesados en torno al objeto lícito de la entrega del dinero y su intensión de restituírselo al prestamista, conforme así se determina del propio acervo probatorio tomado por el tribunal de apelación, sin adentrarnos a un nuevo análisis valorativo del mismo, lo cual revela que el elemento subjetivo del tipo penal (dolo) no está demostrado, pues, las modalidades complementarias que la norma indica para considerarse la intención de causar daño conforme se analizó, son las que deben demostrarse para que se llegue a establecer que se causó error en la víctima y producto de éste, el sujeto activo obtuvo un beneficio, y como tal, se considere que el acto cometido se trata de una estafa; por consiguiente, la subsunción del hecho, ha sido indebidamente aplicada al

[8] Francisco Ferreira Delgado. Teoría General del Delito. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia, 1988. p. 164.

[9] Ibídem 8.p. 188 *"Son palabras o frases que se encuentran en la descripción típica de lo punible, y que se refieren a formas o a circunstancias del hecho mismo, o a cualidades del autor o de la víctima, con las cuales se complementa la acción verbal, dándole a esta la verdadera dimensión de lo reprochable".*

derecho, es decir, a la norma que describe el acontecimiento contrario a derecho, lo que justifica la indebida aplicación de la ley (respecto del artículo 186 del COIP); toda vez que, prima facie lo que el Tribunal de Alzada ha juzgado, es una actividad de ejercicio de acciones civiles, ya que, el ad quem no ha evaluado aquellas acciones, sino, las posteriores, cuando por parte del recurrente efectuó un reclamo por cheques protestados, lo cual, de haber sido avizorado en el razonamiento del juzgador, no hubiera afectado la decisión, cuya aplicación de la norma viable es la determinada en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador[10], por lo que, dado el yerro cometido bajo el presupuesto de casación señalado al inicio del presente análisis, es menester proceder a su corrección.

Es necesario establecer además que, el tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Napo, en su acción hermenéutica del presente caso, no ha desarrollado en pos de una aplicación de las disposición contenida en el artículo 66, 29, literal c), de la Constitución de la República del Ecuador, que refiere:

Art. 69, Derechos de Libertad: (…) 29. Los derechos de libertad también incluyen: (…) c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

En ese contexto, la Sala de la Corte Provincial del Napo, tras la valoración probatoria, no ha logrado justificar que en efecto, los procesados en su actividad de solicitar dinero para la compra de combustible y abastecimiento de la estación de servicio de gasolina, existió engaño para beneficiarse y como tal, ocasionar un perjuicio al patrimonio de la acusación; y a falta de demostración del elemento subjetivo del tipo penal, como es el dolo en la acción efectuada, revela que se trata de una conducta atípica respecto de lo que se ha considerado delito de estafa, de tal manera que, la posición de la parte acusadora, conforme así lee del fallo objetado, fue el otorga un préstamo para dicha actividad, de ahí que, dicha controversia surge por aquella deuda contraída por los procesados, por tanto merecía un tratamiento en la vía civil, lo que nos conlleva a demostrar que, el tribunal de alzada han contravenido expresamente el texto del artículo constitucional antes referido.

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 y 6 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve:

a) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por Byron Patricio Cárdenas Calderón.
b) Casar de oficio, la sentencia dicta por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, de fecha 24 de julio de 2018, las 16h26, al verificarse una indebida aplicación del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, conforme lo explicado en el presente fallo, en consecuencia, se ratifica el estado constitucional de inocencia de los ciudadanos Byron Patricio Cárdenas Calderón y Olguer Roberto Freire Barrionuevo, ordenando la cesación de todas las medidas cautelares de orden real y personal dictadas en su contra en el presente proceso penal 15281-2017-00654.
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); Dra. Daniella Camacho Herold, JUEZA NACIONAL; Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL.

[10] Ecuador, Constitución de la República: *"Art. 76.- En todo proceso en el que determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (…)* 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

V

Juicio Nro. *12282-2014-0888*
Resolución Nro. *906-2019*
Fecha: *jueves 6 de junio del 2019, las 14h22*

TEMA: En el fundamento del recurso de casación no es acertado alegar simultáneamente que una misma norma jurídica ha sido contravenida de forma expresa y además que ha sido indebidamente aplicada, pues escapa de una dimensión de entendimiento lógica, y resulta contradictorio. Del análisis del Tribunal de Casación se puede determinar el cómo ha de prosperar un recurso de casación, debidamente fundamentado, conforme a las diferentes casuales establecidas en la ley.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Por denuncia el señor XXX, llega a conocimiento de las autoridades que desde el año 2005 al 2009, el señor XXX le presta 25.000 dólares a una tasa del 6 por ciento en 4 meses, sumando como intereses la suma de 6.000 dólares, para lo cual firma una letra por 31.000 dólares, posteriormente le presta 60.000 dólares, al 9.7 por ciento por siete meses, generándole 75.660 dólares en calidad de intereses, sumando un total de 135.660 dólares. En conversaciones mantenidas entre ambos suscriben una letra de cambio por 13.500, perdonándole 660 dólares; letra de cambio que la firman en la casa del señor XXX; en diciembre del 2010 y en el mes de julio del 2011, en virtud de la deuda y el interés generado, el señor XXX, cancela la cantidad de 86.980 dólares, quedando por saldo el valor de 4.829 dólares, con un interés de 12% por ciento anual. Por esta causa, se inició un juicio ejecutivo, ordenándose el embargo de los bienes del acusador particular; sin embargo, el procesado no tenía autorización para realizar dichos préstamos, y no había efectuado las respectivas declaraciones del impuesto a la renta. El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos, con fecha 16 de abril de 2018, las 08h11, dicta sentencia absolutoria a favor de XXX, ratificando su estado constitucional de inocencia, por cuanto considera existe falta de prueba suficiente que arribe a la certeza, de que se encuentra comprobada conforme a derecho la responsabilidad del procesado en los hechos descritos como infracción penal, en calidad de autor directo, puesto que no se ha probado la existencia material de la infracción, esto es, la existencia de un préstamo usurario. El acusador particular y el Fiscal de la Unidad de Patrimonio Ciudadano, inconformes con lo resuelto por el a-quo, interponen recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Corresponde el conocimiento del recurso de apelación interpuesto, al tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos; órgano jurisdiccional que con fecha 28 de noviembre de 2018, las 14h36, acepta los mencionados medios de impugnación y revoca el fallo subido en grado, por cuanto la existencia material de la infracción está demostrada conforme a derecho, ya que el interés estipulado en la cambial girada el 17 de diciembre del año 2010, por la cantidad de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL DOLARES($135.000,00) con el interés del 12 % anual, a favor del señor XXX y aceptada por el ciudadano XXX, con fecha de vencimiento al 17 de marzo del año 2012; supera la tasa

de interés fijada por el Banco Central del Ecuador que es 9.54 % referencial y máxima de 10.21 % anual para diciembre del año 2010; ya que el préstamo otorgado por parte del procesado, fue para emprendimiento empresarial agrícola, esto es desbrozamiento del terreno y cultivo de productos de ciclo corto." Los elementos del delito de usura, son: Dedicarse a realizar préstamos y que tales prestamos sean usurarios, u obtener ventajas usurarias."; por lo tanto, el Tribunal sostiene que se cumplen los presupuestos de la ley con la abundante prueba lícita, documental y testimonial, practicada en la audiencia de juicio, que llevan a concluir que el procesado, se dedica a otorgar préstamos usurarios y de esta forma enriquecerse de manera injusta, encasillando su conducta en el tipo penal de USURA. En el caso, se han cumplido a cabalidad todas las garantías del debido proceso y se puede concluir que la prueba analizada, ha desvirtuado el estado de inocencia, existiendo coincidencia entre la conducta de procesado y el delito acusado. El Tribunal de Apelación, dicta sentencia condenatoria en contra de XXX, por considerarlo autor directo del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal, por lo cual se le impone la pena de un año de prisión y multa de trescientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica ($300.00 USD), y se le condena al pago de cien mil dólares ($100,000.00 USD) por concepto de reparación integral. El sentenciado, mostrándose en desacuerdo con lo resuelto por el ad quem, interpone recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

El procesado recurrente, afirma que existe, contravención expresa e indebida aplicación de los artículos 5.3 y 119 del Código de Procedimiento Penal, falta de aplicación del artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal, indebida aplicación de los artículos 583 y 584 del Código Penal.

En el análisis de los cargos esgrimidos, el Tribunal de Casación advierte que, en la especie, no es acertado indicar que una norma jurídica ha sido contravenida de forma expresa e indebidamente aplicada, pues escapa de una dimensión de entendimiento lógica la premisa que sugiere que una disposición no ha sido aplicada y -a la vez- ha sido empleada de forma indebida, toda vez que esto es contradictorio, por cuanto no puede mezclarse el argumento de falta de aplicación y de falsa aplicación. Una característica que ostentan en común las causales de casación, es que por su propia construcción jurídica y carga argumentativa que requieren, al ser antagónicas entre sí, son independientes y excluyentes la una de la otra, conforme reza el principio de no contradicción, que debe respetarse en esta sede, para que exista coherencia en la propuesta. De lo considerado, es preciso advertir que el reproche de contravención expresa e indebida aplicación del artículo 119 del Código Adjetivo Penal, es promiscuo, por devenir en contradictorio, lo que lo torna en improcedente.

En la especie, el casacionista sostiene que se han violado los artículos 583 y 584 del Código Penal, y considera que estas transgresiones se encasillan en la modalidad de error de derecho de indebida aplicación del texto de la ley, por lo que, contaba con la obligación preponderante de estatuir la proposición jurídica completa que requiere este yerro intelectivo, es decir, no sólo indicar aquellas normas jurídicas que presume mal empleadas, sino las que debían ser empleadas, acompañado de su debida reflexión. Del estudio de los puntos vertidos por el encartado, no se ha visto reflejado el cumplimiento de este imperativo, pues de forma sumamente genérica se ha precisado que existe indebida aplicación de las mentadas disposiciones, por cuanto, la prueba no ha llegado a

nutrir la decisión a la cual se llegó en segundo nivel, pero sin dar mayores argumentos de mérito al respecto, lo cual torna en improcedente a esta alegación.
Del análisis del fallo incoado, es preciso concluir que, sobre la base del estudio del acervo probatorio, en correlación con el escenario fáctico y jurídico, han llegado a la conclusión de que se encuentra comprobada tanto la materialidad de la infracción del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal, así como la responsabilidad del procesado XXX, por tanto no se ha constatado vulneración alguna a las mentadas disposiciones jurídicas. Sobre la base de lo expuesto, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación propuesto.

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 12282-2014-0888-HPA
Juez Ponente: Dr. Miguel Jurado Fabara

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, jueves 6 de junio del 2019, las 14h22.

VISTOS: Celebrada la audiencia oral, pública y de contradictorio, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia procede a emitir el fallo por escrito debidamente motivado con ocasión del recurso de casación propuesto por el sentenciado **Ángel Jorge Camacho Ledesma**, en contra del fallo de fecha 28 de noviembre de 2018, las 14h36, a través del cual la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, condena a la mencionada persona como autora del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal, revocando el fallo de fecha 16 de abril de 2018, 08h11, dictado por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Babahoyo de la provincia de Los Ríos, que ratificaba su estado constitucional de inocencia.

1. ANTECEDENTES

1.1 Hechos.-

En el fallo del a-quo constan los siguientes hechos:

> ***"(…) CUARTO.- Apertura Del Juicio.- (…) A.- ALEGATO INICIAL FISCALIA.-*** *Denuncia el señor LUIS ENRIQUE MONTEZUMA VELAZCO, que desde el 2005 al 2009 el señor CAMACHO LEDESMA ANGEL le presta 25000 dólares a una tasa del 6 por ciento en 4 meses, sumando como intereses la suma de 6000 dólares, por lo cual firma una letra por 31000 dólares, posteriormente presta 60000 dólares, al 9.7 por ciento por siete meses, generándole 75660 dólares en calidad de intereses, sumando 135660 dólares, en conversaciones mantenidas entre ambos suscriben letra por 13500 perdonándole 660 dólares, letra de cambio que la firman en la casa del señor JORGE CAMACHO, ubicada en las calles Mejía y General Barahona, esto en diciembre del 2010 y en el mes de julio del 2011, en virtud de la deuda y el interés, el señor LUIS ENRIQUE MONTEZUMA VELAZCO, cancela la cantidad de 86980 dólares, quedando por saldo el valor de 4829 dólares, los interés [sic] eran del 9,7 por ciento mensual, teniendo interés de 12 por ciento anual. Actualmente se ha iniciado juicio ejecutivo y se ha ordenado el embargo de los bienes del acusador particular. El procesado no tenía autorización para realizar los préstamos. Y no ha realizado declaraciones al impuesto a la renta (…)"*[1]

[1] Cfr. Cuaderno del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos. Fs. 2732 vta. Y 2733.

1.2 Actuación procesal relevante.-

1.2.1 El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Babahoyo, provincia de Los Ríos, con fecha 16 de abril de 2018, las 08h11, dicta sentencia absolutoria a favor de **Ángel Jorge Camacho Ledesma,** ratificando su estado constitucional de inocencia.

1.2.3 El señor **Luis Enrique Montezuma Velasco**, en su calidad de acusador particular, y el señor abogado **Federico Miguel Estrella Gómez**, Fiscal de la Unidad de Patrimonio Ciudadano 3, inconformes con lo resuelto por el a-quo, interponen recurso de apelación ante la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, órgano jurisdiccional que con fecha 28 de noviembre de 2018, las 14h36, acepta los mencionados medios de impugnación y revoca el fallo subido en grado, dictando en su lugar sentencia condenatoria en contra de Ángel Jorge Camacho Ledesma, por considerarlo autor directo del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal, por lo cual se le impone la pena de un año de prisión y multa de trescientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica ($300.oo USD), y se le condena al pago de cien mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica ($100,000.oo USD) por concepto de reparación integral.

1.2.4 El sentenciado, mostrándose en desacuerdo con lo resuelto por el *ad-quem,* interpone recurso de casación ante un Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

1.3 Extracto de la fundamentación y contestación del recurso de casación.-

En el presente proceso penal, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria según lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 345 ibídem, en la que se expresó:

1.3.1 Fundamentación del recurrente, Ángel Jorge Camacho Ledesma, a través de su defensa técnica ejercida por el señor abogado Carlos Quinchuela Villacís.

En su intervención, para fundamentar el recurso de casación, el impugnante expone lo siguiente:

a) Se ha violado la norma por contravención expresa e indebida aplicación de los artículos 5.3 en concordancia con el artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, lo cual consta a fs. 163 y vta. del expediente de segundo nivel; estas normas son claras e imperativas, indican que se valorarán los testimonios, más no la prueba documental, esto es informes, reconocimientos o copias de otras causas, sin embargo, en el considerando octavo del fallo se valoraron medios prohibidos.

b) El *ad-quem*, para arribar a su conclusión lógica de destruir su estado de inocencia y declarar su culpabilidad, tuvo que hacerlo con los parámetros contenidos en el artículo 304-A del Código Adjetivo Penal, esto es la certeza, sin embargo se lo hizo con base al artículo 88 *ibídem* que estatuye presunciones, por lo que existe indebida aplicación de la norma, por cuanto la certeza no es más que un elemento objetivo que da claridad, luz y seguridad de la existencia de un hecho, pero conforme obra a fs. 166, se establecen conjeturas al momento de determinar una subjetividad como es el sentido común; las conjeturas no son certeza.

c) Las regulaciones claras y explícitas de la mentada norma, son de imperativo cumplimiento, por lo que se denota una arbitrariedad abundante, lo que no permite garantizar certeza, que va de la mano con la garantía de la motivación, por lo que debió indicarse que se llegó a la conclusión más allá de toda duda razonable, para determinar su participación en el delito de usura, irrumpiendo además con el principio de seguridad jurídica estatuido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, principio.

d) A fs. 166, existe falta de aplicación del artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se calificó de debida o indebida a la actuación de la Fiscalía, acusación particular y de su defensa, cuando la premisa que establece la norma es imperativa, toda vez que es un requisito de la sentencia.

e) El Tribunal de apelación estableció como tipo penal la usura, y lo declaró culpable del delito tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal, por lo cual existe indebida aplicación de estas normas, por cuanto, si estamos frente a este ilícito, la característica es que quien dedicare este tipo de patrón a una conducta reiterativa, pero para demostrarla se tuvo que valorar testimonios, pero en el proceso ni siquiera se encuentra el título ejecutivo original, cuando

la norma penal adjetiva establece que debe versar esta situación, es decir, documentos que sean remitidos por principio dispositivo.

f) Además, se tiene claro que para la usura existe una ley penal especial, siendo la Ley Contra la Usura, vigente hasta que fue derogado por el Código Orgánico Integral Penal, por lo que el Tribunal de alzada debió remitirse a esa norma, infringiendo el artículo 3 que es parte del tipo penal por el cual fue condenado; además, la Sala valoró copias certificadas de una letra de cambio, con lo que encontraron determinado el valor, pero debió hacerse énfasis en la Ley Contra la Usura.

Solicita se case la sentencia y se ratifique su estado constitucional de inocencia.

1.3.2 Contestación por parte de la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada del Fiscal General del Estado.

Ante la exposición del recurrente, la delegada del Fiscal General del Estado sostiene:

a) No se puede hablar de dos acusaciones en contra de una norma, por cuanto se vulneraría el principio de autonomía.

b) Se dice que no se ha llegado a la certeza de la materialidad de la infracción de usura, contemplada en los artículos 583 y 584 del Código Penal, y de su responsabilidad.

c) Ni siquiera se ha indicado la sentencia que se está recurriendo, tanto más que en la de segundo nivel se encuentran detallados tanto los elementos fácticos y probatorios, de los cuales los jueces han realizado un contraste de aquellos, y han arribado a la certeza sin lugar a ninguna duda razonable.

d) En cuanto a la falta de aplicación del artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal, de las causales que determina el artículo 349 ibídem, tan sólo se puede acusar la violación de una norma jurídica acorde a las causales constantes en esta disposición, y en la especie, no se estatuye a la falta de motivación como una causal; además, en este punto, se verifica que no existió mala actuación de la Fiscalía y del acusación particular, como se refiere.

e) Se afirma que se ha flagelado el principio de seguridad jurídica, y en aplicación del artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, solicita que se case la sentencia, pero al no haberse fundamentado correctamente este recurso que es extraordinario y limitado, era obligación del casacionista explicar al Tribunal de una forma técnica y jurídica, y de qué forma se violaron las normas que a su entender fueron vulneradas, y su influencia en la decisión de la causa, en atención al principio de trascendencia.

f) Se pretende que se vuelva a valorar prueba, lo que está vedado por disposición legal.

Solicita que se declare improcedente el recurso.

1.3.3 Contestación por parte del señor Luis Enrique Montezuma Velasco, debidamente representado por su abogado patrocinador, doctor Erwin Blum Baquedano.

a) La Fiscalía ha sido bastante explícita en indicar la razón por la que se debe rechazar el recurso, pero debe indicarse que se mencionaron cuatro cargos que se ha querido fundamentar, siendo la contravención e indebida aplicación de los artículos 583 y 119 del Código de Procedimiento Penal, así como la indebida aplicación de los artículos 304-A y 88 del Código Adjetivo Penal, así como falta de aplicación del artículo 309.6 ibídem, y la indebida aplicación de los artículos 583 y 584 del Código Penal.

b) Cuando se ha esgrimido la indebida aplicación, no solo se debe indicar la norma que ha sido mal aplicada, sino aquella que debió serlo de forma correcta.

c) En cuanto a la falta de aplicación, de acuerdo a lo que establece el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se habla de ciertas causales, por lo que lo alegado por el recurrente no existe dentro de la ley.

d) Cuando se expone la violación del principio de seguridad jurídica y del principio de debida diligencia, de lo que consta en el considerando octavo del fallo, que dicho sea de paso, no se lo individualizó, consta el análisis y valoración de la prueba, constando ahí la fundamentación que exige toda sentencia para que sea debidamente motivada, por lo que es lógica, razonable y comprensible, toda vez que se hace un análisis de hechos fácticos que se plantearon dentro de la teoría del caso por parte de la Fiscalía, acusación particular, y defensa del procesado; tanto más que, de la prueba que se evacuó precisamente en la audiencia de juicio, se llega a la conclusión determinando la existencia del tipo penal y su culpabilidad.

Al no haberse fundamentado el recurso de casación, solicita que se lo rechace y se confirme la sentencia subida en grado.

1.3.4 El casacionista, en su ejercicio de su derecho a la réplica, expone que:

a) Jamás se ha mencionado el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, sino el 5.3 de este cuerpo de leyes, norma que hace alusión a que la acusación particular no infiera en este medio de impugnación.

b) Con respecto a la fundamentación de la Fiscalía, una de las formas para arribar a la conclusión es la argumentación jurídica, la cual con base a preceptos legales debidamente establecidos y singularizados, da a entender que se habla de un fallo de Corte Provincial.

c) Se ha podido establecer que existen determinados yerros, además que no por existir una mala conducta esta no debe calificarse, la norma es clara e imperativa, y al ser requisito de esta, debe cumplirse como requisito para que sea válida.

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 el artículo 173, emitió la Resolución No. 209-2017, en la cual se 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.

2.1.2 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.

2.1.3 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.

2.1.4 Asimismo, el mencionado órgano emite 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.

2.1.5 La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, tiene competencia para conocer los recursos de casación y revisión y los demás que establezca la ley, en materia penal de conformidad con el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; así como los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituyen a los artículos 183 y 186, de la misma ley.

2.1.6 El Tribunal, se encuentra integrado por los señores doctores Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional ponente; por la señora doctora Sylvia Sánchez Insuasti, Jueza Nacional; y, por el señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez 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 emplear las normas vigentes al tiempo de inicio del proceso, que para el caso, 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 artículo 352 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.

2.4 Reflexiones sobre el recurso de casación.-

Nuestro sistema adjetivo penal, contempla la impugnación procesal[2] como principio rector,

[2] **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 cuto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos humanos y este Código"*

previsto como derecho por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2.h[3], y como garantía básica del derecho a la defensa en la Constitución de la República.[4]

Los recursos deben ser observados como actos del proceso cuyo propósito es procurar una mejor administración de justicia. Para analizar el recurso de casación, es necesario reconocer que su finalidad es defender el derecho objetivo; al respecto, el tratadista Fernando de la Rúa considera que la casación es un medio de impugnación extraordinario por el cual se somete el fallo a un tribunal superior, para correcciones jurídicas[5], es decir que, a través de este mecanismo se pretende la correcta aplicación de la ley, limitándose a la observación de los errores *in iudicando* y excluyendo la posibilidad de volver a valorar acervo probatorio.[6]

El recurso de casación, a criterio de Fabio Calderón Botero:

> *"(…) es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido (…)".*[7]

De lo citado, se puede evidenciar que la casación penal es un recurso extraordinario y formal, mediante el cual quien se considere agraviado por determinada sentencia, puede impugnar esta ante el máximo órgano de administración de justicia, a fin de que se analicen los errores de derecho en los que eventualmente podría incurrir el fallo que se recurra.

Bajo la misma línea argumentativa, la Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia N. 034-09-SEP-CC, caso N° 0422-09-EP, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 97, con fecha 29 de diciembre de 2009, afirma que el recurso de casación:

> *"(…) es un recurso extraordinario cuya finalidad es anular una sentencia judicial por fundamentarse en: una incorrecta interpretación o aplicación de la ley; o que ha sido dictada con un procedimiento que no cumple las solemnidades legales. Es un fallo de un Tribunal Superior de Justicia y por ello de mayor jerarquía. Su objetivo es obtener la aplicación correcta de la ley por los tribunales, como garantía de seguridad y certeza jurídica al unificar la interpretación de las leyes y crear jurisprudencia (…)"*

Conforme al desarrollo que se realiza al respecto de este medio de impugnación casacional, constatamos que la naturaleza jurídica del mismo es el enmendar los errores de derecho que ostente un fallo que ha sido objetado, lo cual se contrasta además con una de las obligaciones de todos los administradores de justicia, la cual es velar por el correcto curso del rito procesal en atención al cumplimiento de solemnidades.

Ahora bien, refiriéndonos con precisión a la función *nomofiláctica*, colegimos que necesariamente debe ser cumplida por el máximo organismo de la justicia ordinaria, por cuanto lo que busca es la correcta aplicación de la ley, la protección del sistema legal existente, la unificación de la jurisprudencia[8](*Ubi eadem ratio, ibi ídem ius)* y el respeto de las garantías de los intervinientes *(Ius litigatoris).*

El recurso de casación procede de las sentencias de segunda instancia cuando se ha violado la ley de acuerdo a los presupuestos previstos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal: 1) Por contravenir expresamente al texto de la norma

---

[3] *"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."*

[4] *"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."*

[5] De la Rúa, Fernando; *"La casación penal"*: Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina; (1994); pág. 23.

[6] El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 349, de manera expresa señala que para fundamentar el recurso de casación *"No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba".*

[7] Fabio Calderón Botero, Casación y Revisión en materia penal)Bogotá:

[8] Humberto Fernández Vega, La Casación en el Sistema Penal Acusatorio (Bogotá: Editorial Leyer), 28.

utilizada; 2) Por haberse hecho una indebida aplicación de ella, o 3) Por haberla interpretado erróneamente. De esta manera la casación solo podrá interponerse en observancia de las causales que en forma expresa señala el ordenamiento jurídico.

En nuestro sistema penal, ostenta esta calidad por la alta tecnicidad que posee, ya que quien lo incoa debe estar consciente de su naturaleza jurídica y las finalidades que éste persigue, siendo estas: a) La aplicación correcta del derecho en la expresión del imperio de la ley, en el marco de la función *nomofiláctica*; b) La uniformidad de la jurisprudencia, lo cual permite el accionar semejante de los jueces en circunstancias iguales y al emplear la hermenéutica jurídica; y, c) De proceder, rectificar el agravio que le fuere inferido a determinado sujeto procesal tras la corrección de los errores de derecho en los que haya incurrido el Tribunal de apelaciones.

La interposición del recurso de casación resulta una carga procesal para el impugnante quien, a más de establecer una de las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal, debe precisar el error judicial cometido por el Tribunal de apelación y exponerlo ante el Tribunal de Casación, para que pueda ejercer el control de legalidad sobre la sentencia impugnada, es decir que, el tecnicismo del recurso de casación conlleva a que el casacionista, en su argumentación, a más de enunciar el precepto legal que estima infringido, especifique en qué consiste el quebrantamiento de la ley en el fallo, y el modo en que ésta vulneración condujo a un error judicial que deba ser subsanado.

El recurso extraordinario de casación, en nuestro sistema tiene un carácter sumamente estricto y limitado, por cuanto para poder prosperar, requiere que se cumplan con determinados elementos de forma sistemática, mismos que revisten su naturaleza eminentemente técnica.

En primer término, debemos partir de la premisa de que no cualquier norma jurídica puede ser vulnerada, sino que la fundamentación del recurso debe ir encaminada a señalar las disposiciones que se ciñen al caso en concreto, es decir que el objetante únicamente debe hacer mención a aquellas que fueron o debieron ser aplicadas de forma singular en la sentencia incoada, lo cual se ajusta al parámetro de escogencia de la norma jurídica que ha sido vulnerada por parte del Tribunal de segunda instancia.

En segundo lugar, es preciso señalar que no cualquier causal de casación es aplicable a una vulneración legal, lo cual se concluye bajo el análisis de que el impugnante tiene el deber de llevar a cabo determinado ejercicio lógico, el mismo que busca enlazar las transgresión de determinada norma jurídica y la dimensión de vicio *in iudicando* en la cual se encasilla esta violación, por cuanto, es evidente que se debe hacer mención a alguna de las causales contenidas en el inciso primero del artículo 349 del Código Adjetivo Penal que como se mencionó *ut supra*-, siendo estas la contravención expresa, indebida aplicación y errónea interpretación del texto de la ley, las mismas que son autónomas y excluyentes la una de la otra, por ostentar su propia naturaleza jurídica compuesta por su especificidad, singularidad y tecnicidad, de acuerdo a las condiciones fijadas por la jurisprudencia y la doctrina.

En tercer y último momento, es imperativo afincar la conclusión de que no toda violación legal será casable, en mérito a que independientemente de que se haya individualizado tanto la norma jurídica vulnerada como el error de derecho en el cual presuntamente se subsume la mentada violación, el objetante tiene la obligación de señalar la incidencia de esta transgresión en la decisión sustancial de la causa a fin de logar de que efectivamente se case la sentencia que éste ataca , por cuanto su contribución puede resultar estéril e inocua, en consecuencia de lo cual el juzgador no tendría los elementos para cumplir con la finalidad máxima que persigue el recurrente; no obstante de los señalado, se debe tomar en consideración que nuestra legislación prevé la casación oficiosa, en los términos de lo que establece el artículo 358 del Código Procesal Penal[9] en su parte pertinente, donde claramente se le otorga la potestad al infrascrito Tribunal de que pese a que la fundamentación del casacionista sea errada, si se constata que se ha violado la ley en el fallo dictado por el *ad-quem*, el medio de impugnación extraordinario en mención será aceptado, *ergo* se enmendará el yerro en el que

[9] *"Art. 358.- (…) Si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada".*

se incurrió en segunda instancia, cumpliendo así con sus finalidades.

En virtud de las premisas previamente citadas, cabe enfatizar en que el recurrente tiene el deber de cumplir con los mentados elementos de forma secuencial, a fin de que su argumento se torne en válido, y de ser el caso, su procedencia sea declarada.

2.5 De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocadas por el recurrente.

El recurrente individualiza la sentencia impugnada, siendo una susceptible de ser incoada a través de este medio de impugnación, al haber sido dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, afirmando que existe:

- Contravención expresa e indebida aplicación de los artículos 5.3 y 119 del Código de Procedimiento Penal.
- Falta de aplicación del artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal.
- Indebida aplicación de los artículos 583 y 584 del Código Penal.

En tal virtud, corresponde entrar al análisis de los mencionados puntos, siendo así:

2.5.1 Análisis de los cargos esgrimidos.

2.5.1.1) Contravención expresa e indebida aplicación de los artículos 5.3 y 119 del Código de Procedimiento Penal

El casacionista, individualiza dos normas jurídicas que presume vulneradas por parte de la labor jurisdiccional del *ad-quem* al emitir su sentencia por escrito; estas disposiciones, a su decir, son las contenidas en el artículo 5.3 y 119 del Código Adjetivo Penal[10]; no obstante, vale advertir que el artículo "5.3" *ibídem*, toda vez que la disposición contenida en el artículo 5[11] hace referencia a la prohibición de doble juzgamiento, y se encuentra configurada tan sólo por un inciso, mas no por ningún otro ni mucho menos numeral alguno.

Con respecto a la vulneración del artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, el encartado la subsume en la vigencia de dos de las modalidades de error de derecho contenidas en el inciso primero del artículo 349 *ejusdem*, siendo estas la contravención expresa del texto de la ley y su indebida aplicación.

Ahora bien, a fin de dar contestación a esta alegación, es preciso desentrañar la esencia de estos yerros intelectivos, siendo así, es preciso tomar en criterio del jurista Luis Cueva Carrión, quien en cuanto a la contravención expresa del texto de la ley, manifiesta que:

> *"(…) se produce cuando en forma franca y directa se quebranta el precepto legal: no aplicándola, aplicándola solamente en parte o aplicando una norma no vigente (…) En forma expresa, se puede violar la ley, por acción o por omisión (…) Se viola la ley por acción cuando el juez aplica una norma que perdió vigencia o cuando, en su imaginación, crea una y le da vida jurídica aplicándola al caso que juzga (…) Se viola la ley por omisión cuando el juez no aplica la norma jurídica o cuando la aplica solamente en parte "*[12]

En mérito de lo expuesto, esta causal implica que el juzgador de segunda instancia ha incurrido en alguna de las siguientes cuestiones:

a) No aplicar una norma jurídica que debe ser empleada al caso en concreto, en su totalidad o de forma parcial, sin que esto implique que en su lugar ha utilizado otra distinta o que se le ha otorgado otro alcance distinto al de su génesis.

---

[10] *"Art. 119.-Recepción.-* La prueba testimonial se recibirá en la etapa del juicio ante el tribunal de garantías penales.
Las partes informativas, informes periciales, versiones de los testigos y cualquier declaración anterior se podrá usar en el juicio con los únicos objetivos de refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que sustituya al testimonio; no serán admitidos como prueba.
Como excepción, los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de personas enfermas, personas que van a salir del país, de las víctimas de la violencia sexual y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa de juicio.
Estos testimonios surtirán eficacia probatoria en la etapa de juicio. Se practicarán en una diligencia que se llevará a efecto con presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respecto a similares garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio.
Los testimonios que se rindan ante el Tribunal serán grabados y las grabaciones se agregarán al acta de la audiencia."

[11] *"Art. 5.- Único proceso.- Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho".*

[12] Luis Cueva Carrión, La Casación en Materia Penal, Tomo III, Quito, 1995, p. 185.

b) Aplica una norma jurídica cuando no corresponde a su existencia, validez o aplicabilidad.

Además, al señalársela, deben explicarse los argumentos por los cuales considera que esta vulneración se produce, teniendo la obligación de manifestar cómo ha influido en la decisión sustancial de la causa.

Por otra parte, con respecto a la indebida aplicación de la ley, nos servimos de lo esgrimido por el maestro Orlando Rodríguez, quien considera:

> *"(…) el juez, al proferir la sentencia, la funda en una norma que no es la aplicable al caso, dejando de aplicar la que corresponde; de manera que el error recae en la adecuación de la norma a un caso concreto; (…) Esto acarrea la inaplicación de la norma sustancial que corresponde realmente (…) en otras palabras: el sentenciador realiza una falsa adecuación de los hechos probados a los presupuestos que contempla el dispositivo legal y deja de lado el precepto que está llamado a ser aplicado. Es un "error de adecuación, de selección", y se produce cuando la norma aplicada, que tiene validez jurídica, no regula, no recoge los hechos probados y juzgados, cuando estos no se adecuan ni corresponden a ella (…)"*[13]

Por lo referido, esta dimensión de error de derecho implica que el juzgador ha aplicado una norma jurídica que no correspondía al caso, dejando de emplear una que efectivamente debía ser utilizada, lo que dota al impugnante de la obligación de expresar este silogismo jurídico, como una expresión de la proposición jurídica completa que requiere este yerro para encontrarse fundamentado, ahondado por un razonamiento de mérito y sustento en su influencia en la decisión de la causa.

En consecuencia, es preciso advertir que, en la especie, no es acertado indicar que una norma jurídica ha sido contravenida de forma expresa e indebidamente aplicada, pues escapa de una dimensión de entendimiento lógica la premisa que sugiere que una disposición no ha sido aplicada y -a la vez- ha sido empleada de forma indebida, toda vez que esto es contradictorio, por cuanto no puede mezclarse el argumento de falta de aplicación y de falsa aplicación.

Una característica que ostentan en común las causales de casación, es que por su propia construcción jurídica y carga argumentativa que requieren, al ser antagónicas entre sí, son independientes y excluyentes la una de la otra, conforme reza el principio de no contradicción, que debe respetarse en esta sede, para que exista coherencia en su propuesta.

Al respecto de este presupuesto, la renombrada autora Raquel J. Ramírez Bastidas, sostiene que:

> "(…) Exige que las propuestas excluyentes tanto en su naturaleza como en sus efectos no pueden ser formuladas en una misma censura porque la demanda pierde coherencia y comprensión al afirmarse que algo es y no es a la vez"[14]

De lo considerado, es preciso advertir que el reproche de contravención expresa e indebida aplicación del artículo 119 del Código Adjetivo Penal, es promiscuo, por devenir en contradictorio, lo que lo torna en improcedente.

2.5.1.2) Falta de aplicación del artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal.

El censor, sostiene que se ha transgredido el artículo 309.6 del Código Adjetivo Penal[15], por afirmar que existe "falta de aplicación" de esta norma jurídica, la cual a simple vista no se encasilla en ninguna de las modalidades de error de derecho constantes de forma taxativa en el inciso primero del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, partiendo con conciencia plena al respecto de que las normas procesales deben interpretarse de manera que no restrinjan derechos ni menoscaben garantías, de conformidad con lo contenido en el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial[16], vale decir, acorde a la efectividad de los derechos fundamentales, cuyo

[13] Orlando Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 239.

[14] Raquel J. Ramírez Bastidas, Elementos del Sistema Penal Acusatorio, Editorial Leyer, Bogotá, 2010. P. 263.

[15] "Art. 309.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia reducida a escrito, deberá contener: (…) 6. La existencia o no de una indebida actuación por parte del fiscal o defensor. En tal caso se notificará con la sentencia al Consejo de la Judicatura para el trámite correspondiente.(…).

[16] *"Art. 29.- 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 y material.*

objetivo se logrará a través de una lectura integral que esté a tono con el nuevo modelo de Estado, lo cual guarda relación con lo estatuido en el artículo 11.4 de la Constitución de la República del Ecuador.[17]

En tal virtud, cuando se alega un error de derecho, este reproche no debe responder a la literalidad de los términos previstos en el ordenamiento jurídico, sino estrictamente a su contenido, sin que debamos entender que no se ha decantado por un yerro intelectivo cuando con este fin ha empleado términos símiles, como en efecto sucede en la causa *sub júdice* cuando se invoca "falta de aplicación" de determinada disposición, para referir que las mismas no fueron aplicadas al caso en concreto, por lo cual esta expresión deviene en análoga a la dimensión de vicio *in iudicando* de contravención expresa del texto de la ley.

A fin de dar soporte a este cargo casacional, el encartado afirma que en el fallo dictado por la Corte de apelaciones, no se calificó de debida o indebida la actuación de quien ejerce el rol la acusación (pública o particular) o de la defensa, cuestión que efectivamente se configura, pues de la revisión de la sentencia dictada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, de fecha 28 de noviembre de 2018, las 14h36, no se constata que los juzgadores hayan hecho mención a este requisito de la sentencia.

La mencionada omisión, por incumplir con uno de los parámetros que requiere el fallo, al menos a priori se encuadraría en la vigencia del artículo 330.2 del Código Adjetivo Penal[18], lo cual facultaría a que se dicte la nulidad procesal hasta el momento en que se produjo este vicio, con costas a quien la haya ocasionado, sin embargo, por expreso mandato de lo que estatuye el artículo 331 en su parte pertinente[19], para que opere esta declaratoria, la causa que la provoque debe tener influencia en la decisión del proceso, y en la especie, esto no se configura, toda vez que el no haber calificado de debida o indebida la actuación de la Fiscalía, acusación particular, y de la defensa, no influye en lo absoluto en el fondo de la causa.

Por tal virtud, es imperativo declarar improcedente el medio de impugnación incoado en cuanto a este cargo, toda vez que no se transparenta el efecto jurídico que se persigue al alegar la inobservancia de uno de los requisitos de la sentencia, constante en el artículo 309.6 del Código Adjetivo Penal.

2.5.1.3) Indebida aplicación de los artículos 583 y 584 del Código Penal.

En la especie, el casacionista sostiene que se han violado los artículos 583[20] y 584 del Código Penal[21], y considera que estas transgresiones se encasillan en la modalidad de error de derecho de indebida aplicación del texto de la ley, por lo que, contaba con la obligación preponderante de estatuir la proposición jurídica completa que requiere este yerro intelectivo, es decir, no sólo indicar aquellas normas jurídicas que presume mal empleadas, sino las que debían ser empleadas, acompañado de su debida reflexión.

Del estudio de los puntos vertidos por el encartado, no se ha visto reflejado el cumplimiento de este imperativo, pues de forma sumamente genérica se ha precisado que existe indebida aplicación de las mentadas disposiciones, por cuanto, la prueba no

---

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manea 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".

17 *"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*
(…) 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales".

18 *"Art. 330.- Causas de nulidad.- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos (…)2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; (…)"*

19 **Art. 331.- Declaración de nulidad.-** Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que, se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado.
Sin embargo se declara la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviere influencia en la decisión del proceso."

20 *"Art. 583.- Es usuario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por ley, y otras ventajas usurarias."*

21 **"Art. 584.-** Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se dedicare a préstamos usuarios.

ha llegado a nutrir la decisión a la cual se llegó en segundo nivel, pero sin dar mayores argumentos de mérito al respecto, lo cual torna en improcedente a esta alegación.

Consideramos pertinente hacer mención a lo considerado por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos, que en su sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018, las 14h36, en la parte pertinente del considerando "OCTAVO: ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA", estatuye lo siguiente:

"(…) el testimonio del ofendido esta robustecido por los testimonios de Gloria Marina Morejón Santamaría y Jenny Mercedes Paredes Valdiviezo, en el caso de la última de las nombradas su testimonio propio tiene valor probatorio en razón de que está demostrada la existencia material de la infracción ya que el interés estipulado en la cámbialo girada el 17 de diciembre del año 2010, por la cantidad de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL DOLARES (%135.000,00) con el interés del 12 % anual, a favor del señor Jorge Camacho Ledesma y aceptada por el ciudadano Luis Enrique Montezuma, con fecha de vencimiento al 17 de marzo del año 2012; supera la tasa de interés fijada por el Banco Central del Ecuador que es 9.54% referencial y máxima de 10.21 % anual para diciembre del año 2010. (…) la materialidad de la infracción se ha justificado conforme a derecho con las pruebas documentales presentadas en la etapa de juicio tales como.- Copia de la letra aceptada por el señor Luis Enrique Montezuma a favor del señor Ángel Jorge Camacho Ledesma por el valor de $135.00,oo; con el interés del 12 % anual, adjunta a la demanda ejecutiva presentada por el señor Camacho Ledesma en el juzgado sexto de lo civil de Babahoyo. Copia del oficio remitido por la secretaria de la Intendencia de Bancos y Seguros, de fecha 5 de mayo del 2014, haciendo conocer que la Superintendencia de Bancos no autoriza al señor Ángel Jorge Camacho Ledesma par que realice operaciones de préstamos. Oficio remitido por el Servicio de Rentas Internas, que determina que Camacho Ledesma Ángel Jorge (…) se encuentra autogenerado bajo número (…) en estado de SUSPENSION depurado por parte del SRI) desde el 13 de septiembre del 2006. Las declaraciones de impuesto a la renta no registran como presentadas. Oficio de 7 de mayo del 2014 del Banco Central en el cual se determina la tasa de intereses vigentes en diciembre del año 2010 para el segmento productivo empresarial máximo es de 10.21% anual. Sumadas las copias de otras letras de cambio aceptadas por el acusador particular a favor del procesado Camacho Ledesma, así como las copias de los procesos ejecutivos seguidos por el señor Camacho Ledesma en contra de otras personas; y, con el testimonio del perito Nixon Camacho Yaguana, quien realiza el reconocimiento de los hechos [sic] domicilio del procesado (…) En cuanto a la responsabilidad del procesado (…) es preciso en base a la prueba examinada analizar, si la conducta observada por el procesado Ángel Jorge Camacho Ledesma, que se manifiesta tanto en su fuero interno así como en el mundo exterior al materializarse en un resultado, se encasilla en el tipo penal acusado, y si esa conducta es típica, antijurídica y culpable. Hemos de convenir que el acto atribuido al acusado con la prueba presentada en el juicio reúne todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal (USURA) (…) en el caso que nos ocupa y analizada la prueba de cargo a la luz de la sana crítica hemos de convenir que la Fiscalía General del Estado cuanto la Acusación Particular, han demostrado los elementos constitutivos del tipo penal de USURA, contenidos en los Arts. 583 y 584 del código penal, esto es que el señor ´Ángel Jorge Camacho Ledesma, de manera continua ha venido concediendo prestamos de dinero al señor Luis Enrique Montezuma Velasco, con interés superior al establecido por el Banco Central del Ecuador, consecuentemente enriqueciéndose de manera injusta, por medio del aprovechamiento de préstamos de dinero; ya que viene siendo de sentido común arribar a dicha conclusión, pues lo contrario sería sostener que el señor Ángel Jorge Camacho Ledesma simplemente por afecto, solidaridad, o por filántropo pueda conceder tal alta cantidad de dinero ($135.000,oo) simplemente haciéndose garantizar con una letra de cambio, obviamente debe haber existido un interés (aprovechamiento del préstamo para enriquecerse), que encierra obviamente este tipo de conductas, consideramos que efectivamente dentro del proceso existe abundante prueba documental constituida con documentos públicos y privados (…) prueba analizada y valorada por el

Tribunal de Alzada, por la calidad de los documentos y en relación con las demás pruebas que obran del proceso. La prueba testimonial consistente en los testimonios del ofendido Luis Enrique Montezuma Velasco, sumados lo de Edwin Manuel Villacís López, Agente Investigador, de Gloria Marina Morejón Santamaría, de Jenny Mercedes Paredes Valdivieso, que son concordantes con el testimonio de la víctima (…) Entonces la conducta observada por el acusador Ángel Jorge Camacho Ledesma, como hemos venido sosteniendo se encasilla en el tipo penal de USURA, y que además es antijurídica porque lesiona el bien jurídico protegido como es la propiedad privada garantizada en la Constitución de la República Arts.66.26 y 321; y, es culpable porque se ha demostrado que actuó con conciencia y voluntad y conocimiento de la antijuridicidad de su conducta (…)"[22]

Del análisis del fallo incoado, es preciso concluir que, sobre la base del estudio del acervo probatorio, en correlación con el escenario fáctico y jurídico, han llegado a la conclusión de que se encuentra comprobada tanto la materialidad de la infracción del delito de usura, tipificado y sancionado en los artículos 583 y 584 del Código Penal, así como la responsabilidad del procesado Ángel Jorge Camacho Ledesma, por lo cual no se ha constatado vulneración alguna a las mentadas disposiciones jurídicas. En consecuencia, tras ser rechazado el petitorio del recurrente, y por no encontrar mérito alguno para casar de oficio el fallo objetado, por no requerir de nomofilaxis al no constatarse violación a ninguna disposición constitucional o legal, se arriba a lo siguiente:

DECISIÓN

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 el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación propuesto por el acusador particular **René Oswaldo Vásconez Solís**, conforme lo expuesto en la parte motiva del fallo.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso al tribunal de origen para la ejecución de la resolución.-

f) Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUEZA NACIONAL; y, Dr. Marco Rodríguez Ruis, JUEZ NACIONAL.

[22] Cfr. Cuaderno de Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos. Fs. 163 a 165.

VI

Juicio Nro. *09288-2017-00614*
Resolución Nro. *963-2019*
Fecha: *martes 11 de junio del 2019, las 16h10*

TEMA: Cuando se ha condenado de conformidad con el criterio jurisprudencial determinado en la derogada Resolución 12-2015 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, y si las circunstancias fácticas de la causa así lo permiten, cabe que posteriormente el Tribunal de alzada, aplique la Resolución 02-2019 dictada por la citada corporación, puesto que le resulta más favorable al procesado, debiendo imponerse una pena privativa de libertad más benigna.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Milagro, provincia de Guayas, a través de sentencia de 17 de abril de 2018, las 15h41, dictó condena en contra de XXX, declarándolo autor directo del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el articulo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole una pena privativa de libertad de seis años, una multa de 10 salarios básicos unificados del trabajador en general, la pérdida de sus derechos de participación y disponiendo la destrucción de la droga incautada. El Juez argumentó en su sentencia que existían elementos de convicción suficientes en calidad de prueba, que aseguran la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 640, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal. La conducta demostrada en el momento exacto de su aprehensión; primero por encontrase en la vía pública en plena zona céntrica de la ciudad, otro elemento es que fue visto a través de las cámaras del Ecu-911 expendiendo las sustancias encontradas en su poder, el tercer elemento es que debido a la alerta del Ecu-911 acuden los agentes aprehensores a las calles Escobedo y Letamendi y efectivamente logran encontrar en su poder las sustancias sujetas a fiscalización. Motivo por el cual no se lo puede eximir de responsabilidad al consumidor, ya que además de atentar contra su salud también afecta la salud de los demás moradores de su entorno social y en si del pueblo ecuatoriano. En conclusión, más allá de entender que la tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente no sean punibles, en el presente caso la conducta del justiciable rebasó los límites de lo permitido ya que dichas sustancias encontradas en su poder(base de cocaína y marihuana) estaban en exceso y además no estaban destinadas para su uso o consumo personal. El procesado, al no estar conforme con la decisión adoptada, interpuso recurso ordinario de apelación de la sentencia de primer nivel.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

La Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, mediante fallo de 20 de agosto de 2018, las 14h03, resolvió rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia impugnada en todas sus partes, ya que de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución Nº. 12-2015, emitida por la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N°. 592 de fecha 22 de septiembre del 2015, que

señala:" al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el COIP, articulo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad...";
la Sala considera que al procesado se lo detuvo en posesión de dos sustancias sujetas a fiscalización(marihuana y base de cocaína), y que la sanción que le corresponde es la pena privativa de libertad" acumulada", como así lo ha juzgado el señor Juez a-quo. En desacuerdo con el fallo del tribunal de alzada, por considerar que el mismo ha sido dictado sobre la base de errores de derecho, el procesado presenta recurso extraordinario de casación contra aquel.

SÍNTESIS CASACIÓN

A través de auto de 16 de enero de 2019, las 08h36, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, admitió parcialmente a trámite el recurso de casación interpuesto por XXX, únicamente por el cargo de errónea interpretación del articulo 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal. De los recaudos procesales se tiene que la infracción fue cometida el 04 de agosto de 2017, fecha en la cual se encontraba vigente la resolución No. 12-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la cual contenía el precedente jurisprudencial obligatorio que establecía que:" Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220. 1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.", mismo que ha sido considerado y aplicado por los Tribunales de instancia en sus respectivos fallos. El 06 de febrero de 2019, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resolvió a través de resolución No. 02-2019, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 454 de 26 de marzo de 2019, lo siguiente: " Artículo 1.- Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho:" En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, 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 sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal. Artículo 2.- Como consecuencia de lo anterior, se deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 12-2015, expedida el 17 de septiembre de 2015 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 593 de 22 de septiembre de 2015";por ello, en aplicación del principio de favorabilidad, al haber variado de manera beneficiosa para el procesado la punición del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se debe utilizar el nuevo precedente jurisprudencial obligatorio. Por las consideraciones expuestas, 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: 1) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por XXX, por no haber justificado la errónea interpretación del articulo

220.1.b) ibídem en la sentencia recurrida. 2) De conformidad con los artículos 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador y 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, se aplica a favor del recurrente el precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 02-2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por ser más beneficioso para aquel, imponiéndole consiguientemente la pena privativa de libertad de tres años.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09288-2017-00614

Juez Ponente: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, martes 11 de junio del 2019, las 16h10.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

La Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Milagro, provincia de Guayas, a través de sentencia de 17 de abril de 2018, las 15h41, dentro del proceso penal No. 09288-2017-00614, dictó condena en contra de ÓSCAR DARWIN APONTE SABANDO, declarándolo autor directo del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado y sancionado en el Art. 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole una pena privativa de libertad de seis años, una multa de 10 salarios básicos unificados del trabajador en general, la pérdida de sus derechos de participación y disponiendo la destrucción de la droga incautada.

El procesado, al no estar conforme con la decisión adoptada, interpuso recurso ordinario de apelación de la sentencia de primer nivel. La Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, mediante fallo de 20 de agosto de 2018, las 14h03, resolvió rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia impugnada en todas sus partes. Óscar Darwin Aponte Sabando, en desacuerdo con el fallo del tribunal de alzada, por considerar que el mismo ha sido dictado sobre la base de errores de derecho, presenta recurso extraordinario de casación contra aquel.

A través de auto de 16 de enero de 2019, las 08h36, el Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, integrado por los Jueces Nacionales: Dr. Iván Saquicela Rodas (Ponente), Dr. Luis Enríquez Villacrés y Dr. Edgar Flores Mier, admitió parcialmente a trámite el recurso de casación interpuesto por Óscar Darwin Aponte Sabando, únicamente por el cargo de errónea interpretación del Art. 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal. Por medio de auto de 22 de marzo de 2019, las 11h24, se convocó a audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación de recurso de casación, la misma que se desarrolló el día martes 02 de abril de 2019 a partir de las 11h00.

II. 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, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, conforme con el artículo 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, 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. 411 de 08 de enero de 2015, y No. 209-2017 de 20 de noviembre de 2017, publicada en Registro Oficial No. 149 de 28 de diciembre 2017, el Pleno de Consejo de la Judicatura resolvió designar a siete (7) Jueces

para la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus atribuciones, mediante la resolución No. 01-2018 de 26 de enero de 2018, publicada en el Registro Oficial No. 202 de 16 de marzo de 2018, resolvió estructurar las seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, quedando conformada la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, por las juezas y jueces: Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, Dr. Iván Saquicela Rodas, Dra. Daniella Camacho Herold, Dr. Marco Rodríguez Ruiz y Dr. Edgar Flores Mier.

En el caso que nos ocupa, de conformidad con el acta de sorteo electrónico realizado el 26 de octubre de 2018, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el presente Tribunal de Casación se encuentra integrado por los señores Jueces Nacionales: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Dr. Luis Manaces Enríquez Villacrés y Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier.

III. VALIDEZ PROCESAL

Una vez revisado el trámite seguido en el presente recurso de casación no se observa vicio u omisión de solemnidad alguna que pudieran acarrear su nulidad, ha sido debidamente tramitado de conformidad con lo que establece el artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal y se ha aplicado lo determinado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado.

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.1. Fundamentación del recurso de casación por parte de Óscar Darwin Aponte Sabando.-

El recurrente plantea que la errónea interpretación del Art. 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal se produce en el numeral sexto de la sentencia refutada e indica que éste se ocasiona en virtud de que, a pesar de que se selecciona la norma correcta, se dejan de considerar determinados elementos que son necesarios para resolver el caso, puntualizando que el verbo rector del delito por el cual se lo ha sancionado corresponde a "tener", es decir, a la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan. Óscar Darwin Aponte Sabando continua señalando que el yerro se ocasiona debido a que el Tribunal de segundo nivel en su razonamiento no toma en consideración lo establecido en el Art. 364 de la Constitución de la República del Ecuador, relativo a que las adicciones son un problema de salud pública y que no puede criminalizarse a una persona que se encuentra en tal situación, ya que en el examen psicosomático realizado al procesado, sobre el cual se alcanzó un acuerdo probatorio con Fiscalía, se determinó que aquel se encontraba en estado de abstinencia. Asimismo, el recurrente agrega que este criterio ya habría sido considerado por esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en el caso signado con el No. 17721-2014-0197, seguido en contra de Daniel Lennstron Naranjo.

Por otra parte, el impugnante refiere que no se le encontró ningún tipo de valor que pueda significar que realizaba algún tipo de expendio o micro tráfico, que por el contrario se trata de una persona problemática que consume desde los 15 años, e incluso habría indicado los montos que gastó ese día en las sustancias por las cuales fue detenido.

Finalmente, el casacionista solicita que se tome en consideración la resolución No. 02-2019 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante la cual se deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio aprobado a través de la resolución No. 12-2015, en virtud de la cual, aplicando el principio de favorabilidad, reconocido en el Código Orgánico Integral Penal, y en caso de que no se acepte su recurso de casación, se lo sancione por la conducta más grave.

4.2. Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado.-

Fiscalía General del Estado menciona que la norma jurídica que se estimaría infringida por el procesado es la que corresponde al caso y por lo tanto no existiría el yerro. Adicionalmente, sobre el examen psicosomático referido por el recurrente el delegado del Ministerio Público señala que en el mismo no se indica que la cantidad que se encontró en posesión del procesado era para consumo inmediato, y que al haber sido sometido a un acuerdo probatorio entre los sujetos procesales, se aceptó sus términos por parte del hoy recurrente. Finalmente, Fiscalía coincide con el impugnante en que debe ser aplicado el precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 02-2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, empero, solicita que sea rechazado por improcedente su recurso de casación al no haber sido fundamentado.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR, Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

5.1. La impugnación y el derecho a recurrir:

La impugnación puede ser definida, como aquel derecho abstracto con el que cuentan las partes procesales para contradecir o refutar una decisión judicial, con la cual no se encuentran 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).

Valentín Héctor Lorences al respecto señala: "[…] la vía impugnativa importa una actividad expresa y voluntaria de la parte afectada por una resolución judicial que, dentro de ese mismo proceso, planteada en forma oportuna, tiene como pretensión una nueva resolución -del mismo órgano de jurisdicción o de un superior jerárquico- rectifique, modifique total o parcialmente, amplíe o directamente anule la resolución que ha colocado crisis." (LORENCES Valentín. *Recursos en el Proceso Penal*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2007, pág. 25). 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.

5.1.1. Fundamentos del derecho de impugnación:

El fundamento del derecho de impugnación se encuentra regido por las siguientes consideraciones: a) se concibe al mismo como una prerrogativa de las partes a refutar una resolución objetivamente errónea, es decir, la facultad de cuestionar la posible falibilidad del juez; b) 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).

5.2. 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, 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.)

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

Como se dejó indicado al revisar los antecedentes de la causa, a través de auto de 16 de enero de 2019, las 08h36, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, admitió a trámite parcialmente el recurso interpuesto por Óscar Darwin Aponte Sabando, únicamente por el cargo de errónea interpretación del Art. 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal. Habiendo sido aceptada a trámite esta alegación, por cumplir con todos los requisitos de fundamentación para el efecto, estos son: señalar una disposición vulnerada, encuadrar la violación en una de las modalidades del Art. 656 ibídem y desarrollar una argumentación jurídica que dote de soporte al mismo; el recurrente se encontraba obligado a realizar la sustentación de aquel en audiencia, consistente en replicar las razones que había deducido en su escrito contentivo del medio de impugnación. Acerca de la causal seleccionada por el impugnante, esto es, la errónea interpretación, se ha expuesto: "*En esta clase de error se elige la norma adecuada al caso concreto, pero se yerra en su interpretación al darle al precepto un sentido jurídico o alcance que no tiene, o se le atribuyen consecuencias extrañas a su contenido […]".* (FERNÁNDEZ VEGA Humberto. *El Recurso Extraordinario de Casación Penal*. Editorial Leyer. Bogotá, D. C., 2002, pág. 143)

La norma jurídica que el casacionista considera infringida es la contenida en el Art. 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal:

"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."

La argumentación jurídica alrededor de un cargo que contiene como motivo de casación la errónea interpretación, implica el señalamiento por parte del recurrente del sentido equivocado que se otorga a la disposición correctamente escogida y del

alcance adecuado que a juicio del impugnante se debió haber dado a la norma jurídica, aspectos que no se evidencian de la fundamentación del recurso realizada por el impugnante.

El casacionista determina la parte de la sentencia en la que se encontraría el error de derecho y su sustentación se centra en que no se habría considerado para resolver lo establecido en el Art. 364 de la Constitución de la República del Ecuador, que reza: "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.", relacionándolo con que el tipo penal por el que se lo sanciona se produce bajo el verbo rector de "tenencia" de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, y que el examen psicosomático realizado sobre su persona concluiría que aquel se encontraba en estado abstinencia. A lo anterior el casacionista agrega que no se le encontró ningún tipo de valor que pueda significar que realizaba algún tipo de expendio o micro tráfico, que por el contrario se trata de una persona problemática que consume desde los 15 años, e incluso habría indicado los montos que gastó ese día en las sustancias por las cuales fue detenido.

Todo lo anterior lleva al procesado a la determinación de que se trataría de una persona que estaba en posesión o tenencia de sustancias estupefacientes para su consumo personal y cuya conducta no debería ser criminalizada, según se encuentra garantizado en la norma constitucional citada, siendo que este criterio incluso ya ha sido acogido por esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en un caso similar.

Con los argumentos expresados por el procesado, aquel no evidencia la presencia de ningún problema jurídico en el fallo reprochado, esto es, no logra explicar cuál fue el sentido errado que se le dio a la disposición correctamente aplicada y contenida en el Art. 220.1.b) del Código Orgánico Integral Penal, ya que su conclusión parte de volver a valorar el examen psicosomático y su testimonio, y realizar una nueva revisión de los hechos, actividad que está vedada a este Tribunal de Casación, por no ser objeto de estudio de este medio de impugnación técnico, extraordinario y limitado, y por no ser parte de la esfera de competencia de este órgano jurisdiccional, por disposición expresa del inciso segundo del Art. 656 ibídem.

De esta manera, aunque las expresiones de Óscar Darwin Aponte Sabando no se vinculan con el vicio alegado, estas tan solo pueden ser demostradas a través de una nueva revisión de los hechos y análisis de la prueba, conducta que como se explicó no puede ser emprendida en casación. Sobre el objeto del recurso de casación se ha expuesto:

"La casación no es una tercera instancia de plena justicia en la cual resulte procedente la continuación del debate jurídico y probatorio llevado a cabo en el curso del proceso. Es una sede única que parte del supuesto que el juicio ha fenecido con al proferirse el fallo de segundo grado, en la cual el ejercicio del derecho a impugnar debe orientarse a demostrar que la declaración judicial del derecho material se apartó de la voluntad de la ley." (FIERRO-MÉNDEZ Heliodoro. *Casación y Revisión Penal, Requisitos de lógica y debida fundamentación*. Leyer Editores. Bogotá, D.C., 2018, pág. 111).

Por otra parte, el razonamiento esgrimido por el recurrente es contradictorio, ya que por un lado afirma que la norma interpretada de forma errónea es la correctamente utilizada, es decir, que su conducta se subsumiría al tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, mientras que por otro, alude que la misma no debería ser criminalizada, esto es, que no se debería aplicar dicha disposición, por lo cual, por esta razón adicional su argumentación no logra justificar el cargo propuesto. El impugnante ha solicitado, que de ser rechazado su recurso de casación, sea considerada para resolver la resolución No. 02-2019 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante la cual se deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio aprobado a través de la resolución No. 12-2015, en virtud del principio de favorabilidad, pedido con el que ha coincidido Fiscalía General del Estado. De los recaudos procesales se tiene que la infracción fue cometida el 04 de agosto de 2017, fecha en la cual se encontraba vigente la resolución No. 12-2015 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la cual contenía el precedente jurisprudencial obligatorio que establecía que: "Al tratarse de las descripciones

típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.", mismo que ha sido considerado y aplicado por los Tribunales de instancia en sus respectivos fallos. El 06 de febrero de 2019, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resolvió a través de resolución No. 02-2019, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 454 de 26 de marzo de 2019, lo siguiente: "Artículo 1.- Declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho: En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, 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 sancionada en el tipo penal, conforme el principio de absorción que rige este modelo concursal Artículo 2.- Como consecuencia de lo anterior, se deja sin efecto el precedente jurisprudencial obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución 12-2015, expedida el 17 de septiembre de 2015 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 593 de 22 de septiembre de 2015, que establecía: "Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal"; por lo que, en aplicación del principio de favorabilidad, al haber variado de manera beneficiosa para el procesado la punición del tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, se debe utilizar el nuevo precedente jurisprudencial obligatorio. El Art. 76.5 de la Constitución de la República determina: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:" […] 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora." En esa misma línea, el Art. 5.2 del Código Orgánico Integral Penal establece: "Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: […] 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción." En el presente caso se han establecido como hechos probados que Óscar Darwin Aponte Sabando se encontraba en tenencia de 74 gramos netos de marihuana y 06 gramos netos de base de cocaína, por lo que, los Tribunales de instancia, en aplicación del precedente jurisprudencial declarado mediante resolución 12-2015 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, al determinarse que el procesado tenía bajo su posesión sustancias estupefacientes distintas, se lo sancionó con la pena privativa de libertad acumulada de seis años, correspondiente a la sumatoria por la tenencia de cada una de aquellas, al considerarse como dos delitos autónomos e independientes, reprimido cada uno con tres años. El precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 02-2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia deja sin efecto el referido ut supra, y determina que en los casos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, cuando la conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, descripción que encaja con los actos desarrollados por Óscar Darwin Aponte Sabando, se deberá aplicar el concurso ideal de delitos, por lo que se punirá tan solo la conducta más severamente sancionada por el tipo penal; por lo tanto, acudiendo a lo determinado en este precedente jurisprudencial obligatorio,

se sanciona Óscar Darwin Aponte Sabando con la pena privativa de libertad de tres años.

VII. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, de conformidad con el artículo 657 numeral quinto del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad resuelve:

1) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por ÓSCAR DARWIN APONTE SABANDO, por no haber justificado la errónea interpretación del Art. 220.1.b) ibídem en la sentencia recurrida.

2) De conformidad con los artículos 76.5 de la Constitución de la República del Ecuador y 5.2 del Código Orgánico Integral Penal, se aplica a favor del recurrente el precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la resolución No. 02-2019 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, por ser más beneficioso para aquel, imponiéndole consiguientemente la pena privativa de libertad de tres años.

3) Remítase el proceso al inferior para que ejecute la sentencia.- **Notifíquese, devuélvase y publíquese**.-

f) Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Luis Manaces Enríquez Villacrés, JUEZ NACIONAL; Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier, JUEZ NACIONAL.

VII

Juicio Nro. *01283-2015-0878*
Resolución Nro. *970-2019*
Fecha: *13 de junio de 2019, las 10h58*

TEMA: El Tribunal de Revisión, en su resolución no solo debe limitarse a declarar el error de hecho en la sentencia condenatoria, sino a fijar lo que los elementos han arrojado como los hechos más cercanos a la verdad histórica,reivindicándola, pues ese es precisamente el objetivo del recurso de revisión.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La Jueza de la Unidad Judicial Penal de la ciudad Cuenca, provincia del Azuay, en sentencia de 11 de septiembre de 2015, las 15h56, declaró a XXX autor y responsable del delito de muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan tipificado y sancionado en el artículo 376 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de doce años, multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general y ordenó la reparación integral a favor de los acusadores particulares.

Según la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal a quo, los razonamientos que motivaron la condena en su contra, se contienen en lo siguiente: En la especie, se evidencian todos los elementos del injusto penal culposo, por cuanto es un ACTO, que en el derecho penal, se presenta a través de la modalidad de acción u omisión, por realizar lo que está prohibido por la ley o incumplir el deber de obrar en determinada forma. En el caso que nos ocupa, se sanciona el incumplir el deber de cuidado para evitar que su acto cause daño a las personas o bienes. Asimismo, la conducta penalmente relevante, cumple las condiciones de antijuridicidad, pues ha puesto en peligro en unos casos, y ha lesionado en otros, bienes jurídicos protegidos a saber, la integridad y la vida. Finalmente se adecua a la hipótesis prevista en la ley, como delito culposo de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 376 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal. Al ser un delito culposo, se refiere a la culpa cuyo alcance y concepto se encuentra plasmado en el artículo 27 del COIP que señala:" Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código". Concepto que alcanza su mejor comprensión en lo que hace relación a los sucesos de tránsito, puesto que las infracciones de tránsito son de esencia culposa, hacen relación a un delito de imprudencia, en la que su autor no obra con malicia o dolo, sin embargo se verifican por la falta de cuidado o precaución que deriva en negligencia

e imprudencia, produciéndose el hecho eventual, que se origina en un error en la circulación, en la que intervienen seres humanos sin que medie su intención, pero con culpa. Por lo expuesto, la jueza con todo lo actuado, tiene el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada más allá de toda duda razonable. Prueba que lleva a la juzgadora al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, misma que valorada teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia, y grado actual de aceptación científica y técnica de principios en que se fundamenta, circunstancias que se consideran cumplidas, y permiten establecer el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, pues se ha probado que son hechos reales.Inconforme con esta decisión el procesado presentó recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, mediante sentencia de 14 de diciembre de 2015, las 12h21, desechó el recurso de apelación interpuesto por XXX y confirmó la sentencia subida en grado; por cuando la persona procesada lesionó el deber objetivo de cuidado y por lo tanto precisa en su contra un juicio de reproche ya que, podía prever el resultado lamentable. La acción desplegada por él creó un riesgo jurídicamente desaprobado y mayor que el permitido para el bien jurídico protegido, resultado que se hubiese podido evitar, siendo necesario establecer con un juicio" ex ante" que aquel se creó por su acción.

El tipo objetivo del delito culposo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado, por lo tanto, sólo es penalmente relevante la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable. El resultado deviene por la realización del riesgo generado por la acción del acusado. Las normas sobre delitos de tránsito, se crearon para brindar seguridad en la movilidad, atendiendo los principios de derecho a la vida, al libre tránsito, el respeto a las normas y sus regulaciones, entre otras, en suma, pretende prevenir los sucesos de tránsito que se producen cuando los conductores por culpa atribuida jurídicamente producen la muerte de personas que tenían un proyecto de vida y que fue terminada de forma lamentable. El procesado inconforme con esta sentencia, presentó recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de 14 de junio del 2017, las 11h34 declaró improcedente el recurso de casación propuesto por el procesado, al considerar que no se desprende que los hechos fácticos tras el valor de la prueba efectuada por el ad quem, sea incompatible con la normativa aplicada; y, en cuanto a que se debió considerar el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, a más de no haberse fundamentado, resulta en generalizado e improcedente, ya que, aquello implicaría que el Tribunal de Casación, estructure un nuevo juicio de orden fáctico y probatorio, lo cual se encuentra prohibido por norma expresa con base a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 656 del COIP que señala:" No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba".

Por consiguiente, habiéndose verificado el nexo causal entre infracción y responsabilidad del procesado; pertinencia de la norma que encasilla la acción desplegada por

el acusado el día de los hechos, conforme la evacuación de la prueba, y el análisis valorativo al referido acerbo probatorio que fue aportado por los sujetos procesales, se circunscribe a la competencia de la Sala de Apelación, constituyéndose aquello en una instancia exclusiva, autónoma e independiente como órgano jurisdiccional de alzada, que forma parte de la instauración del razonamiento propio de su actividad juzgadora; en ese orden de argumentos, el cargo propuesto, atinente a las normas que se han alegado bajo el presupuesto casacional invocado es improcedente.

SÍNTESIS DE REVISIÓN

El sentenciado, presentó recurso de revisión invocando la causal 3 del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal.El Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en la argumentación jurídica de la sentencia dictada el 13 de junio del 2019, manifiesta que el delito por el que se condenó al señor Alex Mauricio Escobar Sarria, es el previsto en el artículo 376, primer inciso, del Código Orgánico Integral Penal, que establece:" Art. 376.- Muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.- La persona que conduzca un vehículo a motor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a doce años, revocatoria definitiva de la licencia para conducir vehículos." Pero, en virtud de la prueba nueva actuada en el recurso de revisión, y sin que se hayan contradicho los demás hechos acusados por la Fiscalía y considerados probados por la Jueza que emitió la condena, el tipo penal que corresponde a la causa es el previsto en el artículo 377.1 del Código Orgánico Integral Penal.Asimismo, se consideró demostrada la agravante especial para los delitos de tránsito de no estar legalmente autorizado para conducir vehículos, prevista en el artículo 374.2 del Código Orgánico Integral Penal, sin que se haya reprochado la misma. Corresponde aplicar la regla para la agravación de la pena prevista en el artículo 44 ibídem.

El Tribunal de Revisión reconoce el derecho de las víctimas a conocer la verdad, y en ese sentido argumenta que su resolución no solo debe limitarse a declarar el error de hecho en la sentencia condenatoria, sino a fijar lo que los elementos han arrojado como los hechos más cercanos a la verdad histórica, reivindicándola, que es precisamente el objetivo del recurso de revisión. Por otro lado el fallo reconoce que no existe trasgresión al principio de congruencia si el órgano juzgador decide aplicar un tipo penal distinto al que acusó la Fiscalía, siempre que se mantenga dentro de la base fáctica formulada en la acusación; incluso cuando el error en la calificación jurídica sugerida por la Fiscalía nace de un hecho acusado que no es debidamente probado. Con esos argumentos, el Tribunal procede a establecer los hechos probados y que más se apegan a la verdad, determinado la calificación jurídica que corresponde, conforme a la acusación fiscal.

Porlo expuesto, el Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, decide: Declarar procedente el recurso de revisión planteado por el ciudadano XXX, en contra de la sentencia condenatoria de 11 de septiembre de 2015, las 15h56, dictada en su contra por la Jueza de la Unidad Judicial Penal de la ciudad Cuenca, provincia del Azuay, que lo declaró autor y responsable del delito de muerte causada por conducir en estado de embriaguez, tipificado y sancionado en el artículo 376 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal;

al demostrarse que la misma fue dictada en virtud de testimonios falsos únicamente en cuanto a la circunstancia del estado de ebriedad. Reformar la sentencia impugnada y declarar al ciudadano XXX, como responsable en el grado de autor del delito de muerte culposa por accidente de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 377.1.5 del Código Orgánico Integral Penal y la agravante prevista en el artículo 374.2 ibídem, por lo que se le impone la pena privativa de libertad seis años y ocho meses y la multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general de conformidad con el artículo 70.8 ibídem; no cabe la suspensión de la licencia de conducir, pues el sentenciado no la ha obtenido.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 01283-2015-0878

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, jueves 13 de junio del 2019, las 10h58.-

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes procesales.

La doctora Paola Fernanda Beltrán Castro, Jueza de la Unidad Judicial Penal de la ciudad Cuenca, provincia del Azuay, en sentencia de 11 de septiembre de 2015, las 15h56, declaró a Alex Mauricio Escobar Sarria autor y responsable del delito de muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan tipificado y sancionado en el artículo 376 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, por lo que le impuso la pena privativa de libertad de doce años, multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general y ordenó la reparación integral a favor de los acusadores particulares. De esta decisión el procesado presentó recurso de apelación.

La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Azuay, mediante sentencia de 14 de diciembre de 2015, las 12h21, desechó el recurso de apelación interpuesto por Alex Mauricio Escobar Sarria y confirmó la sentencia subida en grado. El procesado presentó recurso de casación.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de 14 de junio del 2017, las 11h34 declaró improcedente el recurso de casación propuesto por el procesado.

Alex Mauricio Escobar Sarria, presentó recurso de revisión invocando la causal 3 del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que es objeto del presente análisis.

1.2. Hechos materia del recurso de revisión.

Según la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal a quo, los razonamientos que motivaron la condena en su contra, se contienen en lo siguiente:

> "OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.- Con el fin de conocer la verdad histórica de los hechos que involucran el presente accidente de tránsito, es necesario considerar y basarse en las circunstancias del lugar, los testimonios rendidos, los puntos de impacto, con el fin de verificar cuál es la hipótesis válida, si la planteada por la defensa o por la fiscalía. En lo que hace relación al lugar del accidente, conforme se ha demostrado en la audiencia, tanto con la prueba de cargo y de descargo, se ha confirmado que los hechos se han dado en la Autopista Cuenca Azogues, red estatal E 35, de doble sentido de circulación del noreste hacia el suroeste y viceversa, con seis carriles de circulación, tres para cada sentido, dividido por un parterre central, con señalización horizontal y vertical, de curva y límite de peso. En lo que hace relación a la configuración de la vía, se verifica una vía en buen estado y adecuada para la circulación vehicular. En lo que hace relación a las huellas del accidente, según el testimonio de CRISTHIAN GAMARRA QUINTO, el perito que no ha sido impugnado, consisten en huellas de neumático de 100.30 metros dejadas por el vehículo de placas ABF4092, y de arrastre de las carrocerías de los móviles. La zona de pérdida de carril se encuentra ubicada en el carril derecho de circulación de la autopista en sentido Azogues-Cuenca, que el punto de estrellamiento se ubica entre la parte frontal del tercio izquierdo neumático del vehículo de placas ABF4092 contra el bordillo sureste del parterre central. Que la zona de estrellamiento, se

encuentra ubicada sobre el bordillo sureste del parterre central a 35.10 desde la zona de perdida de carril hacia el sur. El punto de impacto se ubica entre la parte frontal tercio medio y derecho del vehículo de placas ABF4092 contra la parte frontal tercio izquierdo vértice del vehículo de placas PLC0072. Que la zona de impacto se encuentra ubicada sobre el carril central de circulación de la autopista en sentido Cuenca Azogues. Zona de volcamiento ubicada en el carril derecho de circulación, sentido Cuenca Azogues. Zonas confirmadas por todos los testigos que se encontraron en el lugar, a saber Wimver Crespo, Oswaldo Jaramillo, Walter Pala, Nelson Saldaña, José Morán, Sandra Tixi, Paúl Maisincho Haro, Cesar Parra, Joel Buñay, así como se aprecia de las imágenes de video que registran el suceso de tránsito, dichos testimonios permiten llegar a una sola conclusión lógica, de que el suceso de tránsito se produjo en el lugar identificado y determinado en el informe de reconocimiento de lugar, hecho además detallado en el testimonio de Cristhian Gamara, en donde ha quedado como evidencia la huella de ronceo y de arrastre de la carrocería, además de la mancha de líquido. Adquiere trascendental importancia el testimonio de Sandra Tixi, Wimver Crespo y José Méndez, pues los dos primeros, al ser testigos de los hechos, al llegar al lugar de forma inmediata identifican a ALEX MAURICIO ESCOBAR SARRIA como el conductor del vehículo de placas ABF4092, hecho que además es científicamente demostrado con el testimonio de JOSE VICENTE MENDEZ NARVAEZ, quien señala que luego de analizar las lesiones que presenta el procesado, las mismas son compatibles con las que se producen con los objetos presentes en el asiento del conductor, volante, palanca, tablero, pedales, y que le permiten determinar que ALEX MAURICIO ESCOBAR SARRIA era el conductor del vehículo de placas ABF4092 involucrado en el accidente de tránsito. De la misma forma, adquiere trascendental importancia el testimonio rendido por WALTER ANTONIO PALA QUELAL, quien toma procedimiento en el presente caso, realiza el parte informativo, y en ejercicio de sus funciones se dirige al Hospital del Seguro Social, en donde en un primer momento no se le permite tomar contacto con el señor Escobar Sarria, pues se encontraba siendo intervenido quirúrgicamente con el fin de salvaguardar su vida e integridad, pero posterior cuando se lo pasa a sala, se le pide realizar la prueba de alcohotest a la que según ha indicado bajo juramento, se NIEGA ROTUNDAMENTE, indicando además que percibe aliento a licor. Al respecto el artículo 464 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal establece que: "En caso de que la o el conductor se niegue a que se le practiquen los exámenes médicos o corporales, se presumirá que se encuentra en el máximo grado de embriaguez o de intoxicación por el efecto de alcohol o de sustancias sujetas catalogadas a fiscalización." De tal forma que según la legislación ecuatoriana, la sola negativa a realizarse los exámenes de comprobación, determinan la presunción de encontrarse en el máximo grado de embriaguez. Debe considerarse además que el Código Orgánico Integral Penal, establece en el artículo 498 los medios de prueba que son: 1.- El Documento. 2.- El testimonio. 3.- La pericia. En el caso que nos ocupa, el hecho además es corroborado por la prueba testimonial, la que según nuestra legislación es válida, de WIMVER CRESPO, quien es la primera persona que procura brindar auxilio al acusado, quien según ha indicado bajo juramento, que lo ha colocado sobre sus piernas, a pocos centímetros de distancia, lo que le permite tener un contacto directo, y percibir el aliento a alcohol. Conteste con este testimonio, es el rendido por los paramédicos que le brindan auxilio, CESAR PARRA Y PAUL MAISINCHO, quienes son congruentes, e indican que en el cumplimiento de su labor debieron acercarse lo más próximo posible hasta sentir su respiración y que pudieron percibir el aliento a alcohol, hecho que además consta en la hoja de atención prehospitalaria. De tal forma que el estado de embriaguez, no tiene como fundamento exclusivamente la presunción señalada en el artículo 464 numeral 5, sino que también se basa en testimonios reales, de las personas que estuvieron en el lugar de los hechos, a lo que también debe sumarse la presencia de la botella de licor encontrada en el interior del automotor conducido por Alex Escobar. Se ha hecho constar por escrito un examen psicosomático, sin embargo, de conformidad con el mandato establecido en el artículo 464 numeral 5 parte final que reza: "De igual manera serán válidas las pruebas psicosomáticas que los agentes de tránsito realicen en el campo, registradas mediante medio audiovisual.", al carecer del registro por medio audiovisual, no se le da valor probatorio. En lo que hace relación al exceso de velocidad al que conducía el acusado, el mismo ha quedado demostrado, no solo por las huellas dejadas en el lugar de los hechos, específicamente la huella de ronceo de cien coma treinta metros, la fotografía del tacómetro del vehículo que marca una velocidad aproximada de 148 kilómetros por hora, que según se ha explicado podría corresponder a la velocidad a la que presumiblemente circulaba debido a que por

la transferencia de energía, se habría desconectado el sistema eléctrico, fijada por Miguel Arévalo y Nelson Saldaña, sino también justificada de forma científica con los testimonios de JOSE MORAN LOZANO y CRISTHIAN GAMARA, mismos que no han sido impugnados. José Morán Lozano ha explicado el estudio de la fórmula física aplicada al tránsito, realizada en base de la huella de ronceo (100.30 mts), considerando la superficie de asfalto, le han permitido determinar una velocidad antes del frenado de 141 kilómetros por hora y luego de activar el freno de 138 kilómetros por hora. Ha explicado además que debido a que el vehículo se encontraba con una llanta de refacción, siendo distinta en sus características a los tres neumáticos restantes, ha ocasionado que al salir de la curva, el vehículo pierda estabilidad, se pierda el control del automotor, y éste se impacte con el bordillo del parterre para proyectarse hacia el otro carril de circulación e impactarse contra el vehículo de placas PLC 0072, dejando la huella de ronceo de cien metros con treinta centímetros en la vía por donde circulaba el señor Escobar, sentido Azogues- Cuenca. En la audiencia de juicio, se realizó la reproducción de las imágenes captadas por el testigo Joel Buñay, cuya autenticidad, legalidad y sometimiento a cadena de custodia no ha sido impugnado, en el que con claridad, se verifican las circunstancias del accidente de tránsito, la distancia a la que se encuentran los vehículos, los lugares donde se ubican las botellas rotas de cerveza, y sobre todo, en donde se identifica plenamente al acusado sobre la calzada, realizando movimientos incoherentes, en primera instancia en compañía del vigilante de tránsito, luego por personas que tratan de brindarle ayuda, confirmando los testimonios rendidos en la audiencia de juicio, por las personas que llegaron al lugar de los hechos. Los elementos anteriormente descritos, permiten llegar a una sola conclusión lógica, y que hace relación a que la tesis planteada por fiscalía, sustentada a través de los testigos y peritos, es la correcta. Conforme se ha demostrado en la audiencia, el señor Alex Escobar, conduce el vehículo de placas ABF04092, por autopista Cuenca-Azogues, sentido Azogues-Cuenca, al salir de la curva a una velocidad no permitida, pierde el control del automotor, desviando su trayectoria, dejando una huella de ronceo, pierde el carril de circulación, continuando su trayectoria para luego estrellar la parte frontal tercio izquierdo del neumático contra el bordillo sureste del parterre central, producto de lo cual realiza un salto, invadiendo carril de circulación contrario, e impactándose la parte frontal tercio medio y derecho del vehículo de placas ABF4092 contra la parte frontal tercio izquierdo vértice del vehículo PLC0072, para luego desplazarse quedando sobre la calzada con su parte frontal direccionada al suroeste. Por otra parte el vehículo PLC0072, se desvía hacia el Este originándose un volcamiento. Conclusión lógica que se obtiene de la valoración de los testimonios, y de la prueba pericial pedida, ordenada practicada, incorporada en el juicio, que hacen relación a los daños materiales descritos, la huella de ronceo, la posición final de los vehículos, a los testimonios que indican la trayectoria de los vehículos, estos son de Sandra Tixi, Joel Buñay, Wimver Crespo, Walter Pala, Oswaldo Jaramillo, Nelson Saldaña, José Morán, Cristhian Gamarra quienes indican la trayectoria en la que circulaba el vehículo de placas ABF4092, que iba por el carril derecho sentido Azogues Cuenca, en inclusive del propio acusado, quien afirma encontrarse dirigiendo a Cuenca desde Gualaceo, es decir en sentido Azogues-Cuenca. No se considera en el análisis a los testimonios de los acusadores particulares, por cuanto no han brindado información en torno a los hechos. La defensa no ha probado la teoría planteada, puesto que de ninguna manera ha justificado que la causa del accidente se deba a la llanta de refacción, cuanto más que el objeto por si mismo no es la causa del accidente, ya que todo conductor es responsable de su seguridad y la del resto de los usuarios viales, debiendo conducir con la debida precaución, y estaba además obligado a observar una conducta de todos modos prudente y diligente. Los testimonios rendidos por Juan Carlos Espinoza y Edgar Gustavo Mendieta, han sido contestes en señalar que tomaron contacto con el paciente aproximadamente a las diez de la mañana, para realizar una intervención quirúrgica, con el fin de salvar la vida del acusado, coincidiendo además en que ninguno de ellos extrajo muestras de sangre. Juan Carlos Espinoza, ha intervenido suministrando la anestesia, indica no percibir aliento a licor, sin embargo, en su testimonio también ha aclarado que por la indumentaria que lleva, mascarilla, guantes gorro, así como por los olores emanados en quirófano, no es posible percibir aliento alguno. Por otra parte, Edgar Mendieta ha indicado ser la persona que realizó la intervención quirúrgica, ha indicado que no percibió aliento a licor, sin embargo también ha señalado que esa no era su tarea, sino salvar la vida del paciente y que no ha hecho constar dicha observación en la historia clínica. Este hecho, desvirtúa la conclusión a la que llega el perito Dr. José Méndez, quien además ha señalado, NO ALIENTO ETÍLICO, misma que indica haber sido tomada de la

historia clínica, sin que se establezca la identidad del galeno que ha hecho constar dicha observación, cuya autoría ha sido negada por parte del Dr. Edgar Gustavo Mendieta Bermeo. De forma alguna, se ha llegado a establecer la identidad del médico que hace constar dicha observación en la historia clínica, así como tampoco del profesional de la salud que ha obtenido u ordenado el examen de alcoholemia en las muestras de sangre del acusado, si en realidad existen dichas pruebas o tal vez sus resultados, debiendo considerarse que en la audiencia de juicio no se ha practicado prueba testimonial que acredite esos hechos. La defensa ha alegado que además existen unas muestras de sangre tomadas en el Hospital del Seguro Social, sin embargo este hecho no ha sido probado en la audiencia de juicio, cuanto más si se considera que el documento que en copia simple y que ha sido pretendido ser presentado como prueba, se observa como médico al Dr. Edgar Gustavo Mendieta Bermeo, quien ha negado haber ordenado dicha pericia. El artículo 454 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, establece la libertad probatoria, en el sentido de que todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales, obviamente con la debida oportunidad. De la misma forma se ha alegado por parte de la defensa técnica de la persona procesada, que debido al rompimiento de las botellas de cerveza transportadas en el vehículo de placas PLC0072, en todo el lugar existía un intenso olor a alcohol, sin embargo, dicha alegación no ha podido ser probada en la audiencia correspondiente, quedando en mero enunciado, debiendo además considerarse por simple lógica, que todos los testigos han indicado que la posición final de los vehículos establecía una distancia entre 8 y 12 metros, que junto al Tucson no habían botellas de cerveza, al tratarse de una escena abierta, y por más que se hubiere derramado el líquido de las botellas de cerveza, los testigos han sido coincidentes en que el aliento del acusado, percibía a licor, no se han referido a que el ambiente emitía ese olor, lo contrario sería establecer que el aliento de todas las personas que se encontraban en el lugar, percibía a alcohol. Finalmente con la prueba documental presentada, consistente en la certificación de la ANT, se ha demostrado que ALEX MAURICIO ESCOBAR SARRIA, no ha obtenido título habilitante para conducir vehículo a motor, es más, con el certificado de aprendizaje presentado por la defensa, se verifica que no posee licencia de conducir, lo en la legislación ecuatoriana tiene el carácter de agravante de tránsito contemplada en el artículo 374 numeral 2 del COIP. Debe destacarse que el permiso de conducir presentado se encuentra caducado, mismo que de conformidad con el mandato establecido en el artículo 143 del Reglamento a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, no le faculta para conducir vehículos que no sean de la escuela correspondiente y mientras dure el curso de conducción, pues precisamente el otorgamiento de la licencia de conducir busca garantizar la aptitud del conductor para el manejo del automotor así como la idoneidad del mismo para circular con el mínimo de riesgo posible. NOVENO: ADECUACION TIPICA.- En la especie, se evidencian todos los elementos del injusto penal culposo, por cuanto es un ACTO, que en el derecho penal, se presenta a través de la modalidad de acción u omisión, por realizar lo que está prohibido por la ley o incumplir el deber de obrar en determinada forma. En el caso que nos ocupa, se sanciona el incumplir el deber de cuidado para evitar que su acto cause daño a las personas o bienes. Asimismo, la conducta penalmente relevante, cumple las condiciones de antijuridicidad, pues ha puesto en peligro en unos casos, y ha lesionado en otros, bienes jurídicos protegidos, a saber la integridad y la vida. Finalmente se adecua a la hipótesis prevista en la ley, como delito culposo de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 376 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal. Al ser un delito culposo, me he de referir a la culpa cuyo alcance y concepto se encuentra plasmado en el artículo 27 del COIP que señala: "Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código". Concepto que alcanza su mejor comprensión en lo que hace relación a los sucesos de tránsito, puesto que las infracciones de tránsito son de esencia culposa, hacen relación a un delito de imprudencia, en la que su autor no obra con malicia o dolo, sin embargo se verifican por la falta de cuidado o precaución que deriva en negligencia e imprudencia, produciéndose el hecho eventual, que se origina en un error en la circulación, en la que intervienen seres humanos sin que medie su intención, pero con culpa. Al respecto, Claus Roxin, en su obra "La imputación objetiva en el Derecho Penal", Traducción de Dr. Manuel A. Abanto Vásquez, Reimpresión mayo 2013. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., pág. 96, analiza el concepto de riesgo permitido en los siguientes términos: "Bajo riesgo permitido debe entenderse aquí una conducta que aunque creare un

riesgo jurídicamente relevante está permitida de manera general (¡independientemente del caso concreto!) y por ello excluye de manera diferente a las causas de justificación y a la imputación al tipo objetivo. El prototipo del riesgo permitido es la conducción de un auto respetando todas las reglas del tráfico rodado. No puede negarse que el tráfico rodado constituye un riesgo relevante para la vida, la salud y los bienes materiales; las estadísticas de accidentes lo demuestra irrefutablemente. De todos modos el legislador permite el tráfico rodado (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque esto lo exige el interés preponderante del bienestar social." Conforme mandato establecido en el artículo 182 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar el vehículo que conducen y adoptar las precauciones necesarias para su seguridad y de los demás usuarios de las vías, hecho corroborado con el mandato establecido en el artículo 270 del Reglamento, que asigna al conductor la responsabilidad de su seguridad, de los pasajeros y del resto de usuarios viales. En el caso en análisis, Alex Mauricio Escobar Sarria, viola el deber objetivo de cuidado, realizando una actividad que se encuentra inclusive señalada en el Código Orgánico Integral Penal, como peligrosa, al conducir con exceso de velocidad, con un neumático de refacción temporal, con pleno conocimiento de las condiciones del mismo, sin estar habilitado para conducir vehículos conforme lo ordena el artículo 90 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, realizando además esta actividad en estado de embriaguez, conforme se demuestra con los testimonios rendidos en la audiencia de juicio, sin que se pueda determinar la cantidad exacta de alcohol, debido a su negativa rotunda a realizar el examen de comprobación, debiendo por lo tanto aplicarse la presunción establecida en el artículo 464 numeral 5 ibídem. Violando por lo tanto reglas de la circulación automotriz, así el artículo 182 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial que señala: "no se podrá conducir vehículos automotores si se ha ingerido alcohol en niveles superiores a los permitidos, según las escalas que se establezcan en el Reglamento, ni sustancias estupefacientes, narcolexticos y psicotrópicas", la contenida en el artículo 271 del Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que indica en la parte pertinente, "que los conductores guiarán sus vehículos con la mayor precaución y prudencia posible respetando las órdenes y señales manuales del agente de tránsito y en general toda señalización colocada en la vía pública", la establecida en el artículo 191 ibídem, por cuanto se establecen los límites de velocidad para zona urbana, perimetral, rectas, curvas, sin embargo señala: "Las señales de tránsito deberán indicar tanto el límite de velocidad máximo como los rangos moderados. En caso de discrepancia entre los límites y rangos aquí indicados y los que se establezcan en las señales de tránsito, prevalecerán estas últimas.", en el presente caso, se ha probado la existencia de una señal de tránsito que fija como velocidad máxima, la de cincuenta kilómetros por hora, siendo visible para el conductor; por lo que el acusado al ingerir alcohol previo a la conducción del automotor; al conducir a una velocidad superior a la permitida, con una llanta temporal cuya velocidad máxima es ochenta kilómetros por hora;, abandonó la diligencia debida, superando y aumentando el riesgo permitido que supone la actividad del tráfico vehicular. Nuestro ordenamiento Penal al tratar la culpa, impone la existencia de un resultado como requisito típico y que éste sea consecuencia de una infracción al deber de cuidado; en la causa existe un resultado dañoso que lesionó el bien jurídico vida, cuyos titulares eran Carmen Lucila Avila Ruiz, Alvaro Alfonso Aguilar Avila, Celene Gisella Gordillo Avila, Wilson Erminio Siguencia Bustamante y la integridad de Karla Adamaris Gallegos Siguencia y Julia Dolores Avila Ruiz, quien resultaron con lesiones, bienes jurídicos protegidos por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 1 y 3, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3, la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 4 y 5. En cuanto a la responsabilidad penal del acusado, se ha determinado que la acción del procesado en la actividad automovilística sobrepasó el riesgo permitido y causó el resultado típico en este caso la muerte las cuatro personas antes mencionadas y las lesiones de las dos últimas. En la especie no se ha demostrado causa alguna de justificación que excluya la antijuridicidad de la conducta del acusado, como tampoco causa alguna de inculpabilidad. Las acusaciones tanto oficial como las particulares, han justificado su imputación en la etapa de juicio, violación del deber objetivo de cuidado, al realizar una acción peligrosa, innecesaria e ilegítima, incrementando y sobrepasando el riesgo permitido, por parte del acusado ALEX MAURICIO ESCOBAR SARRIA, puesto que al conducir el vehículo de placas ABF4092, sobre la autopista Cuenca Azogues, sentido Azogues Cuenca, con un vehículo de refacción que limitaba su velocidad, no lo hizo atento a

las condiciones y circunstancias del tránsito del momento y no respetó la señal obligatoria de tránsito de 50 kilómetros por hora, y aún más al ingresar a una curva, violación que ocasionó la perdida de pista y choque frontal excéntrico, como se desprende el informe de avalúo de daños del vehículo, el informe de autopsia, informe de reconocimiento del lugar de los hechos incorporados en la audiencia se juicio. Por lo expuesto, la suscrita jueza con todo lo actuado, tiene el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada más allá de toda duda razonable. Prueba que lleva a esta juzgadora al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, misma que valorada teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia, y grado actual de aceptación científica y técnica de principios en que se fundamenta, circunstancias que se consideran cumplidas, y permiten establecer el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, pues se ha probado que son hechos reales". [Sic]

1.3. Cargos por los que se admitió el recurso de revisión.

En auto de 6 de diciembre de 2018, las 11h35, el Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por decisión de mayoría, admitió a trámite el recurso propuesto por el procesado, en los siguientes términos:

"4.- Decisión

Por lo expuesto, y en respeto a los derechos constitucionales de seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva, este Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con fundamento en el artículo 659 del COIP, por unanimidad, resuelve:

1. Declarar que el recurso de revisión planteado por Alex Mauricio Escobar Sarria, cumple con los parámetros y requisitos establecidos en los artículos 658 y 659 del Código Orgánico Integral Penal, que constituyen condición necesaria para continuar con el trámite establecido en el artículo 660 ibídem". [Sic]

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 mediante 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 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 revisión 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.

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 los doctores Edgar Flores Mier y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 ibídem.

Por excusa del doctor Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional, debida y legalmente aceptada, en su reemplazo le correspondió actuar al doctor Marco Maldonado Castro, Conjuez Nacional.

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 en que inició el proceso, corresponde aplicar las reglas vigentes 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 revisión en audiencia oral, pública y de contradictorio.

El recurso extraordinario de revisión fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador, y conforme las normas

procesales previstas en el artículo 660 del Código Orgánico Integral Penal. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de revisión que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa. Por lo que, el recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de revisión.- el señor Alex Mauricio Escobar Sarria, a través de su abogado defensor, doctor Galo Leonidas Montalvo Pastor, como alegato inicial, manifestó:

> "Primero quiero determinar que este es un juicio independiente, diferente a los otros, y que en este caso, expresamente Alex Mauricio Escobar Sarria y su defensa técnica pretende demostrar un hecho claro y preciso, que no estuvo en estado de embriaguez al momento del accidente, que es la teoría de la defensa del procesado y se va a fundamentar en lo que dispone el artículo 658.3 del COIP, porque existen pruebas falsas de falsedad absoluta, determinadas en todas las atapas de la investigación y la sentencia, existen documentos falsos, existen exámenes errados, con malicia, existe una mutilación de una prueba al no recabar la misma, tiene que ver exactamente que para este tipo de delitos, que produce un trastorno temporal de las capacidades mentales físicas, en base en el exceso de consumo de alcohol que tiene que gradarse, no puede apreciarse, tiene que ver exactamente el número de gradación, la única forma es la prueba psicosomática, y si esta prueba se realiza en condiciones en que el defendido estaba en absoluta incapacidad por posoperatoria, es imposible que sea válida, es tan grave el asunto de la distorsión que el policía Walter Antonio Pala Quelal, dice que él hizo la prueba psicosomática el 15 de febrero de 2015, presenta con documento, a las 09h15, a esa hora, diez minutos después que se produjo el accidente; en su atestación dice que no lo hizo a esa hora, sino después de la operación, documento falso en que se basa la instrucción, contradictorio con el testimonio de la persona que hizo el procedimiento. Aparte de eso, jamás de valoró la historia clínica de la que mi defendido estuvo en el hospital porque estuvo siendo operado, siendo que estuvo así, debía haberse determinado todas las pruebas previas a la operación el examen de alcoholemia que determine ese grado de alcohol, el aliento alcohólico no es prueba. Los testigos no pueden gradar el exceso del consumo de alcohol, eso era prueba a favor de mi defendido, todo lo contrario, eso le hunde mas, no recaban la prueba de sangre, al no recabar no existe la respuesta en contra de mi defendido. Nunca se probó, jamás se negó mi defendido a que se le realice el alcohol-check, no pude negarse porque el policía no estuvo presente, y si estuvo presente no estuvo presente mi defendido, él estaba camino al hospital. Esto es lo que queremos demostrar, toda esta falsedad, si se demuestra es falso lo contrario es la verdad, verdad que jamás es recogida. La jueza cada vez que no se presentaron las pruebas, por los testigos determinó que el exceso del alcohol que se grada se puede determinar con testigos, no puede irse por otros lados, por supuesto que lamentamos tremendamente el deceso de las personas, lamenta mi defendido este hecho, pero esto no quiere decir que se le puede poner una pena por haber estado en estado de embriaguez, estamos tratando de probar con el peritaje médico legal y el peritaje psicológico destacando que hay documentos falsos. Me refiero al informe psicosomático. En definitiva, estamos pidiendo la revisión de este juicio con las pruebas para que se adecue la conducta de mi defendido con el artículo 367 del COIP y no el artículo 366 ibídem."

4.2. Para sustentar su recurso, presentó la siguiente prueba:

a) Testimonio de la psicóloga *Nidia Tatiana Burgos Enríquez*, quien manifestó:

> *"La Jueza ponente pregunta las generales de ley a la testigo y debidamente juramentada y bajo las prevenciones de ley,* ***concede la palabra a la defensa técnica del recurrente para que proceda con el interrogatorio. Pregunta****:* Quisiera que sustente su peritaje para conocimiento de la Corte; ***Respuesta****:* Yo recibí la notificación el día 29 de enero de 2019, en la que se me sorteaba como perito para que realizar la pericia, el objeto de la pericia era la auditoria de validez psicosomática, entonces este pedido era solicitado por la doctora Daniella Camacho. Entonces me base en el objeto de la pericia que era la auditoria de validez de la prueba psicosomática, el proceso era del señor Alex Mauricio Escobar Sarria, para realizar el peritaje analicé el expediente judicial, y en las conclusiones a las que yo llegué, según el pedido, era, primeramente que toda prueba para tener fines forenses tiene que ser validada. En este caso, en nuestro país esta prueba psicosomática ya ha sido validad, para ser validada tiene que ser analizada científicamente, mediante muestreos o tamizajes, en este caso, la prueba psicosomática ya está validada por las instituciones correspondientes y está dentro de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, para ser utilizada en estos casos. Muchas veces se pueden cometer errores en el procedimiento. En cuanto al

aspecto técnico, enmarcándome en mi profesión que soy psicóloga, había apreciado, porque no estaba en el momento que ocurren los hechos, que no era el momento propicio ni las condiciones adecuadas para aplicar la prueba al señor Escobar, puesto que tanto física como mentalmente, no había condiciones estables, porque según el expediente judicial y según documentos médicos del hospital del seguro social José Carrasco Arteaga, de la ciudad de Cuenca, el señor había ingresado según el documento que revisé en emergencias a las 09h41 de la mañana del 15 de febrero de 2015. Ingresa el señor a emergencias, luego se le hacen los análisis respectivos y se ve que el señor necesitaba una operación quirúrgica, también el señor es sometido a la operación quirúrgica y el momento en que el agente de tránsito Walter Pala Quelal le realiza la prueba, que era las 18h45 en la tarde de ese mismo día, y según testimonio del señor agente de Tránsito Walter Pala Quelal, ya habían transcurrido varias horas de que el señor ingresó, había sido sometido a una operación quirúrgica y no habían las condiciones adecuadas o no se podía con esas condiciones, el paciente estaba botado, tanto física como mentalmente por lo que no eran las condiciones adecuadas para aplicar la prueba psicosomática y no se podía apreciar en ese momento signo de ingesta de alcohol. En el informe que había dado el agente de tránsito según él los síntomas que había presenciado nistagmo que es el movimiento involuntario de los ojos, también que el paciente estaba abotagado, es decir que estaba hinchado, que no se le podía ver el equilibrio porque estaba acostado, entonces es difícil a un paciente que cuando uno le aplica una prueba psicosomática, los psicólogos requerimos que el paciente tenga condiciones adecuadas, para cualquier prueba psicológica, porque puede estar en un momento de crisis, tanto en el estado mental como el físico, entonces es difícil determinar alguna sintomatología, o signo o mucho peor un diagnóstico. El procedimiento para aplicar una prueba psicológica, y en este caso psicosomática es que el paciente esté en condiciones estables. Eso es lo que había determinado en mis conclusiones en lo que se refiere a mí, que soy psicóloga. La otra parte que se me había pedido era la parte legal, esta es la tercera conclusión, había determinado que no puede pronunciarme sobre eso porque yo solo analizo la parte psicológica, la legal le correspondería a otras instancias analizarlo. Eso es todo lo que pude informar. ***Pregunta*:** ¿No fue el momento propicio para realizar la prueba psicosomática?; ***Respuesta*:** En la conclusión y del análisis que realicé, se aprecia que no eran las condiciones adecuadas; *La defensa solicita que se considere como prueba el informe realizado por la perito que rindió la atestación. El Tribunal dispone que se ponga en conocimiento de los demás sujetos procesales el informe.* ***Se concede la palabra a la Fiscalía para el contrainterrogatorio Pregunta***: ¿En qué se fundamentó para hacer el informe?; ***Respuesta***: En los registros, en el expediente habían registros médicos; ***Pregunta:*** ¿Qué pudo observar en los registros médicos?; ***Respuesta***: El registro médico, se había anotado que el paciente ingresó a emergencias a las 09h41 y que fue sometido a una intervención quirúrgica; ***Pregunta***: ¿Qué tipo de intervención quirúrgica tuvo el señor Escobar?; ***Respuesta***: Eso no observé en el expediente, simplemente una parte que había una orden para que sea intervenido quirúrgicamente y le habían hecho unos análisis porque iba a ser intervenido quirúrgicamente; ***Pregunta***: Usted vio la orden ¿podría asegurar si el señor Escobar fue o no intervenido?; ***Respuesta***: Existían las pruebas que el señor pasaba a una intervención quirúrgica, según el expediente fue intervenido quirúrgicamente incluso el agente Walter Pala dice que él habló con los médico que le dijeron que espere porque el señor estaba siendo intervenido, tuvo que esperar unos momentos y a las 18h45 le realizó la prueba psicosomática, estos documentos constan en el expediente judicial; ***Pregunta***: ¿Usted ha hecho alguno tipo de prueba psicosomática?; ***Respuesta***: He trabajado en otro tipo de pruebas psicológicas no siempre trabajo en una psicosomática; ***Se concede la palabra a la Fiscalía para que proceda con el contrainterrogatorio. Pregunta***: Nos acabó de manifestar que no siempre realiza pruebas psicosomáticas, ¿en un accidente de tránsito con alcohol, las condiciones idóneas para hacer la prueba psicosomática cuáles serían?; ***Respuesta:*** Las condiciones físicas y mentales en que se encuentra la persona; debe tener estabilidad, porque si no es subjetivo, cuando el paciente se encuentre lúcido, sus funciones mentales estén normales, se encuentre estable de salud; ***Pregunta:*** ¿En estas condiciones sería sin alcohol?; ***Respuesta***: Sí; ***Pregunta:*** Sugiere que no se debe hacer una prueba psicosomática a una persona con alcohol; ***Respuesta:*** El señor ya había entrado a emergencias desde la mañana, las condiciones que atravesó la persona, varias que no eran adecuadas para realizarle la prueba psicosomática, había sido intervenido quirúrgicamente, las condiciones pueden ser diferentes en otros casos; no se daban las condiciones para que se le apliquen la prueba; ***Pregunta:*** ¿Qué es lo que denomina agotamiento mental?; ***Respuesta:*** La persona sus funciones mentales no está en normal

funcionamiento, hay falta de lucidez, no puede tener un lenguaje claro, no puede contestar preguntas que se le hagan en ese momento, porque no está consiente totalmente de lo que está sucediendo, no era el momento propicio para aplicar una prueba; **Pregunta**: ¿Considera que el examen aplicado por el agente de tránsito no tomó en cuenta eso?; ***Respuesta:*** No tomó en cuenta, porque se debió realizar en otro momento, en otras circunstancias; ***Pregunta***: ¿Ese es su criterio?; ***Respuesta***: Sí; ***Pregunta***: Usted mencionó que no tiene experiencia en pruebas psicosomáticas, entonces en base a qué emite su criterio; ***Respuesta***: tengo experiencia en aplicar pruebas psicológicas, y como dije hace un rato, para aplicar toda prueba psicológica o psicosomática, que entra dentro de los psicológico, se necesitan ciertas condiciones de la persona a la que se va a aplicar, si no existen ciertas condiciones cae en cierta subjetividad; ***Pregunta:*** ¿Lo suyo puede ser subjetivo?; ***Respuesta***: No porque está establecido dentro de los parámetros de aplicación de pruebas; Pregunta: ¿Considera que lo que se hizo es subjetivo?; ***Respuesta***: Sí porque no se podía ver objetivamente porque el paciente estaba agotado física y mentalmente, salió de una intervención quirúrgica, en la que imagino se aplicaron sustancias, anestesias; ***Pregunta:*** ¿Para hacer una intervención quirúrgica se requiere estar desintoxicado de alcohol?; ***Respuesta:*** Cuando hay una cirugía al paciente se le aplica anestesia entonces podría estar bajo esos efectos. ***El doctor Marco Maldonado Castro, miembro del Tribunal, solicita las siguientes aclaraciones: Pregunta:*** Quisiera que nos aclare, dijo que el paciente no estaba estable, que de acuerdo a la investigación que hizo y el testimonio del señor Walter Pala, usted indicó que no estaba estable y que no se le podía haber hecho el examen psicosomático, ¿eso es verdad?; ***Respuesta:*** Sí, yo aprecio de esa manera. ***El doctor Edgar Flores Mier, Juez Nacional, miembro del Tribunal, solicita las siguientes aclaraciones: Pregunta***: ¿cuál es la diferencia entre un informe psicológico y un informe psicosomático? ***Respuesta***: Depende del informe psicológico, se puede analizar varios parámetros, en una prueba psicosomática se va a determinar solamente si los signos y síntomas corresponden a la ingesta de alcohol o de otra sustancia psicotrópica. ***La doctora Daniella Camacho Herold, ponente del tribunal, solicita las siguientes aclaraciones. Pregunta***: Para elaborar su peritaje que es una auditoría al psicosomático, usted accedió a la historia clínica del paciente; ***Respuesta***: Si, los que constan en el expediente; ***Pregunta:*** Usted ha afirmado aquí que fue sometido a una intervención quirúrgica ¿sabe de qué se le operó?; ***Respuesta***: No, en el registro médico solo estaba que fue preparado a una intervención quirúrgica, se había dado la orden que se le haga; ***Pregunta:*** Usted tuvo acceso al proceso, ahí estaba la historia clínica, toda habla del posoperatorio, ¿cómo podemos saber, si usted hace la auditoría, si recibió anestesia local o general?; ***Respuesta:*** Solamente vi el parte que decía que había sido preparado para una intervención quirúrgica, como soy psicóloga no me meto, me enmarco en lo psicológico porque no soy médica; ***Pregunta:*** ¿Cuál es el tiempo prudente para realizar un psicosomático después de haber recibido anestesia?; ***Respuesta:*** Me parce que podría haberse realizado al día siguiente de lo que fue intervenido quirúrgicamente, pero también, no se pueden encontrar vestigios." [Sic]

b) Testimonio de la doctora *María de los Ángeles Cerón Moreno*, médico legista, quien manifestó:

"La Jueza ponente pregunta las generales de ley a la testigo y debidamente juramentada y bajo las prevenciones de ley, ***concede la palabra a la defensa técnica del recurrente para que proceda con el interrogatorio. Pregunta:*** ¿En su calidad de perito médico forense, diga si se afirma o se ratifica en el contenido total de su informe?; ***Respuesta:*** Me ratifico en el contenido del informe; ***Pregunta:*** ¿Tuvo acceso a la historia clínica?; ***Respuesta:*** Sí tuve acceso; ***Pregunta:*** Existe la prueba sanguínea practicada supuestamente al señor Alex Mauricio Escobar Sarria; ***Respuesta:*** No existe la prueba; ***Pregunta:*** ¿En qué consistió la cirugía que se le practico al señor Escobar; ***Respuesta:*** Soy médico legista con autorización 1834539 del Consejo de la Judicatura, mi peritaje se valió en la auditoría médico legal de la historia clínica del señor Alex Mauricio Escobar Sarria, se me entregó la historia clínica, las copias de la historia clínica del Hospital del Seguro de la ciudad de Cuenca, en donde, en la página 3 de esta historia médica encontramos que el paciente fue atendido a las 09h41 de la mañana, no hay ninguna nota de evolución, en qué circunstancias ingresó el paciente, sin embargo consta de un diagnóstico presuntivo que es el traumatismo superficial que afecta multiples regiones del cuerpo y la persona que valoró, el facultativo que realizó este examen pidió exámenes de laboratorio, como son de sangre, de imagenología, las radiografías y las tomografías, la primera nota de evolución donde consta que este paciente ingresó al hospital es a las 10h43 minutos por parte del cirujano general el doctor Edgar Bermeo, consta a las 10h43 minutos en donde el recién nos informa que es un paciente traído por el ecu-911 que ha

sufrido un accidente de tránsito que el ecu 911 encuentra a este paciente en el pavimento con alteración del estado de la conciencia, con las frecuencias y tensión arterial dentro de parámetros normales, pero con una apariencia general mala, también describe una actividad psicomotora disminuido, ojos normoreactivos, el refiere también que no hay aliento etílico, hace un examen neurológico disiento que el paciente se encuentra somnoliento, él está ubicado en tiempo espacio y persona, es decir que le preguntaron ese momento cómo se llama, el respondió a estos comandos, ubicó su persona, también está ubicado en espacio, y en tiempo. Esa es la valoración del examen neurológico que le coloca el doctor de cirugía general. Como órdenes que indica el cirujano general dice que se controle el estado de conciencia, es decir que está somnolencia en el señor que se encontraba, vamos a ver si aumenta o disminuye, si va nuevamente olvidando su nombre, olvidando los parámetros de la esfera, el tiempo, el espacio, la persona, y como décima indicación, el coloca un examen de sangre de emergencia incluido el de alcoholemia. A las 11h11 de la mañana, el doctor médico general, ya le entregan los exámenes que había pedido y solicitado, exámenes de sangre, de tomografía y de ecografía, la tomografía le indican que hay un líquido en el abdomen y necesita ser evacuado, por lo tanto el señor a las 11h11 ya pide un parte operatorio, es decir, ha valorado al paciente y a su diagnóstico el necesita una cirugía de emergencia. Tenemos a las 11h10 de la mañana el registro del anestesiólogo, aquí el anestesiólogo valora al paciente porque ya fue informado que va a ser sometido a una cirugía a una laparoscopía de emergencia. El anestesiólogo indica los referentes, las características por las cuales encuentra al paciente, indica que es un paciente de 33 años, que tiene ASA-III, que tiene un peso aproximado de 75 kilogramos, que ingresa para una laparoscopía de emergencia, que le hace ingresar con dos vías venosas periféricas, que tanto en un brazo como en el otro va a tener sueros. El plan anestésico es una anestesia general balanceada, es decir que este paciente va a recibir medicamentos anestésicos, tanto por vía inhalatoria como por vía intravenosa. El anestesiólogo coloca unos datos muy importantes, que son los signos vitales trans operatorios y me hace dar cuenta cuanto transcurrió la cirugía, el hace la cuenta los 30 minutos, a los 60 minutos y a los 125 minutos, quiere decir que esta cirugía tomó aproximadamente dos horas con cinco minutos, aquí está la tensión arterial, la frecuencia cardiaca y la saturación de oxígeno, todos estos exámenes, todos estos valores se encuentran dentro de parámetros normales, no hay ninguna complicación. A las 12h26 minutos, el cirujano general revalora al paciente, y el escribe una nota, que al principio pone no hay aliento etílico, pero aquí dice, no es claro si existe o no aliento etílico, se saca muestra para realizar prueba de alcoholemia, la misma que se encuentra en laboratorio, se comunica al jefe de emergencia que la muestra se encuentra en el laboratorio. Aquí nuevamente indica que este paciente fue valorado nuevamente por segunda vez. El paciente sigue con el dolor abdominal, nunca desapareció, que ya lo quieren operar pero no hay familiares que se encuentren en ese momento para dar la autorización. A las 13h01, se encuentra el protocolo operatorio, es decir, el diagnóstico que encontraron después de la cirugía, el diagnóstico preoperatorio de este paciente fue un abdomen agudo hemorrágico, y pos operatorio, es un desgarro del meso recto sigmoideo, que son estructuras del abdomen que están sujetando al intestino grueso. En esa parte, el señor muy probablemente recibió un traumatismo que hizo que se lacere el meso, que recoge al intestino grueso, y por esa laceración empezó a sangrar, por eso en la tomografía encontramos 100 cc de líquido libre en el abdomen. Voy a hacer una pequeña explicación de la terminología que expliqué. Para mí son muy importantes estos términos como el examen neurológico, porque voy a valorar el estado de la conciencia del paciente, cómo se encontraba en ese momento. El doctor nos puso una nota que encontraba un paciente somnoliento, pero que estaba ubicado en tiempo, en espacio y en persona. Son criterios para fijarnos en la orientación, el doctor le debió haber preguntado al paciente, orientación en tiempo, preguntar la fecha, el día, el mes y el año, a pesar de que estaba adormitado, somnoliento, nuevamente le pregunta cómo se llama, que edad tiene, de dónde es, y el responde, entonces seguía ubicado en la esfera de la persona, estamos ubicado en tiempo y persona. Pregunta la dirección del domicilio, para ubicarlo en el espacio, el seguía orientado, nunca perdió la conciencia. En el dato que el médico general, el cirujano nos coloca que no sabe si hay aliento o no aliento a alcohol, pero que a pesar de eso se ha obtenido una muestra de alcoholemia, que fue ingresada al laboratorio y que se informó al director del hospital, en qué condiciones fue extraído esta muestra. Si bien es cierto el médico general, el médico del hospital, la licenciada enfermera, sabe su actividad clínica, no sabe la médico legal, la forense, para extraer una muestra de sangre en un paciente quirúrgico, todo el paciente le debieron realizar una limpieza con alcohol, con yodo, y con líquidos que se utiliza

en el paciente quirúrgico, para ver extraído la muestra de sangre, estoy muy segura que las licenciadas de enfermería que son las que van a realizar el ingreso de la vía, limpiaron con alcohol la torunda de algodón, esto está contraindicado cuando queremos recoger una muestra para estudio de alcolemia, porque a pesar que el alcohol es un producto volátil que fácilmente se evapora, el momento que yo coloco y hago contacto con la piel, estoy contaminando la piel con el alcohol, y el momento que ingresa el catón con la aguja ese momento se contaminó la muestra que voy a tomar, entonces sí me preguntaría en qué condiciones se pudo extraer esa muestra de sangre, por lo que me pregunto, cómo estuvo la toma de la muestra, cómo fue embalada, cómo fue recogida, como fue el transporte y la conservación de la misma hasta el laboratorio, yo no puedo concluir solo en esta parte que existió un mal manejo de la cadena de custodia en cuanto a esa toma de la muestra de sangre. Aliento a alcohol etílico, actualmente esto de oler el aliento que está alcohol que está en estado etílico ya no funciona, ya no es una prueba acreditada y voy a demostrarles científicamente porqué. El decir que huelo un aliento etílico o alcohol es un término subjetivo porque es la percepción de mi persona hacia una cosa, puedo ver que está puesto una camisa blanca, pero si se pregunta a otra persona dice no es celeste, es la percepción que tengo del objeto en estudio. El término a aliento etílico es muy subjetivo y referencial, el médico refiere, el anestesiólogo refiere, pero nadie concreta. Ahora hay patologías que dan el aliento etílico, he mencionado tres: el tiempo de ayuno prolongado, la diabetes y el síndrome de destilación, que son una de las tantas enfermedades y patologías que nosotros las personas podemos tener, y podemos obtener este aliento etílico. Las personas que están con diabetes cuando están mal controladas y mal tratadas, el propio organismo no puede metabolizar la glucosa que es la sustancia que nos da energía al cuerpo, por lo tanto nuestro organismo coge energía del tejido grado, porque necesita energía, necesita estimulación, coge esta energía del tejido graso y la transforma en el hígado como los cuerpo cetónicos, que están formados por cetona, que es la que le da el aliento a vino de manzana, un aliento dulzón. Entonces, no puedo decir que huele a vino de consagrar, que parece que ha tomado, no puedo decir que por eso esté en estado etílico, no es una prueba. Voy a indicar cómo transcurrió la cirugía de esta persona, la que estamos en estudio. Se realizó una anestesia general, es una depresión farmacológica reversible del sistema nervioso central que conduce a la perdida de la percepción de todos los estímulos externos y la respuesta a estos, es decir, la persona cuando es anestesiada, pierde contacto con la relación consigo mismo y la relación con el mundo que le rodea. La anestesia general tiene tres fases, la de inducción, la de mantenimiento y la de recuperación, antes de la cirugía, en la cirugía, y después de la cirugía, el término ASA III, que comentaba el doctor anestesiólogo, según la American Society of Anesthesiologists (ASA), es un parámetro para poder intervenir a un paciente, si el paciente está dentro de estos grados, que está en grado tres, que es enfermedad de múltiples aparatos y sistemas pero bien controlado, pero es una característica que le da al anestesiólogo para dar con los medicamentos anestésicos, poder aumentar o disminuir la dosis, hay una enfermedad prevalente, como fue el abdomen agudo donde se encontraba la hemorragia. El paciente Alex Escobar estuvo expuesto en los siguientes momentos: en la fase de pre anestésica donde están ingresándole con la mascarilla para anestesiarlo, recuerden que el anestesiólogo utilizó dos formas de anestesia, la inhalatoria y la intravenosa. En esa mascarilla está utilizando gases que van a dejar dormido totalmente al paciente, para que, para poder iniciar la cirugía, este paciente fue intubado, que ingresaron un tubo por la boca hacia la tráquea y hacia los pulmones, para realizar este evento necesitamos medicamentos que relajen la musculatura, vamos aumentando más medicamentos para dormirlo, para que ya no sienta dolor, y para que relaje la musculatura. Acá encontramos a un paciente que se encuentra totalmente anestesiado. En qué se basó la cirugía laparoscópica de emergencia. Una vez que durmieron al paciente, ingresaron estos trocares, son los puertos para ingresar al abdomen del señor, el principal ingresa por el ombligo, porque es el que va a inflar el abdomen para observar que patología podemos encontrar, ingresa un gas, los otros puertos son las tijeras, los hilos, la electro coagulación para cortar o cerrar un vaso por el que esté saliendo la sangre. Entonces para realizar todo este procedimiento el paciente tenía que estar totalmente dormido, totalmente anestesiado, es más o menos la técnica que les indicaba (explica la imagen de la diapositiva que expone al Tribunal). Se termina la cirugía después de dos horas con cinco minutos, estamos hablando aproximadamente de las 2 de la tarde con 25 minutos que se terminó la cirugía, no que el paciente despertó. No despierta todavía el paciente. Vamos al procedimiento posquirúrgico, donde el paciente ingresa al cuarto de recuperación en estas condiciones, (hace referencia a la imagen), todos los

pacientes que se encuentran en la sala de recuperación están en estas condiciones, están tratando de despertar de los efectos de los medicamento que ubicó el doctor anestesiólogo. Él está recién tratando de conectarse consigo mismo y con el mundo. A partir que termina la cirugía se cuentan 24 horas para que el paciente esté en condiciones de dar algún dato, para poder realizarle cualquier pregunta y que dé una respuesta coherente. En esta fase, del posoperatorio, en donde el paciente está despertando de la anestesiología, se le practica una prueba psicosomática, el 15 de febrero del 2015, a las 18h45, por parte de un agente de tránsito, el esperó, es decir que si la cirugía terminó aproximadamente a las 14h20, aproximadamente pasaron entre cuatro horas y media, hasta cinco como mucho, en donde el paciente recién se encontraba en el despertar de los medicamentos de anestesiología, es decir que él no estaba propenso a responder preguntas, y si las respondía, respondía incoherencias, por los efecto de los medicamentos del anestesiólogo; aun así, el agente de tránsito valora a este paciente, en estas condiciones, y se acerca a ver al paciente y ve los ojos y le dice que presenta nistagmo, con el permiso de ustedes señores (indica con sus ojos a qué se refiere el nistagmo) es el movimiento involuntario de los ojos horizontal o vertical. Pone que tiene nistagmos positivos. El agente de tránsito se acerca nuevamente al paciente y le huele el aliento y pone aliento etílico, más abajo pone un ítem donde dice: estado del paciente: acostado, refiere que está en la camilla del hospital, es decir que está en esas condiciones donde no puede ser valorado, porque está bajo el efecto de los medicamentos anestésicos, no puede ser valorado porque está en el despertar de los efectos secundarios de los medicamentos anestésicos. Es decir, aquí utilizaron sevoflurano fentanilo que son medicamentos que le dejan totalmente dormido al paciente, y relajado, para despertarlo, utilizan nuevos medicamentos, pero hacen que esta persona pueda despertar tranquilamente, o pueda despertar de una forma agresiva, se puede empezar a patear a sacudir, por lo que cuanto tienen ese despertar agresivo, los pacientes son colocados unas gasas y son amarrados a las camilla, entonces pienso que una prueba, una pregunta realizada en este espacio de tiempo no vale. Otros datos que para mí son importantes, los datos de laboratorio, yo encuentro los leucocitos aumentados, que son la células blancas que tenemos en nuestro cuerpo que nos indican que nuestro cuerpo está reaccionando a una inflamación, lo normal es de 5000 a 10000, pero en el paciente tenemos 14670, entonces quiere decir que su sistema inmunológica está respondiendo de una manera normal frente al traumatismo abdominal que tuvo y frente a la hemorragia de 100cc que encontramos en la cavidad abdominal. La hemoglobina 16.7, está en parámetros dentro de lo normal, es decir que a pesar de que perdió sangre con esos 100cc que se describen, tanto la hemoglobina como el hematocrito están en parámetros normales; el tp, es una prueba que consiste en el tiempo en que se va a coagular la sangre, que está dentro de parámetros normales; la úrea es un metabolito que podemos encontrar a nivel de la orina, del riñón, que secreta el riñón que se encuentra igualmente dentro de parámetros normales, es decir, que los anestésicos que ingresó el doctor de anestesiología no han causado ninguna patología en la persona, él está excretando todos los metabolitos de los medicamentos; la creatinina lo normal es 1.3 miligramos, en el paciente está 0.84, que quiere decir que probablemente el señor estuvo en un tiempo prolongado de ayuno; la glucosa, lo normas es de 70 a 110, el paciente presentó 114, todos estos datos son antes de la cirugía, porque hay datos posteriores a la cirugía, los primeros que pidió el médico general para ser valorado por el cirujano, encontramos glucosa de 114 que está dentro de los parámetros normales, que es de 80 a 110 en otros de 70 a 120, cuando está un poco elevado quiere decir que hay ansiedad, hay fisiológicamente el paciente estuvo en ayuno prolongado, por estrés, por politraumatismo como es el caso. He descrito también la amilasa la AST, la enzima ALT, son encimas que el médico las pidió, entonces pensando en que la persona probablemente pueda estar en estado etílico, pidió para descartar eso, y los valores se encuentran dentro de lo normal. La aminotransferasa está en valor de 38, los parámetros normales son de 56 microlitros por litro de sangre, está dentro de parámetros normales, qué hubiera si estaba en estado etílicos, estas enzimas estuvieran totalmente elevadas, por encima de los 56 microlitros por litro de sangre. He puesto las fases de alcohol para ver si alguna de ellas me encaja cómo se encontró al paciente, las fases del alcohol son cuatro, he descrito la primera, es la fase de euforia y excitación donde empieza el señor a hablar y hablar y se empieza a desinhibir, la segunda fase es la intoxicación, como esta persona puede o no estar acostumbrado a la ingesta de alcohol, él puede estar presentando una incapacidad para coordinar movimiento, puede presentar también desequilibrio, caídas, esto no fue valorado, porque según la historia refiere, el paciente siempre se encontró en decúbito dorsal, es decir acostado en la camilla, nunca se le indicó camine, o algo, no está descrito en la historia

técnica, la fase hipnótica o de confusión, la tasa de alcoholemia es de dos gramos por litro, esta persona presenta irritabilidad, agitación somnolencia, cefalea, dentro de eso está que él piensa que es superman y puede lanzarse por la ventana el empieza un estado de euforia, se acompaña esta parte, nauseas, vómitos, ninguno de estos signos está dentro del paciente. La fase anestésica o de estupor y coma, es totalmente cuando el paciente empieza a deprimir su sistema nervioso central, empieza a hablar un lenguaje incoherente. El médico nos describe que el señor nunca perdió la conciencia, él estuvo orientado en tiempo, espacio y persona, nunca perdió la conciencia. La fase bulbar o de muerte, es cuando realmente este paciente tomó en exceso y entró en un estado en que se desconectó del mundo, hay un shock cardiovascular, por lo tanto, el cuerpo ha ganado el alcohol sobre los líquidos corporales internos que tiene el pulmón, el corazón, y empieza con un paro cardiorrespiratorio que puede producir la muerte, ninguna de las fases coincide con las características que los propios médicos describen en la historia clínica acerca del paciente. Se me ha realizado un cuestionario. Determine e informe sobre la existencia o no del estado de embriaguez del señor Alex Mauricio Escobar Sarria en relación a la historia clínica respecto al protocolo de operación. En contestación, no observé ningún ítem de la historia clínica donde los facultativos intervinieron en la cirugía e indiquen que se encuentra en estado etílico, todos los médicos dijeron que no, pero como yo les indiqué es un término subjetivo, ni en el momento preoperatorio, antes cuando estaba siendo evaluado, ni en el transoperatorio, ni en el posoperatorio, ninguno de los médicos, ni el cirujano ni el anestesiólogo, está indicando que tenga aliento a alcohol. Segunda pregunta: Informe técnicamente sobre la actuación y procedimiento del doctor anestesiólogo Juan Carlos Espín, médico del hospital del IESS, y su reporte de la historia clínica en la que no menciona que se encuentre en estado de embriaguez. La valoración anestésica, procedimientos clínicos y procedimientos fueron empleados de forma correcta y efectiva de acuerdo a la dosis por kilo, por eso lo importante, que yo indiqué el peso del paciente, fue de 75 kilogramos que el anestesiólogo colocó, y en base a este peso el empezó a dar dosis por kilo de peso porque así se da todos los medicamentos, específicamente los medicamentos anestésicos; porque usted si se pasa la dosis le puede dejar al señor muerto. En el procedimiento anestésico seguido durante la cirugía programada no se evidencian complicaciones en cuanto a la dosis de medicamentos utilizados, es decir, el cuerpo reaccionó frente a los medicamentos que colocó. Que informe la intervención y el actuar del cirujano del doctor Mendieta en la operación que se le aplicó en el hospital. Se analiza la historia clínica, y basado el doctor Mendieta que fue el cirujano general se basa en los exámenes de laboratorio, en la sangre que explique anteriormente, en la química sanguínea, en exámenes de imagen y sus hallazgos, es decir la tomografía computarizada que fue del abdomen donde se encontró sangre, y el parte operatorio se encuentra debidamente sustentado en procedimientos, técnicas, y hallazgos quirúrgicos, en el trans y posoperatorio sin complicaciones, no hubo ninguna complicación. La cuarta, realice la experticia técnica del informe médico legal del doctor José Méndez, que es el perito legista el 21 de febrero del 2015, las 10h00, el doctor José Méndez, perito médico legista de la ciudad de Cuenca realiza un examen médico legal y se basa en la historia clínica del hospital y pone sus conclusiones respaldado de la historia clínica, no se inventa ningún síntoma, se encuentra respaldado en la historia clínica del hospital del seguro. Determine el informe sobre la validez de la prueba psicosomática actuada en este proceso y si esta fue legal, oportuna y técnicamente realizada, y sobre todo a la existencia de los videos audiovisuales de esta prueba, para el efecto se debe tomar en cuenta el estado de salud al momento en que se le practicó la misma, se deberá informar el día y la hora de la realización de la prueba por el policía Antonio Pala Quelal. Fue realizada el 15 de febrero de 2015, este señor es un agente de tránsito, a pesar de que hubo o puede haber tenido mucha experiencia en realizar estas pruebas psicosomáticas, no era el momento para realizarla al paciente que estaba recién despertando de los efectos anestesiólogos, no era el momento. Lo único que pudo valorar el señor fueron los efectos secundarios de los medicamentos anestésicos, eso fue lo que valoró. La fase del despertar inmediato, se da desde que termina la cirugía y posteriormente a 24 horas, después de eso, ahí tal vez puedo preguntarle y pueda responder coherentemente, sin embargo, en ese tiempo no lo puede hacer. La declaración que realiza el señor Pala, indica que esperó al ciudadano hasta que salga del quirófano para realizarle el examen de alcohol test, que se realizó aproximadamente a las 18h45. Yo me pregunto cuál es el examen de alcohol test que le realiza, que se basa en que cojo la máquina y le pongo a soplar al paciente, y me va a marcar los grados de alcohol que tiene, pero inmediatamente dice que se le interrogó al ciudadano para que permitiera hacer el examen, pero se negó rotundamente, por lo

que me ordenó la fiscal de turno, que por escrito le hiciera llegar el examen psicosomático del ciudadano, el cual presentaba espasmo movimientos involuntarios de los ojos, el nistagmo que expliqué, tenía un rostro agotado, cuando él le indica en su declaración un rostro abotagado, que es muy diferente, se le percibía el aliento a ingesta de alcohol, no grabó su procedimiento en cuanto al examen realizado, es decir, este movimiento involuntario, él tenía que haberlo filmado, y en el video teníamos que haber visto el movimiento involuntario de los ojos, nunca lo filmó, se supone que él tenía que haberse acercado y olerle, tampoco está filmado. Tampoco está filmado que el paciente estuvo en condiciones posoperatorias, entonces no sé si se perdió, no lo filmó, no sé qué pasó con eso. El informe dice que tiene que ayudarse y complementarse con el video, pero no hay video en donde me debe indicar el nistagmo de la persona, pero no hay, no tengo en qué basarme. En este caso al tratar la prueba psicosomática, a mi criterio como médico legista, perito especializado de la función judicial, no es válido, por los antecedentes ya mencionados, debido a que este examen se lo realizó a las 18h45 del 15 de febrero de 2015, en un paciente que se encontraba en el periodo de tiempo posoperatorio inmediato, que se cuenta a partir de la terminación de la cirugía hasta 24 horas posteriores de la misma, habían transcurrido cinco horas, pero fue menos, pero aproximadamente, tiempo en que los medicamentos utilizados por el doctor anestesiólogo presentan efectos secundarios, como son, hay efectos adversos frecuentes y muy frecuentes, entre los muy frecuentes, agitación, sensación de inquietud y perturbación, la persona quiere pegar, pararse, sacarse las vías, la frecuencia cardiaca más lenta, empieza a decaerse o empieza a respirar profundamente o empieza a roncar; puede presentar nauseas, vómitos, la sensación de estar enfermo, porque está bajo los efectos de los anestésicos. Los efectos adversos frecuentes, adormecimiento o sensación de somnolencia, es decir que está adormitado, como que está dormido, dolor de cabeza, frecuencia cardiaca alta, presión alta, e incluso los medicamentos pueden causar edema de la glotis, es decir se puede hinchar y el paciente diga que se ahoga, eso es obstrucción de las vías respiratorias por efectos secundarios de los medicamentos de anestesia, salivación aumentada, el paciente puede estar acostado, y empieza la saliva a salirle por la comisura labial, y no es que el paciente sea una persona mal educada, sino que son los efectos secundarios de los medicamentos. Puede presentar fiebres, calosfríos, glóbulos blancos aumentados o disminuidos, se detecta la glucosa aumentada en la sangre, el aumento de las enzimas hepáticas, como les comenté anteriormente, el médico sacó la AST, la ALT, que son enzimas hepáticas que nos van a indicar si estuvo con consumo de alcohol o no, y el mismo examen de la química sanguínea nos indicaron que estaban dentro de los valores normales, que no había aumento ni disminución, sino que se encontraba dentro de parámetros normales. Además el manejo anestesiólogo transoperatorio con ketorolaco de 30 miligramos produjo dolor intenso pos operatorio, cuando el paciente empieza a despertar, producto del ingreso de cuerpos extraños como en este caso, el anestesiólogo pone un analgésico, en este caso colocó una ampolla de ketorolaco que es muy baja la dosis para el dolor tremendo que el señor presentaba, por lo que no fue un paciente candidato que podría estar en condiciones de dar una entrevista adecuada por el malestar y la propia fase de despertar de los medicamentos antes mencionados. Es decir, los que utilizó el médico anestesiólogo, por haber existido el antecedente de la laparoscopía exploratoria, se presente el antecedente de una mala mecánica ventilatoria por encontrarse bajo los efectos de los narcóticos opioides, drogas que deprimen el sistema nervioso central, el paciente no se encontraba en condiciones óptimas de ser valorado para cualquier tipo de examen. Fue un momento inadecuado, inoportuno, en donde el agente de tránsito no valoró sino a un paciente que estaba con los efectos secundarios de los medicamentos de anestesiología. Se ha revisado y analizado la historia clínica y el expediente del caso a tratar, y no consta un audio video del examen realizado al señor Alex Escobar Sarria, el 15 de febrero del 2015 a las 18h45, el agente de tránsito Quelal, le entrega a la Fiscal por escrito un examen de la prueba psicosomática donde pone nistagmo positivo, aliento a alcohol y que se encontraba el paciente en la camilla, pero nada de esto fue filmado. Que se nombre un perito especializado con el informe sobre el resultado de la sangre. En la historia clínica que se me entregó analicé minuciosamente, exhaustivamente pero solo indica el momento en donde el cirujano general indica que se saque la muestra de sangre, que se deje al laboratorio que informan a las autoridades, pero nunca indica el resultado de esa prueba de alcoholemia; no hay en la historia clínica. Como conclusiones médico legales, llegué que el señor Alex Mauricio Escobar Sarria, actualmente es una persona de 42 años, mayor de edad, el reconocido presentó lesiones por un probable lesiones de tránsito el 15 de febrero de 2015, es intervenido en el hospital del seguro de la ciudad de

Cuenca, con un diagnóstico preoperatorio de traumatismo superficial que afecta múltiples regiones del cuerpo, dolor abdominal y pélvico abdomen agudo, y posterior a la cirugía, el diagnóstico cambia a desgarro de meso recto sigmoideo, que todos los procesos realizados por los doctores, tanto de anestesiología como cirugía general fueron procedimientos clínicos, técnicas, y utilización de medicamentos dentro de parámetros normales de cirugía, no hubo ninguna alteración. Que la cirugía realizada a este señor Escobar Mauricio, no presentó ninguna complicación preoperatoria, transoperatoria y posoperatoria, que la prueba psicosomática realizada al señor Alex Mauricio Escobar Sarria, a las 18h45 del 15 de febrero del 2015, no es válida, por cuanto lo único que valoró el agente de tránsito, y lo indiqué fueron los objetos secundarios de la metabolización, es decir de la degradación de los medicamentos que se utilizaron para el procedimiento anestésico quirúrgico, que el paciente, el señor escobar Sarria, al momento de la realización del alcohol test, o psicosomático, porque hasta la fecha no sabemos si le hicieron o no el alcohol test, por el tiempo posoperatorio inmediato, que se cuenta a partir de la terminación de la cirugía hasta 24 horas posterior a la misma. Al haber sido sometido a una cirugía, se encontraba bajo los efectos narcóticos opioides que deprimen el sistema nervioso central. El paciente no se encontraba en condiciones óptimas para ser valorado por cualquier tipo de examen. Se realizó un examen médico legal con fecha 21 de febrero de 2015, donde concluía que dichas lesiones son producto de un probable suceso de tránsito, determina una incapacidad para el trabajo de 20 días, no se encuentran videos o audio videos en la historia clínica ni en el expediente del procesado, que indiquen la sintomatología que presentó al momento de realizar el examen psicosomático por parte del agente de tránsito, no hay resultados de la realización del examen de alcoholemia. Como les vuelvo a repetir, la única indicación, el cirujano general indica que se extraiga la sangre depositada en el laboratorio, pero no se indica en qué parte se inició la cadena de custodia y no hay resultados de la sangre. No se mantuvo procedimiento de la cadena de custodia en cuanto a la extracción de la sangre, y no se encuentran resultados del examen de alcoholemia. Una vez analizada, estudiadas las copias de la historia clínica del señor Alex Mauricio Escobar Sarria, donde constan exámenes de gabinete, de laboratorio, de sangre, de química sanguínea, de imagenología y tomografía, del estado mismo del paciente, desde que ingresa al hospital, debo indicar y manifestar en criterios médicos normales y que el paciente no se encontraba en estado etílico. Esa ha sido la auditoría médico legal a la historia clínica del paciente. Alex Mauricio Escobar Sarria. ***Se concede la palabra a la acusación particular para que proceda con el contrainterrogatorio. Pregunta:*** ¿Cuál fue la pericia que realizó?; ***Respuesta:*** La auditoría médico legal a la historia clínica del paciente Alex Mauricio Escobar Sarria; ***Pregunta:*** ¿Cuál fue la metodología que realizó usted?; ***Respuesta:*** Si nos basamos en métodos científicos, utilizamos artículos para comparar los exámenes presentados en el paciente, con exámenes de una persona en estado etílico y en estado normal, bibliografía tanto de cirugía, anestesiología, toxicología. Esas fueron las técnicas que utilicé; ***Pregunta***: ¿Usted ha realizado estudios en percepciones humanas?; ***Respuesta:*** no se realiza estudios de percepciones humanas, siempre son términos subjetivos y es lo referente, realizamos el estudio, la auditoria con papeles técnicos científicos como la auditoria donde dice, refiere, manifiesta, pero nunca el estudio de percepciones. Indiqué que los médicos refieren, eso es un término que en medicina se conoce como subjetivo. ***Se concede la palabra a la Fiscalía para que proceda con el contrainterrogatorio: Pregunta:*** ¿Con una cerveza una persona puede estar en estado etílico?; Respuesta: Ya no se utiliza la técnica del aliento a alcohol, la única técnica que me permite si la persona está en estado etílico es la prueba de alcoholemia en el estudio de la sangre, que indica el grado de alcohol; ***Pregunta***: No pregunté sobre si olió o no, ¿la pregunta es si con una cerveza una persona puede estar en estado etílico?; ***Respuesta:*** Sí señor, porque está ingresando el alcohol a su cuerpo en un grado muy bajito; ***Pregunta:*** ¿Si está en estado etílico con una cerveza, puede estar orientada e tiempo espacio y lugar?; ***Respuesta:*** No, siempre se desequilibra en algún lugar; ***Pregunta:*** La perito nos indica que cuando ingresó a la operación le hicieron examen de sangre, tal vez no estaba en estado etílico por el procedimiento que se manejó, ¿si o no?; ***Respuesta:*** Yo no indico, yo no refiero yo estoy haciendo un estudio técnico científico basado en los diagnósticos que da el cirujano, el anestesiólogo y los exámenes de sangre y de química sanguínea y las imágenes de imagenología, el médico cuando le ausculta, le revisa al paciente, le está realizando el examen neurológico, la conciencia, el examen de relación entre el paciente y le medio que le rodea, es el médico cirujano general el que dice que le encuentra ubicado en tiempo, espacio y persona, no lo digo yo;, lo dice el que realizó el examen el 15 de febrero de 2015. ***Pregunta:*** Sin embargo usted nos dice que

todo tiene que estar en la cadena de custodia; ***Respuesta:*** Cuando se extrae muestras, me refiero a cadena de custodia porque el doctor cirujano general indica que se extrae la muestra de sangre para alcoholemia, sin embargo, en una evolución en una hora posterior, el indica que se extrae la sangre, se entrega a laboratorio y se informa al director del hospital, pero no es así como se lleva una cadena de custodia. Se tiene que ingresar en un papel indicando a tal hora se sacó la extracción, extrae la licenciada, a tal hora se lo ingresa en un tubo de tapa lila, de tapa roja, de tapa amarilla, se ingresan 5 cc de sangre y se escribe el nombre de la persona que se extrajo, ese documentos lo entrega el señor de laboratorio que va a recibirnos la cadena de custodia, porque es el que inició la cadena de custodia. Ahí no explica nada, ahí dice que entregó, pero no dice quién recibió, no dice donde lo colocó, como lo embaló. ***Pregunta:*** ¿Usted puede valorar prueba?; ***Respuesta:*** ¿valorar qué prueba?; ***Pregunta:*** Aquí nos dice que no es válida la prueba; ***Respuesta:*** La prueba psicosomática, por los antecedentes que está en la historia clínica; ***Pregunta:*** la pregunta es puntual ¿Usted puede valorar prueba?; Respuesta: Yo no puedo valorar prueba; ***Pregunta:*** Sin embargo nos dice que no es válido; ***Respuesta:*** Por los antecedentes que tengo en la historia clínica; ***Pregunta:*** ¿Puede o no puede valorar prueba?; ***Respuesta:*** Sí. ***El doctor Edgar Flores Mier, miembro del Tribunal, solicita las siguientes aclaraciones: Pregunta:*** Solamente para aclarar, usted luego del análisis que hizo de la historia clínica y en las circunstancias que llegó el paciente, significa que poniéndolo de otro lado ¿Si es que el paciente estaba en estado de embriague, pudo haber sido intervenido quirúrgicamente?; ***Respuesta:*** Sí pero la dosis de los medicamentos anestésicos tenían que haber variado totalmente; si puede ser intervenido porque tenemos que salvar la vida del paciente; ***Pregunta:*** ¿Qué tiempo dura el alcohol en la sangre de la persona?; ***Respuesta:*** depende de la cantidad que haya ingerido, en término medio, una persona que esté en estado de embriaguez, el alcohol en la sangre dura aproximadamente entre cuatro y seis horas; en este caso coloca dos vías y por ahí envía 2100 ml de líquido y al último, 1100 más, entonces de una relación de 3200 que eso hace que el alcohol o la substancia que se encuentra en el organismo, puede ser droga o alcohol, se elimine rápidamente de la sangre. ***Pregunta:*** Luego de la descripción que nos hizo sobre los resultados de laboratorio ¿de acuerdo a esos resultados, su conclusión es de que el señor Alex Mauricio Escobar Sarria no se encontraba en estado etílico?; ***Respuesta:*** No se encontraba en estado etílico. ***Pregunta:*** Luego de todo este análisis científico, podríamos llegar a la conclusión de que ¿el examen psicosomático que hizo el agente de tránsito es un eximen falso o un eximen errado?; ***Respuesta:*** Falso y errado puedo decirlo, porque como expliqué, el valoró posiblemente el vio este movimiento, el apercibió porque dice aliento etílico, pero como expliqué, él estaba bajo los efectos secundarios de los medicamentos. El sevoflurano cuando sale del cuerpo da un aliento a ajo, a agrio, solo las personas que hemos pasado por medicina, por los campos quirúrgicos sabemos esto, los anestesiólogos más que yo probablemente. Entonces es un eximen erróneo, no se lo debió haber hecho para mi criterio, porque estoy tratando de hacer coincidir síntomas con la embriaguez.; ***Pregunta:*** ¿Por las conclusiones científicas que usted llega y nos ha dicho categóricamente que el señor Escobar Sarria no se encontraba en estado de embriaguez, eso quiere decir que los testigos, las otras personas que dijeron sentir ese aliento a alcohol, también serían datos falsos?; ***Respuesta:*** Yo estudié la historia clínica, porque si me pusiera a leer el expediente estoy intoxicando mis conocimientos y pudiendo hacer un error de falsedad, unos falsos positivos que se llama; mi único trabajo aquí qué realizar un estudio técnico científico de la historia clínica, no sé si tuvo testigos; ***Pregunta:*** No le pregunto por la circunstancia de que usted haya leído o no todo el expediente, sino porque usted dice que en la misma historia clínica se menciona esto, los médicos lo mencionan, que estaba aliento etílico; ***Respuesta:*** No mencionan, el cirujano general que lo valora a las 10h10, él pone no aliento etílico, el coloca, está en la historia clínica, luego lo revalora, entonces él empieza a dudar si es que hubo o no, porque me imagino que ya recibió alguna orden extra porque el pone indicación que se saque sangre para alcoholemia, para verificar por antecedentes que ese momento que escuchó, hay un accidente de tránsito, pero olerán, eso es muy subjetivo, el único examen que me dice que este señor estuvo o no en estado alcohólico es la alcoholemia. ***La doctora Daniella Camacho Herold, ponente del Tribunal, solicita las siguientes aclaraciones: Pregunta:*** Usted habló que en los exámenes de laboratorio, uno de los componentes, la creatinina, cuando está baja puede indicarnos ayuno, ¿ese ayuno puede dar este aliento cetónico?; ***Respuesta***: Sí; ***Pregunta:*** ¿Pero eso no indica consumo de alcohol?; ***Respuesta:*** No, como le indicaba, una persona está en ayuno prolongado, es un diabético descompensado, el organismo coge la energía del tejido graso y transforma la grasa en

cuerpos cetónicos, los cuales están formados por cetona, y como está produciendo en gran cantidad el hígado hace que nuestro aliento sea dulce, como vino de consagrar, como vino de manzana. Así lo dice la literatura, la fisiología y la toxicología; ***Pregunta:*** ¿Es un aliento que pueda confundir al común de las personas?; ***Respuesta:*** Claro, lo puede confundir". [Sic]

4.3. Fundamentación del recurso de revisión.- el señor Alex Mauricio Escobar Sarria, a través de su abogado defensor, como alegato final expresó:

"Se ha probado en derecho claramente con los peritajes claros y precisos que en ningún momento mi defendido se encontraba en estado de embriaguez, no solo son pruebas científicas, sino que obedecen a la verdad histórica; es más, se ha determinado claramente que el aliento es subjetivo y que en ningún momento podía establecerse por ningún concepto, ni siquiera por presunción el estado de embriaguez. Peor, siendo que la embriaguez es el consumo excesivo, no se ha probado que mi defendido se negó al alcohol-check o a la prueba de alcoholemia como lo manifestó el policía Walter Pala Quelal; es decir, no quiero alargarme, todas las pruebas, todos los hechos probados se acomodan a la norma, se sumen a la norma establecida en el artículo 377 del COIP, que es, desafortunadamente, la muerte culposa y las lesiones y que aplica la pena que este artículo ordena. Hemos desvirtuado totalmente la embriaguez. Por eso, señores jueces, señores ministros, señores jueces nacionales, de forma más comedida acepten nuestra petición de revisión y se determine la pena que corresponde a este de delito." [Sic]

4.4. En contestación, la acusación particular, expresó:

"No se ha probado nada, la perito psicóloga no ha realizado nunca un examen psicosomático, como la puede valorar si nunca la ha realizado. La segunda perito, manifestó claramente aquí de percepciones humanas, recordemos que dentro del proceso, la percepción no solo correspondió a los médicos, sino también a varios testigos, también existió la prueba de audio y video que fue firmado en ese momento y que un perito lo sustento en su debido momento, no es la única prueba de alcohol existió un sin número de pruebas, dentro del carro se encontraron botellas de alcohol, si pretendían tirar abajo la prueba de alcoholemia, debían tirar con todas y cada una de las pruebas y no tan solo la que les convenía, por lo que considero que el recurso de revisión no se debe aceptar, porque se debe demostrar cosas claras que tiren abajo una sentencia ya ejecutoriada". [Sic]

4.5. En contestación, **la Fiscalía**, expresó:

"El artículo 658.3 del COIP, que es la que se ha invocado en este recurso de revisión. Documentos o testigos falsos no han habido, informes periciales maliciosos o errados, han traído dos peritos tratando de indicar que como bien lo dijo la testigo, que ha valorado prueba, la valoración de prueba le corresponde a los jueces, no a los testigos. Los peritos tienen que hacer una exposición técnica, explicando las circunstancias y detalles. La misma perito nos dice que con una cerveza puede producir estado etílico, cuánto tiempo puede pasar ese efecto, hacen menciones sobre temas muy subjetivos, estas cuestiones técnicas tienen que ser puntuales y objetivas no referenciales, que el medico porque escuchó o tal vez oyó, eso no tiene porque mencionar el perito, asume que hizo el examen de alcoholemia, eso no es un informe técnico, es una opinión más allá de lo técnico; aparte de eso, si es válido o no es válido, el perito tiene que mencionar técnicamente demostrar, llegar al convencimiento de que algo pasó, lo cual no se ha dado, más bien parecería que he escuchado argumentar a un abogado que a un perito. No creo que haya habido pericias maliciosas ni mucho menos erradas, son los acontecimientos de ese momento y los hechos suscitados en ese momento, lo único que han traído acá son los peritajes, más los elementos para que el juez llegue a ese entendimiento y sancione a estado por todas las circunstancias que se han dado, y hasta el momento, dentro del informe de la perito, no desvirtúa en ninguna parte el informe de otro perito; por lo cual, solicitamos por parte de la Fiscalía que no se acepte el recurso de revisión y se mantenga la sentencia como se encuentra actualmente".

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Revisión.

5.1. Sobre el recurso de revisión

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 […]".

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

"El primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.

Al respecto, el Estado constitucional de derechos y justicia "se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas […]"

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, definió lo que constituye el debido proceso en un Estado constitucional:

i. Un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el cual "la persona humana debe ser el objetivo primigenio, donde la misma aplicación e interpretación de la ley sólo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos"[1].

ii. "En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales). Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in peius, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc."[2].

La ex 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 ex Corte Constitucional del Ecuador, razonó:

"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:

[1] Sentencia 007-09-SEP-CC, caso 0050-08-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.
[2] Sentencia dictada en el caso 002-08-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602, de 01 de junio de 2009.

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]

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición en sentencia N. 014-09-SEP-CC dictada en el caso 0006-08-EP, publicada en el Registro Oficial 648 de 4 de agosto de 2009, dijo:

"el Recurso de Revisión constituye un nuevo juicio, con nuevas pruebas en contra del Estado, salvo el caso del numeral 6 del artículo 360 antes citado, este Recurso que se lo tramita frente a la contradicción del Ministerio Público, en donde las partes procesales son: por un lado el condenado, y por el otro, el Fiscal General como representante del Ministerio Público."

Para Orlando Rodríguez[4] la revisión:

"Es un mecanismo a través del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa jugada, en procura de reinvindicar la justicia material, porque la verdad procesal declarada es disonante con la verdad histórica del acontecer objeto del juzgamiento; esta demostración solo es posible jurídicamente dentro del marco que delimitan las causales taxativamente señaladas en la ley. Pretende la reparación de las injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente de la del proceso."

Según el artículo 660.3 del Código Orgánico Integral Penal:

"En la audiencia, los sujetos procesales expondrán sus fundamentos y practican las pruebas solicitadas […]".

Cuando la ley exige que la parte interesada fundamente una petición se espera una explicación razonada del motivo de su alegación en forma lógica y coherente, para determinar si demuestra la realidad histórica en oposición a la verdad procesal contenida en la sentencia que está ejecutoriada.

5.2. Sobre la materia del recurso de revisión

En el escrito de solicitud de revisión el recurrente invocó la siguiente causal:

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

[…]

3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.

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

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

La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia."

Del análisis de los argumentos realizados por la defensa técnica del recurrente en la audiencia de fundamentación del recurso de revisión, acepta la comisión del delito y la responsabilidad del procesado, reprochando únicamente el informe realizado por el agente de tránsito Walter Antonio Pala Quelal; por lo tanto, el Tribunal considera que el problema jurídico en el que sustenta exclusivamente el recurso es el siguiente:

¿Se probó científicamente el estado de ebriedad del sentenciado en el informe sobre el examen psicosomático?

5.2.1. Consideraciones del Tribunal sobre el recurso de revisión

La defensa técnica del señor Alex Mauricio Escobar Sarria, en su propuesta impugnatoria de revisión, invocó la causal 3 del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal como el sustento normativo de su pretensión impugnatoria, cuyo presupuesto de hecho para su procedencia es: "*3 Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados.*"

De manera general, para la fundamentación oral de la causal tercera en la audiencia, en primer lugar, es necesario que el recurrente identifique cuáles son los documentos o testigos que alega falsos, o los informes maliciosos o errados; en qué hechos particulares derivados de estas pruebas, recaen los vicios de falsedad, la malicia o yerro; y, las razones

[3] Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.
[4] Rodríguez, Orlando "Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo" pág. 393, Editorial Temis, Bogotá, 2008.

por las que se configurarían estos vicios a través de la contraposición de los hechos derivados de las pruebas y los que se consideran corresponden a la realidad histórica o al estado actual de la ciencia y técnica materia de la pericia.

En segundo lugar, tiene que explicar por qué los elementos probatorios que ataca y los hechos considerados probados por los mismos fueron trascendentales para la decisión de condena; de manera que, desvirtuados los mismos, el razonamiento judicial impugnado carece de sustento fáctico. Estos requerimientos nacen de la misma causal, que claramente expresa que la sentencia "**se ha dictado en virtud** de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados"; es decir, los elementos que se alegan falsos, maliciosos o errados deben ser fundamentales para la decisión de condena.

Resulta incompleta e insuficiente una fundamentación que se limite a señalar y/o probar que uno de los elementos que sustentaron la condena adolece de error, en especial si este no fue trascendente en el juicio de reproche; se debe demostrar también que la verdad procesal contenida en la sentencia condenatoria no corresponde a la verdad histórica; es decir, demostrar una propuesta fáctica distinta a la contenida en la sentencia impugnada.

Es requisito indispensable para la procedencia del recurso de revisión por la causal 3 la práctica de prueba nueva, que aporte información contundente que permita demostrar la falsedad, malicia o yerro de los elementos de prueba que motivaron la condena y la propuesta fáctica del impugnante distinta a la contenida en la sentencia condenatoria ejecutoriada.

El Diccionario de la Real Academia Española, define como prueba *"razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo[…]; justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*"[5]; y, define como nuevo o nueva lo *"que se ve o se oye por primera vez; […] distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido; […] que sobreviene o se añade a algo que había antes"*[6]

Por lo anotado, este Tribunal de Revisión considera como prueba nueva aquella que no fue pedida, ordenada, practicada e incorporada durante la etapa de juicio, que da cuenta de hechos y circunstancias distintos a los que se consideraron demostrados en la sentencia reprochada y que eran desconocidos por el Tribunal que emitió la condena. El objetivo de la prueba nueva en el recurso de revisión va dirigido a aportar información que permita desvirtuar la verdad procesal establecida en la sentencia reprochada, y dependiendo de la causal invocada, atacar los sustentos de la sentencia condenatoria respecto a la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado.

En atención al principio de inmediación, los elementos probatorios deben ser actuados ante el Tribunal de Revisión, que tomando en cuenta la fundamentación del recurrente, deberá determinar si la información puesta en su conocimiento es suficiente para establecer **con absoluta certeza** el error de hecho incurrido en la sentencia condenatoria y dejar sin autoridad a la cosa juzgada.

Establecidos los parámetros de la fundamentación del recurso de revisión por la causal tercera que debe cumplir el recurrente, corresponde analizar los argumentos del señor Alex Mauricio Escobar Sarria frente a los argumentos que permitieron fundamentar la decisión de condena en la sentencia reprochada, exclusivamente sobre el punto de hecho reprochado, esto es la comprobación del estado de embriaguez.

En cumplimiento de su obligación de fundamentar la solicitud de revisión, por la causal prevista en el tercer numeral del artículo 568 del Código Orgánico Integral Penal, el recurrente reprochó únicamente el informe del examen psicosomático realizado por Walter Antonio Pala Quelal, al que tachó de errado al no haber sido realizado conforme lo exige la técnica, pues se practicó sobre el procesado cuando este estaba recuperándose de una intervención quirúrgica y aún estaba bajo los efectos de la anestesia.

En este sentido, y previo a analizar la prueba aportada en la audiencia de revisión y la contrastación con la prueba que fundamentó la condena, es

[5] Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23a ed.). Consultado en http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UVZCH0c

[6] Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23a ed.). Consultado en http://dle.rae.es/?id=QhsYsNr

necesario examinar la decisión judicial reprochada para establecer cuáles fueron los fundamentos fácticos que permitieron fijar como probado el único error de derecho que ha reprochado el recurrente: el estado de ebriedad al momento del accidente.

Según la sentencia condenatoria, esta circunstancia de hecho se probó en con sustento en los siguientes elementos probatorios, análisis que se contiene en el considerando octavo de la decisión impugnada:

> "[…]De la misma forma, adquiere trascendental importancia **el testimonio rendido por WALTER ANTONIO PALA QUELAL**, quien toma procedimiento en el presente caso, realiza el parte informativo, y en ejercicio de sus funciones se dirige al Hospital del Seguro Social, en donde en un primer momento no se le permite tomar contacto con el señor Escobar Sarria, pues se encontraba siendo intervenido quirúrgicamente con el fin de salvaguardar su vida e integridad, pero posterior cuando se lo pasa a sala, se le pide realizar la prueba de alcohotest a la que según ha indicado bajo juramento, se NIEGA ROTUNDAMENTE, **indicando además que percibe aliento a licor**. Al respecto el **artículo 464 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal establece que: "En caso de que la o el conductor se niegue a que se le practiquen los exámenes médicos o corporales, se presumirá que se encuentra en el máximo grado de embriaguez o de intoxicación por el efecto de alcohol o de sustancias sujetas catalogadas a fiscalización."** De tal forma que según la legislación ecuatoriana, la sola negativa a realizarse los exámenes de comprobación, **determinan la presunción de encontrarse en el máximo grado de embriaguez.** Debe considerarse además que el Código Orgánico Integral Penal, establece en el artículo 498 los medios de prueba que son: 1.- El Documento. 2.- El testimonio. 3.- La pericia. En el caso que nos ocupa, **el hecho además es corroborado por la prueba testimonial**, la que según nuestra legislación es válida, de **WIMVER CRESPO**, quien es la **primera persona que procura brindar auxilio al acusado**, quien según ha indicado bajo juramento, que lo ha colocado sobre sus piernas, a pocos centímetros de distancia, lo que le permite tener un contacto directo, y **percibir el aliento a alcohol**. Conteste con este testimonio, es el rendido por los **paramédicos que le brindan auxilio, CESAR PARRA Y PAUL MAISINCHO**, quienes son congruentes, e indican que en el cumplimiento de su labor debieron acercarse lo más próximo posible hasta sentir su respiración y que **pudieron percibir el aliento a alcohol**, hecho que además consta en la hoja de atención prehospitalaria. De tal forma que el estado de embriaguez, **no tiene como fundamento exclusivamente la presunción señalada en el artículo 464 numeral 5, sino que también se basa en testimonios reales, de las personas que estuvieron en el lugar de los hechos**, a lo que también debe sumarse la presencia de la botella de licor encontrada en el interior del automotor conducido por Alex Escobar. **Se ha hecho constar por escrito un examen psicosomático, sin embargo, de conformidad con el mandato establecido en el artículo 464 numeral 5 parte final que reza: "De igual manera serán válidas las pruebas psicosomáticas que los agentes de tránsito realicen en el campo, registradas mediante medio audiovisual.", al carecer del registro por medio audiovisual, <u>no se le da valor probatorio</u>** […]" (El énfasis añadido)

De la lectura del texto citado se desprende que la circunstancia de ebriedad se consideró demostrada con fundamento en el testimonio del agente de tránsito, Walter Antonio Pala Quelal, quien intentó realizar el alcohotest, al cual, según referido testigo, el procesado se negó rotundamente; lo que permitió a la Jueza que dictó la condena la aplicación de la presunción *iuris tantum* prevista en el artículo 464.5 del Código Orgánico Integral Penal, presunción de hecho que admite prueba en contrario.

Presunción de hecho, que dice la sentencia condenatoria se "corrobora" con tres testimonios, además del agente de tránsito: el del ciudadano Wimver Crespo, quien fue la primera persona en brindar auxilio al hoy recurrente; y, los paramédicos que lo atendieron en el lugar de los hechos, ciudadanos César Parra y Paúl Maisincho. Quienes en sus atestaciones coincidieron en afirmar que el señor Alex Mauricio Escobar Sarria, tenía aliento a alcohol. Estas son apreciaciones organolépticas, que por su naturaleza son eminentemente subjetivas, sin un respaldo técnico o científico más allá de las características percibidas por los sentidos, en este caso el olfato. El examen psicosomático no fue considerado como prueba al carecer de valor por no haberse realizado el registro audiovisual.

La falta de verificación de esta circunstancia en la realidad procesal corresponde al recurrente, quien debía demostrarla en la audiencia con la práctica de la prueba nueva, que consistió únicamente en los testimonios de la psicóloga Nidia Tatiana Burgos Enríquez y de la doctora médico legista María de los Ángeles Cerón Moreno quienes realizaron auditorias periciales sobre el informe psicosomático y la historia clínica del procesado, respectivamente.

Del testimonio de la ciudadana Nidia Tatiana Burgos Enríquez, quien realizó la auditoría de "validez psicosomática", en lo principal, comunicó al Tribunal que la prueba psicosomática está validada científicamente en el Ecuador para su uso en estos casos, que el momento en que fue realizada sobre el señor Alex Mauricio Escobar Sarria no era el más adecuado pues estaba bajo los efectos de anestésicos que se le aplicaron para someterlo a una intervención quirúrgica, y para toda prueba psicológica el paciente debe estar en condiciones adecuadas, "porque puede estar en un momento de crisis, tanto en el estado mental como el físico, entonces es difícil determinar alguna sintomatología, o signo o mucho peor un diagnóstico".

Sin embargo, la perito omitió indicar al menos cuáles serían las condiciones adecuadas para realizar una prueba psicosomática, que permita conocer al Tribunal un parámetro técnico de referencia respecto al informe reprochado; además, la referida testigo expresó que nunca ha realizado una prueba psicosomática, por lo tanto, si bien ha acreditado su función como psicóloga y por tanto sus conocimientos técnicos en la materia, ha aceptado que no tiene experiencia sobre este examen específico, lo que impide a este Tribunal dar fuerza probatoria a sus conclusiones respecto sobre un punto técnico que la mismo perito acepta no tener experticia por falta de experiencia.

Además, tal pericia fue actuada con la finalidad de invalidar el informe psicosomático, el mismo que ni siquiera fue considerado como prueba por la Jueza que emitió la condena, mucho menos sirvió de sustento para la condena.

Además, sobre el error de hecho que sustenta el recurso, esto es que el sentenciado no se encontraba en estado de embriaguez al momento del accidente, la atestación no aporta ningún dato al respecto. En consecuencia, si bien corresponde a prueba nueva, por las circunstancias anotadas el testimonio de la perito Nidia Tatiana Burgos Enríquez resulta inconducente e irrelevante para el presente caso.

Como segunda prueba, la defensa practicó la pericia a la historia clínica para aportar datos técnicos u científicos que permitan comprender la información contenida en la misma; los mismos que no estuvieron en conocimiento de la Jueza que emitió la condena, por lo que la pericia constituye prueba nueva.

Diligencia que fue realizada por la doctora María de los Ángeles Cerón Moreno, médico legista, quien en la correspondiente atestación, transmitió al Tribunal los siguientes datos de relevancia:

1. La única forma de comprobar científicamente si una persona ha consumido alcohol, cuando no se ha realizado el alcohotest, es el examen de alcoholemia que permite medir con precisión el nivel de alcohol por litro de sangre. Sin embargo, si hay otros exámenes que permiten descartar el consumo de alcohol, pues su ingesta altera la química sanguínea, por lo que al no encontrarse estas alteraciones, se puede descartar tanto el consumo de alcohol como cualquier circunstancia que provoca tales valores fuera de lo normal.
2. El aliento a alcohol no es una fuente confiable para determinar si una persona ha consumido alcohol, pues existen otras causas que producen aliento similar al alcohólico, "el tiempo de ayuno prolongado, la diabetes y el síndrome de destilación, que son una de las tantas enfermedades y patologías que nosotros las personas podemos tener, y podemos obtener este aliento etílico".
3. El señor Alex Mauricio Escobar Sarria, ingresó a emergencias en la casa de salud que proveyó la historia clínica, aproximadamente a las 09h41, por el accidente de tránsito objeto de la causa, el doctor Edgar Bermeo hace constar que no hay aliento etílico.
4. Según la historia clínica, a la valoración del examen neurológico se afirma que el paciente se encuentra ubicado en tiempo espacio y persona, información anotada por el médico general, quien solicita un examen de sangre de emergencia incluido el de alcoholemia, por protocolo.
5. A las 11h11, consta que se entregan los exámenes al médico general; se diagnosticó que necesitaba una cirugía laparoscópica abdominal de emergencia.
6. El anestesiólogo procedió con el examen pertinente a su especialidad para colocarle anestesia general balanceada (tanto por vía inhalatoria como por vía intravenosa). Sus anotaciones del transoperatoria se puede determinar que la cirugía tomó aproximadamente dos horas con cinco minutos sin ninguna complicación.
7. A las 12h26, se revaloró al paciente y se hace notar por el cirujano general que no hay aliento etílico pero que se solicita prueba

de alcoholemia para descartar. No se hace constar en la historia clínica los resultados de este examen.

8. "[E]l diagnóstico preoperatorio de este paciente fue un abdomen agudo hemorrágico, y pos operatorio, es un desgarro del meso recto sigmoideo, que son estructuras del abdomen que están sujetando al intestino grueso".
9. Después de la operación tiene que pasar al menos 24 horas para que el paciente esté en condiciones de aportar datos o responder cualquier pregunta, periodo que corresponde a la recuperación en el post-operatorio.
10. Como medicamentos anestésicos se utilizó sevoflurano fentanilo.
11. La química hemática estaba en rangos normales, en especial "la amilasa la AST, la enzima ALT, son encimas que el médico las pidió, entonces pensando en que la persona probablemente pueda estar en estado etílico, pidió para descartar eso, y los valores se encuentran dentro de lo normal", "si estaba en estado etílico, estas enzimas estuvieran totalmente elevadas, por encima de los 56 microlitros por litro de sangre".
12. Ninguna de las descripciones realizadas en la historia clínica corresponden a alguna de las fases del alcohol, que son: euforia o excitación, intoxicación, hipnótica o de confusión, la anestésica o de estupor y coma.
13. Las dosis de medicamentos anestésicos eran los normales para la altura y peso del paciente, para una persona que ha consumido alcohol las dosis deben ser diferentes o podría haber muerto.

Asimismo la testigo refirió porqué, ante la medicación anestésica y la situación de posoperatorio, no se podía realizar el examen psicosomático y mucho menos a un diagnóstico, por lo que la información del mismo resultaría invalidad e imprecisa. Sin embargo, como ya se anotó, el examen psicosomático no se valoró como prueba y no fundamentó la condena, por lo que los datos en contra de este, resultan irrelevantes para el recurso de revisión.

Cobra especial relevancia de la pericia y atestación de la médico legal, los datos científicos y técnicos que comunica al Tribunal sobre tres puntos:

i. las enzimas hepáticas del examen de la química sanguínea, permiten verificar que los resultados corresponden a los rangos normales, que en el caso de ingesta de alcohol los mismos se elevan, lo que no se encuentra en la historia clínica del señor Alex Mauricio Escobar Sarria, por lo que se puede descartar el consumo de alcohol.
ii. las dosis de medicamentos anestésicos corresponden a las normales para una persona de la talla y peso del señor Alex Mauricio Escobar Sarria. En el caso de verificarse alcohol en la sangre las dosis debían ser diferentes o se puede provocar la muerte del paciente; la cirugía procedió sin complicaciones y si el recurrente habría consumido alcohol las dosis que le aplicaron debían ser diferentes o se habría producido una complicación e incluso la muerte, lo que nos permite descartar también el consumo de alcohol.
iii. finalmente, el consumo de alcohol produce fases en el estado de conciencia y funcionalidad de una persona, ninguna de estas fases se encuentra descrita en la historia clínica; si bien no permite descartar por si misma el consumo de alcohol, es concordante con las otras dos circunstancias que sí tienen la fuerza suficiente para desvirtuar tal hecho.

De la fundamentación del recurrente, se desprende que este yerra en atacar al informe del examen psicosomático, pues del análisis de la sentencia condenatoria este no sirvió de fundamento para emitirla. Sin embargo, con su nueva prueba ha aportado información relevante sobre la comprobación del estado de embriaguez, error de hecho que motiva se recurso de revisión.

En este sentido, y como se anotó anteriormente, en la sentencia condenatoria el estado de embriaguez se consideró probada en base a una presunción de hecho, prevista en el artículo 464 del Código Orgánico Integral Penal, habilitada por el testimonio del señor Walter Antonio Pala Quelal quien afirmó, y "corroborada" por los testimonio de los paramédicos y de un ciudadano que brindaron auxilio al recurrente el momento del accidente.

El testimonio de Walter Antonio Pala Quelal refiere que percibió aliento a alcohol en el señor Escobar Sarria; afirmó también que se negó a que se le realice el alcohotest. Es decir, sobre estado la ebriedad del hoy recurrente, únicamente refirió el aliento a alcohol, lo que se analiza en párrafos siguientes. Lo que si debe desvirtuarse es la presunción de hecho habilitada por esa afirmación, que establece:

> **Art. 464.- Ingesta de alcohol y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización**.- En materia de tránsito, se seguirán las siguientes reglas:
> […]
> 5. En caso de que la o el conductor se niegue a que se le practiquen los exámenes de comprobación, **se presumirá que se encuentra en el máximo grado de embriaguez o de intoxicación por efecto de alcohol o de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización**. De igual manera serán válidas las pruebas psicosomáticas que los agentes de tránsito realicen en el campo, registradas mediante medio audiovisuales.

Precisamente, el recurso de revisión es el medio oportuno para que, una condena ejecutoriada fundamentada en una presunción de hecho prevista en la ley, que sí admite demostración en contrario, sea desvirtuada a través de la práctica de nueva prueba.

En este sentido, y en el caso en concreto, el máximo grado de embriaguez que se presumió demostrado, se encuentra desvirtuado con la información aportada por la perito médico legal, que ha transmitido los conocimientos científicos y técnicos propios de la materia de su experticia, que permiten conocer al Tribunal de Revisión que el ciudadano Alex Mauricio Escobar Sarria, no se encontraba en estado de embriaguez al momento del accidente, pues la ingesta de alcohol se expresa en el organismo con síntomas desde el instante del consumo hasta hora después, por lo que al momento de que fue sometido a la cirugía (que fue de emergencia) debían reflejarse estos síntomas en los exámenes respectivos. Se ha comprobado científicamente que las enzimas hepáticas del recurrente, al momento de la cirugía estaban en rangos normales y no elevados como correspondería a la ingesta próxima de alcohol. De igual manera, las dosis de los medicamentos anestésicos aplicados a Alex Mauricio Escobar Sarria son los normales, en caso de detectarse médicamente la ingesta de alcohol, estos debían haber sido elevados. Además, cabe agregar que esta información se encuentra en la historia clínica, que es un documento legal, emitido por una autoridad sanitaria, en el que se registraron las circunstancias médicas que correspondían al momento mismo de la examinación, diagnóstico y tratamiento. Es decir, técnica, científicamente y legalmente se descarta el consumo de alcohol por el hoy recurrente antes o durante el accidente de tránsito.

Respecto de los testimonios del agente de tránsito Wimver Crespo y los paramédicos César Parra y Paúl Maisincho, que refirieron percibir aliento alcohólico en el procesado, la perito ha transmitido al Tribunal que tal aliento puede producirse por más de una causa; asimismo no se les puede asignar un valor de verdad para demostrar el estado de ebriedad o la ingesta de alcohol, pues tal circunstancia requiere de un examen técnico-científico sobre el paciente para su comprobación, no siendo suficientes apreciaciones subjetivas producto de los sentidos sin una herramienta que permita determinar las magnitudes de tal ingesta que pueda transmitir con seguridad tales hechos al órgano juzgador. Toda vez más, que tales atestaciones contradicen con la información científica antes referida.

En consecuencia, se verifica de manera contundente, que la circunstancia de ebriedad ha sido desvirtuada, que fue considerada probada en función de una presunción de hecho prevista en la ley y corroborada en testimonios a los que no se puede dar valor de verdad, al haber prueba de carácter técnico que demuestra lo contrario. Por lo que se verifica que la sentencia se dictó en virtud de testimonios falsos.

Ante la necesidad de una intervención quirúrgica como en el presente caso, que pone en condiciones físicas que imposibilitan las pruebas de alcohotest, el agente de tránsito era responsable de cumplir, y asegurar su cumplimiento, la norma del numeral 4 del artículo 464, que establece:

> **Art. 464.- Ingesta de alcohol y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.-** En materia de tránsito, se seguirán las siguientes reglas:
> […]
> 4. Si las condiciones físicas de quien conducía imposibilitan realizar las mencionadas pruebas, el agente solicitará el traslado del o de los heridos a un establecimiento de salud acreditado, en el que se le realizará los exámenes correspondientes.
> […]

Si se cumplía con esta regla, las circunstancias sobre la ingesta de alcohol habrían quedado claras, sin que se produzca una sentencia injusta que dé lugar al recurso de revisión.

Cabe agregar que la defensa técnica del recurrente aceptó la materialidad de la infracción y la responsabilidad culposa en el accidente de tránsito, reprochando únicamente la circunstancia clasificatoria de la infracción de la ingesta de alcohol. Asimismo, la defensa se ratificó en el reconocimiento de la reparación integral a favor de la víctima. Solicitando que se aplique el tipo penal que corresponde a la realidad histórica.

En otras palabras, lo que se solicita es que se aplique un tipo penal diferente al que acusó la Fiscalía y por el cual fue condenado el procesado. Del análisis ya realizado, se verifica que, efectivamente, la circunstancia calificatoria del delito, sobre el estado de embriaguez ha sido legal y debidamente desvirtuada, por lo que el tipo aplicado no correspondería a la realidad histórica, siendo la condena por tal tipo penal (acusado por la Fiscalía), injusta por configurarse el referido error de hecho.

Tomando en cuenta lo analizado, y previo a dar su decisión, el Tribunal de Revisión, reflexiona sobre el objetivo del recurso de revisión de la reivindicación de la realidad histórica como expresión del derecho a las víctimas a la determinación de la verdad y el principio de congruencia respecto a la calificación jurídica de los hechos por el juzgador.

5.2.2. Sobre el derecho de las víctimas a la determinación de la verdad

En virtud de los artículos 11.3[7] y 426[8] de la Constitución de la República del Ecuador, y, 5[9] del Código Orgánico de la Función Judicial. Es obligación de los jueces aplicar directamente las normas constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos, que son de inmediato cumplimiento y aplicación.

El sistema interamericano de Derechos Humanos, en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sobre el deber de los Estados de garantizar y respetar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otros instrumentos internacionales y sus propias sentencias, ha expresado:

> "193**. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin**, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."[10] (el énfasis nos corresponde)

Por tanto, es obligación de este Tribunal de Revisión, como órgano judicial del Estado, tomar en cuenta en su decisión en la presente causa, las disposiciones de los instrumentos internacionales

[7] **Constitución de la República del Ecuador.- Art. 11.-** "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

[8] **Constitución de la República del Ecuador.- Art. 426.-** "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos."

[9] **Código Orgánico de la Función Judicial.- Art. 5.-** "PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos."

[10] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Párr. 193.

de derechos humanos y la interpretación de estas normas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre el ámbito de aplicación de las normas sobre derechos humanos, la Corte IDH, en la sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay, estableció:

> "183. Esta Corte ha destacado que **la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos[214] y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados**, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*.[215]
>
> 184. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención[216] […]"[11]. (el énfasis nos corresponde)

En el mismo caso, la Corte IDH, agregó:

> "189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[224]
>
> 190. Como consecuencia de esta obligación, **los Estados deben prevenir, investigar y sancionar <u>toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar</u>, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos**[225]."[12] (el énfasis nos corresponde)

Las expresiones de la Corte IDH son claras, las reglas para garantizar y respetar los derechos humanos son aplicables en todos los casos en los que exista vulneración de alguno de ellos, como los delitos en los que el bien jurídico protegido es precisamente un derecho humano; y, las mismas adquieren aún mayor relevancia en casos de graves violaciones de derechos humanos, cuando la trasgresión se produjo con la participación o tolerancia de agentes del Estado.

Es decir, la aplicación de la Convención, otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos y los criterios de la Corte IDH no es exclusiva a graves violaciones de derechos humanos, sino que deben ser tenidos en cuenta en toda decisión de autoridad pública, dentro del ámbito de sus competencias, en todos los casos en los que se vulnere o esté en peligro un derecho reconocido y desarrollado en dichos instrumentos internacionales.

Continuando con esta línea de razonamiento, la Convención, en su articulado reconoce:

> **Artículo 25.- Protección Judicial**.
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
>
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
>
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
>
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.
>
> **Artículo 8.- Garantías Judiciales.**
>
> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable,

---

[11] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafos 183 y 184. Referencias de la cita corresponden a las siguientes:

[214] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra nota 20, párrs. 166; Caso Cabrera García y Montiel Flores supra nota 16, párr. 215; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, párr. 137.

[215] Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 23, párr. 84; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, párr. 137, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 197.

[216] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra nota 20, párr. 167; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, párr. 138; Caso Rosendo Cantú y otra, supra nota 9, párr. 175.

[12] Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafo 190.

por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. […]

Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En base a estos derechos la Corte IDH ha determinado el derecho de las víctimas (y la sociedad) al conocimiento de la verdad de los hechos, y la obligación del Estado (y sus órganos como este Tribunal de Revisión) de garantizar y respetar este derecho:

"242. La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)[381]. Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables[382]. […]

298. Respecto a la alegada violación del artículo 13 de la Convención[479], la Corte recuerda que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención[480], el derecho a conocer la verdad, por lo que aquéllos y la sociedad toda deben ser informados de lo sucedido[481] […]".[13] (el énfasis nos corresponde)

Lo que ha ratificado en varias de sus decisiones:

- "145. La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)[117] […]

147. De otro lado, en cuanto a la alegada violación del artículo 13 de la Convención Americana por parte de los representantes, **la Corte recuerda que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención**[119]". (el énfasis nos corresponde)[14]

[13] Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafos 242 y 298. Referencias de la cita corresponden a las siguientes:

[381] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 260.

[382] Cfr. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, párr. 191.

[14] Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 145 y 147. Referencias de la cita corresponden a las siguientes:

[117] Cfr. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), supra nota 16, párr. 106; Caso Goiburú y otros, supra nota 11, párr. 110; y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 27, párr. 127.

[119] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 16, párr. 148; Caso Blanco Romero y otros. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 62; y Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78.

- "187. Del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación.
- 188. La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos[223].
- 189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[224]."[15]
- "509. En distintos casos la Corte ha considerado que el derecho a la verdad "se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención"[789][…]

[…]

511. Al respecto, la Corte reitera que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención[795] el derecho a conocer la verdad (supra párr. 481) No obstante, considera que en el presente caso el derecho a conocer la verdad se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los artículos 8 y 25 de la Convención[796], lo cual constituye además una forma de reparación. […]"[16]

---

[15] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafos 187 y 188. Referencia de la cita corresponde a la siguiente:

[223] Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores, supra nota 16, párr. 192, y Caso Gomes Lund y otros (Guerrillsa do Araguaia), supra nota 16, párr. 139.

[224] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra nota 20, párr. 166; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 65; Caso De la Masacre de las Dos Erres, supra nota 127, párr. 234, y Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 16, párr. 140.

[16] Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, Párrafo 505. Referencia de la cita corresponde a la siguiente:

[789] En la mayoría de los casos la Corte ha realizado dicha consideración dentro del análisis de la violación de los artículos 8 y 25. Cfr. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 166; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 180; Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 151; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 206; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párrs. 243 y 244; Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, párr. 240, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 220; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 147; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre

- "180. Adicionalmente, la Corte ha considerado que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que los hechos sean efectivamente investigados por las autoridades estatales y, en ese sentido, a conocer la verdad de lo sucedido. De manera particular, la Corte ha establecido el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia en casos de desaparición forzada de personas. […]"[17]
- "242. La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)[381]. Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables[382].

Sobre este derecho a conocer la verdad de los hechos, la Corte IDH ha fijado los siguientes estándares internacionales, que en respeto a las obligaciones convencionales del Estado, y por disposición Constitucional, son vinculantes para este órgano jurisdiccional:

a. No solo las víctimas directas de la vulneración de un derecho son titulares de este derecho, los son también sus familiares:
   - "166. Tal y como lo ha señalado la Corte en casos **anteriores los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones**[93]. Éste se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento[94]. […]"[18] (el énfasis nos corresponde)
   - "301. **La Corte ha considerado que los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad, por lo que deben ser informados de lo sucedido**[358]. Por otra parte, en particular sobre casos de desaparición forzada, la Corte ha establecido que el derecho a conocer la verdad es parte del "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se

de 2009. Serie C No. 202, párrs. 119 y 120; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 298. En un caso dicha consideración se realizó en dentro de la obligación de investigar ordenada como una medida de reparación. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 148. Además, en otros casos se ha establecido que está subsumido en los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la Convención, pero no se ha incluido dicha consideración dentro de la motivación del punto resolutivo respectivo. Cfr. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 291, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 263, y Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 173.

[795] Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 243, y Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 220.

[17] Corte IDH. Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, Párrafo 180.

[18] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 301. Referencias corresponden a:

[358] Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 76 y 77, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr. 298.

[319] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra, párr. 181, y Caso Gelman Vs. Uruguay, supra, párr. 243. 360 Cfr. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, supra, párr. 270.

encuentran sus restos"[359]. […]"[19] (el énfasis nos corresponde)

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico interno, en armonía con lo establecido por la Corte IDH, en el artículo 441.3 del Código Orgánico Integral Penal, expresamente considera como víctimas de la infracción: "La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior."

b. El derecho de las víctimas a conocer la verdad comprende tener un conocimiento pleno y completo de los actos que vulneraron sus derechos, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas de la infracción:
   - "234. **El derecho a conocer la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación.** En los casos de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas[318]. La Corte considera que, aparte de las labores realizadas por diversas entidades para el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas y el enjuiciamiento de personas responsables, corresponde al Estado, como medida de reparación que busca satisfacer el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad, recurrir a mecanismos idóneos para mantener viva la memoria de las víctimas y dar transparencia a los hechos que violentaron los derechos humanos por medio del establecimiento de espacios de memoria pública, ya sean estos memoriales, monumentos, museos, entre otros."[20] (el énfasis nos corresponde)

c. El derecho a la verdad no es un derecho autónomo, está subsumido al derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento.
   - "76. Si bien el Estado no se pronunció en la contestación de la demanda sobre la presunta violación del derecho a la verdad, la Corte no estima que éste sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención Americana, como fuera alegado por los representantes, y por lo tanto, no se pronunciará sobre este punto. La Corte ha señalado que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento[14]. […]"[21]
   - "62. La Corte no estima que el derecho a la verdad sea un derecho autónomo consagrado en los artículos 8, 13, 25 y 1.1 de la Convención, como fuera alegado por los representantes, y por lo tanto no homologa el reconocimiento de responsabilidad del Estado en este punto. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las

---

[19] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 301. Referencias de la cita corresponden a:
[358] Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 76 y 77, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr. 298.
[359] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, supra, párr. 181, y Caso Gelman Vs. Uruguay, supra, párr. 243. 360 Cfr. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, supra, párr. 270.

[20] Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, Párrafo 234. La referencia de la cita corresponde a
"[318] Cfr. ECOSOC, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Estudio sobre el derecho a la verdad", UN Doc. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006."

[21] Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, Párrafo 76. Referencia de la cita corresponde a:
[14] Cfr. Caso Montero Aranguren y otros, supra nota 12, párr. 55; Caso Baldeón García, supra nota 3, párr. 166; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 7, párr. 219.

responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento[43]."[22]

- "48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[3]" [23]
- "201. De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención." [24]

d. El derecho a conocer la verdad se enmarca en el derecho de acceso a la justicia:
   - "118. […] La Corte ha reconocido que el derecho a conocer la verdad de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos se enmarca en el derecho de acceso a la justicia[139] […] El derecho a conocer la verdad también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y recientemente por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA)[141]."[25]
   - "146. Esta Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables[118]" [26]

e. El derecho de las víctimas de acceso a la justicia debe asegurar que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables:
   - "115. Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables[98]." [27]

---

[22] Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, Párrafo 62. Referencia de la cita corresponde a:
[43] Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 62; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 97; y Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 257.

[23] Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, Párrafo 48. Referencia de la cita corresponde a:
[3] Cfr. Caso Bámaca Vélasquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr.201

[24] Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, Párrafo 201.

[25] Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párrafos 118. Las referencias de la cita corresponden a:
[139] Cfr., entre otros, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra nota 11, párr. 181; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo, supra nota 42, párr. 201; Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 48; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 9, párr. 148; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 58, párr. 222; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra nota 58, párr. 244; Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia, supra nota 63, párr. 289, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, supra nota 14, párr. 117.
[141] Cfr., inter alia, al Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la lucha contra la Impunidad (E/CN.4/2005/1 02/Add. 1); Informe sobre la actualización del conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, a cargo de la profesora Diane Orentlicher (E/CN4/2005/102, de 18 de febrero de 2005); Estudio sobre el Derecho a la Verdad, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006); Asamblea General de la OEA. Resoluciones sobre el Derecho a la Verdad, AG/RES. 2175(XXXVI-0/06), AG/RES. 2267 (XXXVIIO/07) y AG/RES 2406 (XXXVIII-0/08).

[26] Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, Párrafo 146. Las referencias de la cita corresponden a:
[118] Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 8, párr. 382; Caso Vargas Areco, supra nota 8, párr. 101; y Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 15, párr. 289.

[27] Corte TDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. Párrafo 115. Referencia de la cita corresponde a:
[98] Cfr. Caso Bulacio. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114; Caso de la Masacre de la Rochela, supra nota 7, párr. 146, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 382.

f. Es obligación del Estado establecer la verdad a través de los procesos judiciales:
   - "298. Teniendo en cuenta que los hechos propios de este caso se desarrollaron dentro de un conflicto armado no internacional, el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido adquiere una relevancia particular. La Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad[353]. Aun cuando estas comisiones no sustituyan **la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales**[354], la Corte ha establecido que se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen[355]."[28]
   - "135. Al respecto, la Corte considera pertinente reiterar, como lo ha hecho en otros casos, que, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad[205]. No obstante, esto no completa o **sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales**[206] […]".[29] (el énfasis nos corresponde)
   - "259. Tal como lo ha hecho en otros casos[335], la Corte valora la publicación del informe de la CEH, Guatemala: Memoria del Silencio, el cual incluye el caso de las masacres de Río Negro, como un esfuerzo que ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico de Guatemala. Sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la "verdad histórica" contenida en ese informe no completa o sustituye **la obligación del Estado de establecer la verdad y asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales a través de los procesos pertinentes**[336]". [30]

g. El deber del Estado de llegar a la verdad no debe ser asumido como una formalidad, o como mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de los sujetos procesales o de la aportación privada de elementos probatorios.
   - "120. La Corte ha establecido que el deber de investigar no debe ser asumido por el Estado como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa[99], o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios[100]. Esto último no se contrapone

---

[28] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 298. Referencias de la cita corresponden a:
[353] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr. 298.
[354] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra, párr.298.
[355] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, supra, párr. 128.

[29] Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Párrafol35. Referencias de la cita corresponden a:
[205] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 55, párr. 128; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 97, párr. 297, y Caso Radilla Pacheco, supra nota 25, párr. 74.
[206] Cfr. Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 55, párr. 128; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), supra nota 97, párr. 297, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 100, párr. 158.

[30] Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, Párrafo 259. Referencias de la cita corresponden a:
[335] Cfr. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra, párr. 232, y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, supra, párr. 234.
[336] Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 150, y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, supra, párr. 234

con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos[101]".[31]

h. La satisfacción del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible:
   - "192. **La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades**[227].".[32] (el énfasis nos corresponde)
   - "102. Por otra parte, la ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas y sus familiares, quienes tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido[65]. **Dicho derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades**[66]".[33] (el énfasis nos corresponde)

i. El desconocimiento del derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos, por parte del Estado es una forma de trato cruel e inhumano a sus familiares, por lo que dicha violación está vinculada con el derecho a la integridad personal:
   - "301 [...] La Corte ha indicado que la privación de la verdad acerca del paradero de una víctima de desaparición forzada acarrea una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos[360], por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad[361]".[34]

j. El derecho a la verdad, al ser ejercido y reconocido por el Estado constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares:
   - "78. La Corte ha reiterado que los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones. **Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe**

---

[31] Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. Párrafo 115. Referencias de la cita corresponden a:
[99] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 75, párr. 177. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 255; Caso Ximenes Lopes, supra nota 60, párr. 148.
[100] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 75, párr. 177. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 255, y Caso Goiburú y otros, supra nota 75, párr. 117.
[101] Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 227. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 255, y Caso Goiburú y otros, supra nota 75, párr. 117.

[32] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafo 192. La referencia corresponde a:
[227] Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, supra nota 9, párr. 158, y Caso Chitay Nech y otros, supra nota 63, párr. 234.

[33] Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, Párrafo 102. La referencia corresponde a:
[65] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 20, párr. 181; Caso Heliodoro Portugal, supra nota 13, párr. 146, y Caso García Prieto y otros, supra nota 58, párr. 102.
[66] Cfr. Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 195.

[34] Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. Párrafo 301. La referencia corresponde a:
[360] Cfr. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64, párr. 114, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, supra, párr. 270.
[361] Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 113.

satisfacer. Por otra parte, el conocer la verdad facilita a la sociedad peruana la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro[59]".[35]

- "62. Por otra parte, este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[23]; **al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación**. Por lo tanto, en este caso, el derecho a conocer la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las presuntas víctimas[24]".[36]
- "240. En cuanto al derecho a conocer la verdad, la Corte recuerda que éste se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención[279], lo cual constituye además una forma de reparación[280]. En consecuencia, la Corte no hará, en este caso, un pronunciamiento adicional respecto de la alegada violación del derecho a la verdad formulada por los representantes[281]". [37]

k. Sólo si se esclarecen las circunstancias de la violación del derecho humano trasgredido, el Estado reconocerá a las víctimas y sus familiares el derecho a la verdad:
   - "109. Como ha señalado este Tribunal, sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, no sólo sobre el paradero de sus restos mortales sino sobre todo lo sucedido con la víctima".[38]

l. El Estado debe tomar las medidas necesarias para investigar y establecer la verdad de lo sucedido, su desconocimiento reproduce condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse:
   - "126. Primeramente, es pertinente recordar que la práctica sistemática de la desaparición forzada supone <u>el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los</u>

---

[35] Corte IDH. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, Párrafo 78. Las referencias de la cita corresponde a:
[59] Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 1, párr. 297; Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 3, párr. 203 y 204, y Caso 19 comerciantes, supra nota 51, párr. 259.

[36] Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, Párrafo 62. Las referencias de la cita corresponde a:
[23] Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 3, párr. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 3, párr. 97; y Caso Tibi, supra nota 20, párr. 257.
[24] Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 3, párr. 128; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 3, párr. 97; y Caso Tibi, supra nota 20, párr. 257..

[37] Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 2[49], Párrafo 240. Las referencias de la cita corresponden a:
[279] Cfr. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, párr. 291 y Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78.
[280] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 181 y Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, párr. 291.
[281] En el caso Gomes Lund y otros, el derecho a la verdad se vinculó con el artículo 13 ya que la Corte observó que, de conformidad con los hechos del mismo, el derecho a conocer la verdad se relacionaba con una acción interpuesta por los familiares para acceder a determinada información, vinculada con el acceso a la justicia y con el derecho a buscar y recibir información. En el mismo sentido véase Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 243.

[38] Corte IDH. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, Párrafo 109.

derechos reconocidos en la Convención, **lo cual reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse**[184]. De ahí, la importancia de que aquél adopte todas las medidas necesarias para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables; establecer la verdad de lo sucedido; localizar el paradero de las víctimas e informar a los familiares sobre el mismo; así como repararlos justa y adecuadamente en su caso."[39] (El énfasis nos corresponde)

Por lo tanto, en cumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado, ya referidas anteriormente, es obligación del Tribunal de Revisión, para la decisión de la presente causa, atender a los estándares internacionales sobre el derecho a la verdad de las víctimas que han sido revisados en párrafos anteriores.

Este Tribunal debe reconocer y respetar este derecho, por lo cual tiene la obligación convencional de brindar a las víctimas el esclarecimiento de los hechos que llevaron a la privación de su derecho (en la presente causa a la vida y a la integridad personal) y de las responsabilidades correspondientes a través de este proceso judicial y su resolución, para que puedan llegar, en lo posible, un conocimiento pleno y completo.

De las circunstancias específicas que se han analizado en la presente causa se ha demostrado con contundencia que el ciudadano Alex Mauricio Escobar Sarria como conductor provocó el accidente de tránsito en el que fallecieron Carmen Lucila Ávila Ruiz, Álvaro Alfonso Aguilar Ávila, Celene Gisella Gordillo Ávila y Wilson Erminio Sigüencia Bustamante y resultaron con heridas graves la señora Julia Dolores Ávila Ruiz y la niña Karla Adamaris Gallegos Sigüencia. Lo que se ha desvirtuado es que el procesado estaba en estado de embriaguez al momento del accidente, por lo que el tipo penal acusado por la Fiscalía y por el que fue condenado no corresponde a la verdad de los hechos.

El deber de llegar a la verdad implica que este Tribunal de Revisión no puede asumir su rol garantista como una mera formalidad y limitarse, en el presente caso. a declarar la procedencia del recurso y ratificar la inocencia del ciudadano con condena, ignorando la determinación de los hechos que llevaron a la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad personal de las víctimas, pues la satisfacción del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible a través de la declaración de los hechos y la responsabilidad que corresponden; como la Corte IDH lo ha determinado claramente, el desconocimiento del derecho a conocer la verdad de los hechos constituye una forma de trato cruel e inhumano a las víctimas, provocando que el órgano jurisdiccional vulnere también su derecho a la integridad personal, que significa responsabilidad del Estado ante sus obligaciones convencionales.

Es decir, este Tribunal en su resolución no solo debe limitarse a declarar el error de hecho en la sentencia condenatoria, sino a fijar lo que los elementos han arrojado como los hechos más cercanos a la verdad histórica, reivindicándola, que es precisamente el objetivo del recurso de revisión.

Reconocer el derecho a la verdad de los sujetos procesales no entra en contradicción con el objetivo del recurso de revisión, por el contrario, resulta uno de sus fundamentos, pues este ha sido previsto por el legislador como un medio para enmendar una sentencia injusta al fijar hechos falsos en pro de la verdad histórica, que garantiza también el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de la persona injustamente condenada.

De igual manera, como lo exigen los estándares internacionales de Derechos Humanos, sólo si se esclarecen las circunstancias de la violación de los derechos el Estado reconocerá a las víctimas su derecho a la verdad.

Sin embargo, la obligación de este Tribunal de Revisión de determinar la verdad procesal lo más apegada a la verdad histórica, no implica una prerrogativa para que podamos actuar libremente, pues como órgano judicial y parte de las funciones del Estado, estamos sometidos a la Convención y otros instrumentos internacionales, la Constitución de la República del Ecuador y la ley.

[39] Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, Párrafo 126. Las referencias de la cita corresponden a:

[184] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 23, párr. 158; Caso Heliodoro Portugal, supra nota 112, párr. 116, y Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 115.

En este sentido este Tribunal, en la determinación de la verdad, está sujeto también el principio de congruencia, también desarrollado jurisprudencialmente por la Corte IDH:.

5.2.3. Sobre el principio de congruencia y el ejercicio del principio *iura novit curia* en la determinación de la verdad histórica

Así mismo se ha determinado la obligación de este órgano jurisdiccional de reivindicar y determinar procesalmente la mayor verdad histórica posible, que nace de la ley por mediar recurso de revisión e internacional de reconocer y respetar los instrumentos internacionales de derechos humanos ya revisados.

En cumplimiento de esta obligación, este Tribunal de Revisión debe corregir el error incurrido por los juzgadores que emitieron la condena sobre la acusación de la Fiscalía; en otras palabras, debe enmendar la pretensión punitiva del Estado (que se mantuvo en la audiencia de fundamentación del recurso), que ha mantenido su acusación sobre el delito de muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.

Esta facultad de corrección del órgano jurisdiccional, está prevista en la ley, en el Código Orgánico de la Función Judicial:

> Art. 140.- OMISIONES SOBRE PUNTOS DE DERECHO.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.
>
> Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La norma citada anteriormente recoge el principio *iura novit curia*. La aplicación de este principio, según el texto de la ley, tiene como limitación los errores u omisiones exclusivamente de derecho, sin que se pueda rebasar al ámbito fáctico, esto en concordancia con el principio dispositivo y el modelo acusatorio del sistema penal ecuatoriano.

Esta norma sobre los puntos de derecho erróneamente invocados u omitidos por los sujetos procesales, no entra en contradicción con el principio de congruencia (fáctica) recogido en el Código de Procedimiento Penal (reformado):

> Art. 315.- Limitación de la sentencia.- El tribunal de garantías penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos.

Es decir, que el juez no puede pronunciarse sobre hechos que no hayan sido introducidos en la acusación de la Fiscalía, por lo que la aplicación del principio *iura novit curia* tiene como límite la base fáctica propuesta por el titular de la acción penal. Esta limitación se ha desarrollado en la jurisprudencia como principio de congruencia, que se ha de entender como la relación lógica de correspondencia entre los hechos acusados por la Fiscalía y la decisión del órgano jurisdiccional.

Sobre el principio de congruencia, la Corte IDH, en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, expresó:

> "74. El párrafo segundo del artículo 388 del Código Procesal Penal guatemalteco establece que 'en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público'. Esta facultad, consecuente con el principio iura novit curia, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa. La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia.
>
> 75. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de 6 de marzo de 1998, el Tribunal de Sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia."[40]

[40] Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, Párrafos 74 y 75.

En Ecuador, en materia penal, bajo el modelo acusatorio, el único titular del ejercicio de la acción es la Fiscalía (Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador), y conforme lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mohamed Vs. Argentina, en sentencia de 23 de noviembre de 2012, párrafo 132, es al juez a quien corresponde la calificación jurídica de los hechos probados, es decir, debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por la ley penal y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona incriminada al tipo penal.[41]

En consecuencia, la calificación jurídica de los hechos es potestad del órgano juzgador, la acusación formal de la Fiscalía por un tipo determinado no vincula al juzgador ni surte efectos irrevocables ante los hechos que se prueben durante el proceso, siempre y cuando no se altere la base fáctica de la acusación. Es decir, que el juez no puede pronunciarse sobre hechos que no hayan sido incluidos en la acusación fiscal, que incluidos en la acusación no hayan sido aportados al proceso, ni que aportados al proceso no hayan sido sometidos al principio de contradicción (como expresión del derecho a la defensa en la práctica de prueba y debate fáctico). En otras palabras, cualquier hecho sorpresivamente introducido por el juzgador trasgrede al principio de congruencia y vulnera el derecho a la defensa pues no pudo ser enfrentado por los sujetos procesales y ser sometido al principio de contradicción.

No existe trasgresión al principio de congruencia si el órgano juzgador decide aplicar un tipo penal distinto al que acusó la Fiscalía, siempre que se mantenga dentro de la base fáctica formulada en la acusación; incluso cuando el error en la calificación jurídica sugerida por la Fiscalía nace de un hecho acusado que no es debidamente probado.

Así mismo, no se afecta al derecho a la defensa, con relación al ejercicio de la contradicción, cuando el Tribunal realiza la calificación jurídica sobre hechos que no fueron controvertidos por el procesado o sus defensores técnicos y sobre los cuales existe prueba suficiente.

Siguiendo esta línea, este Tribunal de Revisión, atendiendo la obligación del Estado de reconocer el derecho de las víctimas (y la sociedad) a la verdad, y con estricto respeto al principio de congruencia, analiza los hechos que fueron probados (o desvirtuados mediante el medio de impugnación que nos ocupa) para la determinación de los hechos que llevaron a la condena del ciudadano Alex Mauricio Escobar Sarria.

El relato fáctico más apegado a la verdad histórica, es aquel que partiendo de la base fáctica de la acusación fiscal, se excluyen los hechos que han sido desvirtuados mediante el recurso de revisión, y se toman como ciertos aquellos en los que no hubo contradicción por parte del procesado o su defensa, que incluso fueron aceptados por ellos, y están debidamente respaldados por elementos probatorios de los cuales se desprendan los mismos, por lo que no se afecta a su derecho a la defensa, ni al principio de congruencia pues no se fija ningún hecho sorpresa y se realiza la calificación jurídica en función de los hechos aportados al proceso y conocidos oportunamente por el hoy revisionista.

Los hechos probados en la sentencia condenatoria fueron los siguientes:

> "[…] En lo que hace relación al lugar del accidente, conforme se ha demostrado en la audiencia, tanto con la prueba de cargo y de descargo, se ha confirmado que los hechos se han dado en la Autopista Cuenca Azogues, red estatal E 35, de doble sentido de circulación del noreste hacia el suroeste y viceversa, con seis carriles de circulación, tres para cada sentido, dividido por un parterre central, con señalización horizontal y vertical, de curva y límite de peso. En lo que hace relación a la configuración de la vía, se verifica una vía en buen estado y adecuada para la circulación vehicular. En lo que hace relación a las huellas del accidente, […] consisten en huellas de neumático de 100.30 metros dejadas por el vehículo de placas ABF4092, y de arrastre de las carrocerías de los móviles. La zona de pérdida de carril se encuentra ubicada en el carril derecho de circulación de la autopista en sentido Azogues- Cuenca, que el punto de estrellamiento se ubica entre la parte frontal del tercio izquierdo neumático del vehículo de placas ABF4092 contra el bordillo sureste del parterre central. Que la zona de estrellamiento, se

[41] Criterio que confirma lo establecido por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82; Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 90.

encuentra ubicada sobre el bordillo sureste del parterre central a 35.10 desde la zona de perdida de carril hacia el sur. El punto de impacto se ubica entre la parte frontal tercio medio y derecho del vehículo de placas ABF4092 contra la parte frontal tercio izquierdo vértice del vehículo de placas PLC0072. Que la zona de impacto se encuentra ubicada sobre el carril central de circulación de la autopista en sentido Cuenca Azogues. Zona de volcamiento ubicada en el carril derecho de circulación, sentido Cuenca Azogues. […] ALEX MAURICIO ESCOBAR SARRIA era el conductor del vehículo de placas ABF4092 involucrado en el accidente de tránsito. […] el estado de embriaguez, no tiene como fundamento exclusivamente la presunción señalada en el artículo 464 numeral 5, sino que también se basa en testimonios reales, de las personas que estuvieron en el lugar de los hechos, a lo que también debe sumarse la presencia de la botella de licor encontrada en el interior del automotor conducido por Alex Escobar. […] En lo que hace relación al exceso de velocidad al que conducía el acusado, el mismo ha quedado demostrado, no solo por las huellas dejadas en el lugar de los hechos, específicamente la huella de ronceo de cien coma treinta metros, la fotografía del tacómetro del vehículo que marca una velocidad aproximada de 148 kilómetros por hora, que según se ha explicado podría corresponder a la velocidad a la que presumiblemente circulaba debido a que por la transferencia de energía, se habría desconectado el sistema eléctrico, […] José Morán Lozano ha explicado el estudio de la fórmula física aplicada al tránsito, realizada en base de la huella de ronceo (100.30 mts), considerando la superficie de asfalto, le han permitido determinar una velocidad antes del frenado de 141 kilómetros por hora y luego de activar el freno de 138 kilómetros por hora. […] Ha explicado además que debido a que el vehículo se encontraba con una llanta de refacción, siendo distinta en sus características a los tres neumáticos restantes, ha ocasionado que al salir de la curva, el vehículo pierda estabilidad, se pierda el control del automotor, y éste se impacte con el bordillo del parterre para proyectarse hacia el otro carril de circulación e impactarse contra el vehículo de placas PLC 0072, dejando la huella de ronceo de cien metros con treinta centímetros en la vía por donde circulaba el señor Escobar, sentido Azogues- Cuenca. […] Los elementos anteriormente descritos, permiten llegar a una sola conclusión lógica, y que hace relación a que la tesis planteada por fiscalía, sustentada a través de los testigos y peritos, es la correcta. Conforme se ha demostrado en la audiencia, el señor Alex Escobar, conduce el vehículo de placas ABF04092, por autopista Cuenca-Azogues, sentido Azogues-Cuenca, al salir de la curva a una velocidad no permitida, pierde el control del automotor, desviando su trayectoria, dejando una huella de ronceo, pierde el carril de circulación, continuando su trayectoria para luego estrellar la parte frontal tercio izquierdo del neumático contra el bordillo sureste del parterre central, producto de lo cual realiza un salto, invadiendo carril de circulación contrario, e impactándose la parte frontal tercio medio y derecho del vehículo de placas ABF4092 contra la parte frontal tercio izquierdo vértice del vehículo PLC0072, para luego desplazarse quedando sobre la calzada con su parte frontal direccionada al suroeste. Por otra parte el vehículo PLC0072, se desvía hacia el Este originándose un volcamiento. […] Finalmente con la prueba documental presentada, consistente en la certificación de la ANT, se ha demostrado que ALEX MAURICIO ESCOBAR SARRIA, no ha obtenido título habilitante para conducir vehículo a motor, es más, con el certificado de aprendizaje presentado por la defensa, se verifica que no posee licencia de conducir, lo en la legislación ecuatoriana tiene el carácter de agravante de tránsito contemplada en el artículo 374 numeral 2 del COIP. Debe destacarse que el permiso de conducir presentado se encuentra caducado, mismo que de conformidad con el mandato establecido en el artículo 143 del Reglamento a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, no le faculta para conducir vehículos que no sean de la escuela correspondiente y mientras dure el curso de conducción, pues precisamente el otorgamiento de la licencia de conducir busca garantizar la aptitud del conductor para el manejo del automotor así como la idoneidad del mismo para circular con el mínimo de riesgo posible […].

El delito por el que se condenó al señor Alex Mauricio Escobar Sarria, es el previsto en el artículo 376, primer inciso, del Código Orgánico Integral Penal, que establece:

> Art. 376.- Muerte causada por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan.- **La persona que conduzca un vehículo a motor en estado de embriaguez** o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a doce años, revocatoria definitiva de la licencia para conducir vehículos.

Descartado con seguridad el estado de embriaguez al momento del accidente del ciudadano Alex Mauricio Escobar Sarria, en virtud de la prueba nueva actuada en el recurso de revisión, que se analizó en el número 5.2.1 de esta sentencia, y sin que se hayan contradicho los demás hechos acusados por la Fiscalía y considerados probados por la Jueza que emitió la condena, el tipo penal que corresponde a la causa es el previsto en el artículo 377.1 del Código Orgánico Integral Penal:

> "**Art. 377.- Muerte culposa**.- La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir un deber objetivo de cuidado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad.
>
> Serán sancionados de tres a **cinco años**, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, tales como:
>
> 1. Exceso de velocidad.
>
> […]
>
> 5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito".

Asimismo, se consideró demostrada la agravante especial para los delitos de tránsito de no estar legalmente autorizado para conducir vehículos, prevista en el artículo 374.2 del Código Orgánico Integral Penal, sin que se haya reprochado la misma.

> "**Art. 374.- Agravantes en infracciones de tránsito**.- Para la imposición de la pena, en las infracciones de tránsito, se considerarán las siguientes circunstancias:
>
> […]
>
> 2. La persona que sin estar legalmente autorizada para conducir vehículos a motor o haciendo uso de una licencia de conducir de categoría y tipo inferior a la necesaria, según las características del vehículo, incurra en una infracción de tránsito, será sancionada con el máximo de la pena correspondiente a la infracción cometida.
>
> […]"

Por lo que corresponde aplicar la regla para la agravación de la pena prevista en el artículo 44 ibídem, que ordena:

> **"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 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**". (El énfasis añadido)

En virtud de las normas citadas, la pena que corresponde al señor Alex Mauricio Escobar Sarria es de seis años y ocho meses, y la multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general, en atención al artículo 70.8 ibídem. Ratificándose la reparación integral ordenada en la sentencia condenatoria impugnada.

SEXTO.- Resolución

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales, legales y de orden internacional anotadas; el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 15 del Código Orgánico Integral Penal, y con fundamento en los artículos 658 y 660 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 Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, decide:

1. **Declarar** procedente el recurso de revisión planteado por el ciudadano Alex Mauricio Escobar Sarria, en contra de la sentencia condenatoria de 11 de septiembre de 2015, las 15h56, dictada en su contra por la Jueza de la Unidad Judicial Penal de la ciudad Cuenca, provincia del Azuay, que lo declaró autor y responsable del delito de muerte causada por conductor en estado de embriaguez tipificado y sancionado en el artículo 376 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal; al demostrarse que la misma fue dictada en virtud de testimonios falsos únicamente en cuanto a la circunstancia del estado de ebriedad.
2. **Reformar la sentencia impugnada y declarar al ciudadano** Alex Mauricio Escobar Sarria responsable en el grado de autor del delito de muerte culposa por accidente de tránsito, tipificado y sancionado en el artículo 377.1.5 del Código Orgánico Integral

Penal y la agravante prevista en el artículo 374.2 ibídem, por lo que se le impone la pena privativa de libertad seis años y ocho meses y la multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general de conformidad con el artículo 70.8 ibídem; no cabe la suspensión de la licencia de conducir, pues el sentenciado no la ha obtenido.

3. **Ratificar** las medidas de reparación integral dispuestas en la sentencia condenatoria de 11 de septiembre de 2015, las 15h56, por la Jueza *a quo*, esto es:

   "Se condena al sentenciado a pagar, por concepto de reparación, a la ofendida y acusadora particular JULIA DOLORES AVILA RUIZ la suma de MIL SESENTA Y DOS DÓLARES AMERICANOS; a MARTHA XIMINA AVILA RUIZ en calidad de acusador particular por la muerte de su hijo ALVARO ALFONSO AGUILAR AVILA la suma de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS DOLARES AMERICANOS, a JAIME ERNESTO GORDILLO GORDILLO en calidad de acusador particular por la muerte de su hija CELENE GISELLA GORDILLO AVILA la suma de CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHO DOLARES, a MARTHA MAGDALENA RUIZ QUINTEROS en calidad de acusadora particular por la muerte de su hija CARMEN LUCILA AVILA RUIZ la suma de QUINIENTOS UN MIL SETECIENTOS NOVENTA DOLARES AMERICANOS, a MONICA TATINA SIGUENCIA AVILA en calidad de acusadora particular por las lesiones sufridas por su hija KARLA ADAMARIS GALLEGOS SIGUENCIA la suma de MIL SESENTA Y DOS DOLARES AMERICANOS y a OTILIA NARCISA DE JESUS AVILA RUIZ por la muerte de su esposo WILSON ERMINIO SIGUENCIA AVILA, la suma de OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO DOLARES CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS, por los daños ocasionados por la comisión del ilícito." [Sic]

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. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL; Dr. Marco Maldonado Castro, CONJUEZ NACIONAL.

VIII

Juicio Nro. *06171-2013-0034*
Fecha: *24 de junio de 2019, las 11h50*

TEMA: Si se alega como causal de revisión que la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados, el recurrente debe al menos identificar de manera individual cada elemento probatorio que anuncia, señalar qué hechos nuevos aportará con cada uno de ellos, qué relación tienen estos hechos con los que motivaron la condena, y cómo con esta prueba nueva demostrará, primero la causal invocada y, segundo, que la realidad histórica es distinta a la verdad procesal fijada en la sentencia condenatoria.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Riobamba, en sentencia de 25 de junio de 2014, las 12h56, declaró la existencia del delito de sabotaje y terrorismo, tipificado y sancionado en el artículo innumerado agregado al 160 (160.1 o 160.A) del Código Penal, y como responsables del mismo a los procesados en calidad de autores, por lo que se les impone a cada uno de ellos, la pena de 16 años de reclusión mayor, multa de USD. 5.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, suspensión de derechos de ciudadanía por igual tiempo al de la condena, el pago de daños y perjuicios en la suma de USD. 10.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a favor de los ofendidos, en tanto que se confirma la inocencia del acusado XXX. En el análisis de las pruebas, el Tribunal argumentó que el grupo de procesados, se había reunido con la finalidad de pedir que les entreguen a los detenidos, y hacer justicia con mano propia, para de esta manera según lo afirman los testigos que estuvieron presentes en el lugar de los hechos, dar un escarmiento y dejar un precedente para que no se repitan actos delincuenciales en el cantón Cumandá, justificativo que contravienen expresas disposiciones legales que riñen con nuestra legislación penal, como por ejemplo que en este país no existe la pena de muerte, articulo 66.1 de la Constitución de la República del Ecuador. Disconformes con esta decisión judicial, los procesados, plantean recursos de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

La Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, mediante fallo de 22 de agosto de 2014, las 10:39, resolvió rechazar los recursos de apelación interpuestos por los procesados, y en consecuencia, confirma la sentencia impugnada en cuanto declara la culpabilidad, pero con fundamento en las normas constitucionales y legales y decisiones internacionales de derechos humanos y sentencia de la Corte Suprema de Justicia; se la reforma en cuanto a que se los declara a todos y cada uno de ellos como autores del delito tipificado y reprimido en el artículo 461 del Código Penal vigente a la fecha de infracción (hoy en el artículo 140 con las circunstancias del numeral 9 del COIP), por lo que se les impone la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y multa de sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, sin que se consideren atenuantes que permitan modificar la pena, en fuerza de

lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal, dada la alarma que produjo la infracción en todo el país y existir específicamente las agravantes establecidas en los numerales 1 y 2 del indicado artículo. Además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 ibídem, se les suspende sus derechos de ciudadanía por igual tiempo al de la condena.
Conforme la sentencia del ad quem se tiene que el tipo penal ha sido reformado en sede de apelación, desde terrorismo con muerte, previsto y punido por el artículo 160.1 CP que declaró inicialmente el tribunal a quo, a delito de muerte en riña, tipificado y punido en el artículo 140 CP. De esta sentencia, los procesados interponen recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

En desacuerdo con la decisión judicial del ad quem, tres de los procesados, con fundamento en el Art. 349 CPP, interponen recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia, habiéndose radicado la competencia en el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, quienes luego de haber efectuado audiencia de fundamentación de casación, dictan sentencia el día 24 de noviembre de 2014, las 08:02, en la que, por unanimidad, declaran la nulidad constitucional por infracción a la garantía de motivación, prevista en el artículo 76.7.l CRE, disponiéndose que, en el efecto rescisorio, se vuelva al estado procesal en que se discuta ante un nuevo tribunal adquem en audiencia oral y de contradictorio la fundamentación de los recursos de apelación propuestos por los acusados.
En cumplimiento de la decisión judicial anterior ut supra, se radica la competencia en el Tribunal de apelación, que dicta sentencia el día jueves 12 de marzo de 2016, las 09:41, y por unanimidad rechaza los recursos de apelación interpuestos por los sentenciados y confirma en todas sus partes la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, de fecha 25 de junio de 2014, las 12:56.
De esta decisión del Tribunal ad quem, los acusadosinterponen recursos de casación para ante la Corte Nacional de Justicia, en donde luego del sorteo legal se ha radicado competencia en el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, quienes luego de haber realizado audiencia de fundamentación y debate del recurso, dicta sentencia el día 15 de enero de 2017, las 10:19, declarando improcedente los recursos planteados.

SÍNTESIS DE REVISIÓN

Se interpone el recurso de revisión, de conformidad con el artículo 360.4 CPP. El Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de 24 de junio del 2019, las 11h50, declaró procedente el recurso de revisión planteado por los ciudadanos XXX, al verificarse la circunstancia de la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en consecuencia reformó la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Riobamba, el día 25 de junio de 2014, las 12h56, únicamente en cuanto a la calificación jurídica de la conducta, y en virtud del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, se declara a los ciudadanos XXX como autores del delito de muerte en riña, tipificado y sancionado en el artículo 461 del Código Penal, con las agravantes previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 30 del ibídem, esto es aprovecharse de incendio y con fractura de bien inmueble, por lo que les impuso la pena privativa de libertad de cinco años de prisión, de la que se deberá descontar el tiempo que ya hayan sido privados de la libertad por motivo de la presente causa y multa de setenta

y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América; y, los demás componentes de la pena congrua. En lo demás, se confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal del Juicio.

SÍNTESIS DE LA REVISIÓN MATERIA DEL FALLO EXPUESTO EN LA GACETA

Posteriormente, el ciudadano XXX, presentó recurso de revisión invocando la causal 3 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal; esto es" si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados".

El Tribunal de Revisión considera que en virtud de la causal invocada debía al menos indicarse con precisión cuál es el error de hecho que provocó la condena, qué documento o testimonio imputa de falso o qué peritaje es malicioso o errado, en qué hecho que se desprende de la prueba impugnada recae la falsedad, la malicia o el yerro, y cuál fue su influencia en la decisión de la causa. El Tribunal de Revisión considera como prueba nueva aquella que no fue pedida, ordenada, practicada o incorporada durante la etapa de juicio, que da cuenta de hechos y circunstancias distintos a los que se consideraron demostrados en la sentencia reprochada y que eran desconocidos para el juzgador de instancia respecto de los hechos punibles; el objetivo de la prueba nueva en el recurso de revisión va dirigido a aportar información que permita desvirtuar la verdad procesal establecida en la sentencia reprochada, y dependiendo de la causal invocada, atacar los sustentos de la sentencia condenatoria respecto a la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado.

Por lo tanto, en cumplimiento de la obligación de debida fundamentación del escrito, y para que el Tribunal pueda conocer que la prueba que se pide es efectivamente nueva, el recurrente debe al menos identificar de manera individual cada elemento probatorio que anuncia, señalar que hechos nuevos aportará con cada uno de ellos, qué relación tienen estos hechos con lo que motivaron la condena y cómo con esta prueba demostrará en primer lugar la causal invocada y, segundo, que la realidad histórica es distinta a la verdad procesal fijada en la sentencia condenatoria.

En este caso solicita el testimonio de cinco personas respecto de las cuales se limita a identificarlas con sus nombres, números de cédula, generales de ley y domicilio, sin embargo, omite indicar qué relación tienen estas personas con los hechos por los que fue condenado, qué nuevos hechos aportarán y cómo con ellos demostrará la causal invocada y reivindicará la realidad histórica. En conclusión, el recurrente incumple en todos sus reproches con la obligación prevista en el artículo 362 ibídem, y en consecuencia su recurso no puede ser debatido en audiencia. Además, cabe anotar que en la presente causa ya se conoció un recurso de revisión y fue aceptado, en sentencia de 24 de junio del 2019, las 11h50, aplicándose el efecto extensivo del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, incluso en beneficio del hoy recurrente.

Por lo expuesto, el Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, concluye que el recurso no ha sido planteado conforme a derecho al no reunir los requisitos previstos en los artículos 360 y 362 del Código de Procedimiento Penal.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 06171-2013-0034

Jueza Ponente: Dra. Daniella Camacho Herold

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, lunes 24 de junio del 2019, las 11h50.-

VISTOS:

PRIMERO.- Antecedentes

1.1. Antecedentes Procesales.

El Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Riobamba, integrado por los señores jueces, doctores: Jhoni Badillo, Miguel Chamorro, y, Jenny Ramos Navas, por unanimidad, dictan sentencia el día 25 de junio de 2014, las 12:56, en la que declaran la existencia del delito de sabotaje, tipificado y punido en el artículo 160.1 del Código Penal, y, la responsabilidad penal de los señores: Rómulo Alberto Riera Verdugo, Edison Raúl Quezada Ordóñez, César Raúl Lara Edison Gustavo Valle Hidrovo y Jorge Carlos Cumbe Campoverde en calidad de autores de tal delito, por lo que se les impone a cada uno de ellos, la pena de 16 años de reclusión mayor, multa de USD. 5.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, suspensión de derechos de ciudadanía por igual tiempo al de la condena, el pago de daños y perjuicios en la suma de USD. 10.000 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a favor de los ofendidos, en tanto que se confirma la inocencia del acusado Bryan David Zambrano Ortega.

Disconformes con esta decisión judicial, los acusados: Rómulo Alberto Riera Verdugo, Edison Raúl Quezada Ordóñez, César Raúl Lara Edison Gustavo Valle Idrovo y Jorge Carlos Cumbe Campoverde, plantean sendos recursos de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, radicándose la competencia en el Tribunal *ad quem* integrado por los señores Jueces Provinciales, doctores: Enrique Donoso Bazante, Carlos Cabrera y Oswaldo Ruiz, quienes luego de realizar la correspondiente audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación de este medio impugnatorio, emiten sentencia el día viernes 22 de agosto de 2014, las 10:39 y, por unanimidad, declaran:

> (…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: rechaza los recursos de apelación interpuestos por los acusados: Rómulo Alberto Riera Verdugo, Edison Raúl Quezada Ordóñez, Edison Gustavo Valle Hidrovo, César Raúl Lara Silva, Jorge Carlos Cumbe Campoverde y Jaime Agustín Aucancela Evia, y en consecuencia, confirma la sentencia impugnada en cuanto declara la culpabilidad de los pre nombrados, pero con fundamento en las normas constitucionales y legales y decisiones internacionales de derechos humanos y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se han citado, se le reforma en cuanto a que se los declara a todos y cada uno de ellos como autores del delito tipificado y reprimido en el artículo 461 del Código Penal vigente a la fecha de infracción (hoy en el artículo 140 con las circunstancias del numeral 9 del COIP), por lo que se les impone la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y multa de sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, sin que se consideren atenuante que permitan modificar la pena, en fuerza de lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal, dada la alarma que produjo la infracción en todo el país y existir específicamente las agravantes establecidas en los numerales 1 y 2 del indicado artículo. Además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 ibídem, se les suspende sus derechos de ciudadanía por igual tiempo al de la condena, lo que será comunicado a la delegación provincial de Chimborazo del Consejo Nacional Electoral"
> (…)

Conforme la sentencia del *ad quem* se tiene que el tipo penal ha sido reformado en sede de apelación, desde terrorismo con muerte, previsto y punido por el artículo 160.1 CP que declaró inicialmente el tribunal *a quo*, a delito de muerte en riña, tipificado y punido en el artículo 140 CP.

En desacuerdo con esta decisión judicial del *ad quem*, los acusados: César Lara, Jaime Aucancela y Jorge Cumbe, con fundamento en el art. 349 CPP, interponen a través de medio escrito, recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia, habiéndose radicado la competencia en el Tribunal

de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, integrado por los señores Jueces Nacionales, doctores: Merck Benavides Benalcázar (ponente), Paúl Íñiguez Ríos, y, Vicente Robalino Villafuerte, quienes luego de haber efectuado audiencia de fundamentación de casación, dictan sentencia el día 24 de noviembre de 2014, las 08:02, en la que, por unanimidad, declaran la nulidad constitucional por infracción a la garantía de motivación, prevista en el artículo 76.7.l CRE, disponiéndose que, en el efecto rescisorio, se vuelva al estado procesal en que se discuta ante un nuevo tribunal adquem en audiencia oral y de contradictorio la fundamentación de los recursos de apelación propuestos por los acusados.

En cumplimiento de la decisión judicial anterior ut supra, se radica la competencia en el Tribunal de apelación, integrado por los señores jueces provinciales doctores: Angel Alulema, Marcos Díaz, y, Víctor Huilca, dicta sentencia el día jueves 12 de marzo de 2016, las 09:41, y por unanimidad rechaza los recursos de apelación interpuestos por los acusados: Rómulo Riera, Edison Quezada, Edison Valle, Jorge Cumbe, César Lara y Jaime Aucancela y "*confirma en todas sus partes la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, de fecha 25 de junio de 2014, las 12:56*". (Sic)

De esta decisión del Tribunal *ad quem*, los acusados: Rómulo Alberto Riera Verdugo; Edison Gustavo Valle Hidrovo; Edison Raúl Quezada Ordóñez; César Raúl Lara Silva; Jaime Agustín Aucancela Evia; y, Jorge Carlos Cumbre Campoverde, interponen sendos recursos de casación para ante la Corte Nacional de Justicia, en donde luego del sorteo legal se ha radicado competencia en el Tribunal integrado por los señores Jueces Nacionales, doctores: Luis Enríquez Villacrés, Ponente; Miguel Jurado Fabara, y, Edgar Flores Mier, quienes luego de haber realizado audiencia de fundamentación y debate del recurso, dicta sentencia el día 15 de enero de 2017, las 10:19, y, declara: (…) "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: conforme lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente los recursos de casación interpuestos por: Rómulo Alberto Riera Verdugo; Edison Gustavo Valle Hidrovo; Edison Raúl Quezada Ordóñez; César Raúl Lara Silva; Jaime Agustín Aucancela Evia; y, Jorge Carlos Cumbre Campoverde; por falta de fundamentación con base al artículo 349 ibídem "(…)

Una vez que se ha ejecutoriado esta sentencia de la Corte de cierre, los condenados: César Raúl Lara Silva, Edison Gustavo Valle Idrovo; y, Jaime Aucancela, con fundamento en lo que dispone el artículo 360.4 CPP[1], interponen a través de medio escrito, recurso extraordinario de revisión, considerando que el argumento contentivo de sus impugnaciones radica en que no son responsables del delito por el que se les condenó, esto es, el de sabotaje con muerte, previsto y punido en el artículo 160 CP, vigente a la fecha de consumación de los hechos. Bajo esta causal los sendos recursos de revisión de los condenados han sido admitidos a trámite para su fundamentación en audiencia con la presentación de prueba nueva que justifique lo alegado como fundamento de revisión, esto en orden a enervar la sentencia condenatoria que se considera injusta por los recurrentes.

1.2. Hechos materia del recurso de revisión.

Según la sentencia condenatoria (del Tribunal *A quo* que fue confirmada en todas sus partes en Apelación) impugnada por César Raúl Lara Silva, Edison Gustavo Valle Idrovo, Jaime Aucancela y Jorge Carlos Cumbe Campoverde, los razonamientos que motivaron la condena en su contra, se contienen en lo siguiente:

> "[…]DÉCIMO SÉPTIMO.- […] En el presente caso la materialidad del ilícito está probada conforme a derecho con las siguientes actuaciones: a).- La existencia material del delito, se encuentra probado, conforme a derecho, con el testimonio del perito, doctor Jorge Bernabé Córdova Ortuño, quien practicó la necropsia el 15 de julio del 2010, en horas de la mañana, en el cadáver de Antonio Alfredo Delgado

[1] *"Art. 360.- Causas.- Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes Casos:*
(...) 4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó; (...)

Navarrete, que procedió hacer el examen externo e interno, pudiendo observar que es un paciente que llegó con quemaduras de tercer grado en un 70 por ciento, que ha estado destruido el rostro, tórax, abdomen, extremidades, que el cuerpo ha presentado traumas, y equimosis en la superficie corporal, que luego de realizar el examen externo, se procedió al examen interno, que ha tenido un traumatismo cráneo encefálico, había hemorragia cerebral subaracnoidea, se pudo concluir que la causa de muerte fue quemaduras de tercer grado, que comprometieron el 70 por ciento del cuerpo, se estimó un trauma cráneo encefálico, hemorragia cerebral, edema cerebral, e insuficiencia multiorgánica, el tipo de muerte fue violento; b).- Con el reconocimiento del lugar de los hechos a cargo del perito Bruno Francisco Guamán Tixi, se establece que el lugar existe y está ubicado en el UPC de Cumandá, que pudo ver que estaba totalmente destruida la parte interna y externa, estaban las puertas desprendidas, que había un oramen en la parte externa del UPC, que han estado las camas destruidas, lo que consta del informe el álbum fotográfico del reconocimiento, que el UPC pertenece a Chimborazo, cantón Cumandá, que ha fijado fotográficamente el estado del lugar, que el hollín es producto de una llanta que habían sido quemada en el lugar, que el reconocimiento lo hizo al siguiente día de sucedido el hecho como acto urgente. c).- Con la inspección ocular técnica practicada por el perito Jaime Rodrigo León Cevallos, quien realizó el informe de inspección técnica ocular de los hechos, hace saber que el martes 13 de julio del 2010, a las 18h30, se encontraban formando el equipo de inspección ocular técnica 24 horas, que en las instalaciones del UPC, hizo la inspección ocular de dicho inmueble, que constató parte de la destrucción de las instalaciones, encontró evidencia de haber abundante agua, orificios en la pared del UPC, las cuales daban a los calabozos, que fijó en fotografías toda la escena inspeccionada, que hizo una constatación de la escena del delito, desde el interior al exterior, que vio una puerta de metal, que habían dos ventanales, las cuales estaban rotas, que había en el espacio físico, tanto en las paredes como en el tumbado la presencia de hollín o humo, los cristales de los ventanales se encontraban destruidos, en el otro dormitorio estaban destruidos los ventanales que ocupaba del Jefe del Destacamento, en la cocina encontró abundante agua en el piso, algunos objetos han estado incinerados, en la parte alta había otro espacio con cristales rotos, apreció un cinto policial que se encontraba destruida, que la construcción es de loza de hormigón, las paredes han sido de ladrillo, y los ventanales de aluminio, que con relación al observador, los dos orámenes están al costado izquierdo del UPC, que queda prácticamente a vista de la vía pública, que las láminas ilustrativas que consta en el informe son las que fueron entregadas a Fiscalía, que el hollín ha sido evidencia, son indicios de que hubo un flagelo, así como los vidrios, los colchones quemados, la llanta quemada, no se levantó ninguno de los indicios porque todo estaba siendo trasladado a otro espacio físico; d).- Con la inspección ocular del lugar de los hechos, practicada por el perito Patricio Humberto Quishpi Mullo, nos hace saber que la diligencia la hizo el día martes 13 de julio del 2010, a eso de las 18H30, que se ha encontrado un inmueble de dos plantas, donde se leía Policía Comunitaria de Cumandá, que en el interior había desorden total de las cosas, el piso lleno de agua y las paredes estaban negras del hollín por el humo que había sufrido el inmueble, que el incendio se había producido antes de su llegada, que al costado derecho hay unos calabozos, en los cuales existían dos orificios u orámenes, las ventanas se encontraban destruidas, al igual que en la segunda planta, que los orámenes se encontraban al costado izquierdo, justo a la altura de los dos calabozos, la vivienda ha sido de hormigón, con ladrillo y concreto, que se encontraban enlucidas las paredes, las causas de los orámenes pudo ser realizado con material de uso para construcción, puesto que estaban rotos los ladrillos que constituye la pared lateral izquierdo, puede haber sido con un combo, que ya ha estado todo el lugar manipulado, no habían objetos ni enceres porque ya habían sido retirados, estaba cubierto de agua el piso, habían algunas cosas que no servían como un par

de botas, zapatos, en el segundo piso se encontró un cinto policial con un estuche de gas, se encontraba cubierto de hollín las paredes y el techo, el lugar ha estado inhabitable, de acuerdo a lo mencionado pudo ser causado por un incendio, en el interior de una de las celdas junto al baño se encuentran neumáticos incinerados, seguramente se utilizó combustible, que los neumáticos incentivan el fuego, que al momento de la inspección sintió el olor a caucho, pero que ya no sentía olor a combustible, que por salvar vidas se debe remover las cosas, seguramente eso hicieron los bomberos, que como había material inflamable como son los colchones, y la madera, es por lo que debieron haber sacado o movido, en el segundo piso del lugar habían sillas, un mueble, una repisa; e).- El informe investigativo realizado por Édgar Ramiro Padilla Orozco, como miembro de asuntos internos de la Policía Nacional, es meramente referencial ya que lo hizo en base a los testimonios dados por los policías que estuvieron en el lugar de los hechos; f).- Con los testimonios de los policías Franklin Luis Carpintero Aulla y Segundo Alferdo Guamanshi Guamán, se sabe que hay filmaciones hechas por varios canales de televisión, y videos caseros de ciudadanos del sector que captaron los hechos, los mismos que han sido analizados por los peritos antes indicados; g).- En el testimonio del teniente Diego Germán Mera Jiménez, nos hace conocer, que tenían conocimiento de los hechos, de que de varias provincias cercanas al cantón, había llegado refuerzos, que llegó a las 13H40, cuando ya todo había sucedido, que caminó desde Bucay hasta el UPC, que se pudo percatar que habían dos huecos en las paredes del UPC, uno de los sospechosos había corrido por el frente de la UPC, y al otro le habían trasladado al hospital más cercano, ya que estaba con varias quemaduras, pidió a la gente que se tranquilice, que la señora Carmen, víctima del robo, por encima de todas las personas quería agredirle con un machete al un procesado, por lo que le pidió que no haga nada y que deje que las autoridades investiguen, todas las personas accedieron que baje el procesado, porque estaba por una montaña, al bajarle le pusieron en el patrullero para llevarle, cuando en ese momento les han empezado a lanzar piedras, que un compañero policía se desmayó por el piedrazo, que el conductor del vehículo se ha puesto nervioso, que la gente les ha lanzado piedras al patrullero, lo que hizo es taparse la cara, gritaron que iban a lanzarles gasolina, luego llegaron varios policías de la Troncal, además de unas 20 motos, y desde el puente han lanzado bombas lacrimógenas, que en ese momento la gente se abrió, trasladándose al UPC, que han llegado varias unidades del GOE desde Guayaquil y Riobamba, que la parte interna del UPC ha estado con los vidrios rotos, había hollín, no habían las bisagras, que les tocó amarrar la puerta de fierro para que se quede cerrada, habían dos huecos en las celdas, había unas llantas en la parte externa del UPC, en la parte donde habían los huecos, en el UPC trabajaban de cuatro a seis personas más o menos, llegaron a colaborarles los policías del UPC de Sata Rosa, otros que pertenecen a Bolívar, de Bucay, de la Troncal, del Triunfo, de Riobamba, habían más de 30 policías aproximadamente, la pared del destacamento estaba hecha de ladrillo; h).- Para establecer la responsabilidad de los procesados: Jaime Agustín Aucancela Evia, Édison Gustavo Valle Idrovo, Jorge Carlos Cumbe Campoverde, César Raúl Lara Silva, Édison Raúl Quezada Ordoñez, Rómulo Alberto Riera Verdugo, y Bryan David Zambrano Ortega, se hacen las siguientes reflexiones: 1.- Los procesados han admitido haber estado en el lugar de los hechos, el día, la hora y la fecha de autos, esto es el 13 de julio del 2010, sea porque en su testimonio así lo aceptaron, en aquellos casos que rindieron sus testimonios voluntariamente, así como, en aquellos casos que lo hicieron a través de sus abogados defensores, aserto que no ha sido desvirtuado por ninguno de los procesados; 2.- El policía Julio César López, quien hizo el parte policial informativo, tuvo conocimiento del hecho, mediante llamada telefónica de moradores, quienes supieron manifestarle, que una señora de nombres Carmen Ojeda, le habían robado dinero por el parque central del cantón Cumandá, siendo esta la génesis del problema, que posteriormente derivó en el delito

tipificado en el Art.160.1 del Código Penal, y por el cual han sido enjuiciados los procesados Carmen Oliva Ojeda Evia, Jaime Agustín Aucancela Evia, Édison Gustavo Valle Idrovo, Jorge Carlos Cumbe Campoverde, César Raúl Lara Silva, Édison Raúl Quezada Ordoñez, Rómulo Alberto Riera Verdugo, y Bryan David Zambrano Ortega, una vez conocido el hecho, es en ese instante que se trasladó con otros compañeros más, siendo en total cuatro compañeros, que en el trayecto se han trasladado hasta el parque, manifestándoles los moradores, que habían sido tres los sospechosos que le habían robado a la señora, quienes se habían ido en un auto rojo, que se han trasladado al otro lado cruzando el río Chimbo, por lo que se trasladaron ellos a dicho lugar, que a la altura de las pozas de agua clara, han encontrado al vehículo indicado, que conjuntamente con compañeros de Bucay, y varias personas, empezaron a buscar por el sector, encontrando a dos ciudadanos, que la señora les había reconocido, que fueron detenidas dos personas, y posteriormente fueron trasladados hasta el UPC, que ha estado con el cabo Tapia, Alango, y Fausto Toapanta, que cuando llegaron con los detenidos la gente se agrupó, diciendo que ellos han de ser los que están robando y que les entreguen a los detenidos, que no se les permitió la entrada, por lo que empezaron hacer unos huecos en la pared, para luego quemar llantas y palos, con el objetivo de sacarles a los detenidos, ya que no se dejó entrar a la gente, que ha estado cerrada la puerta, que esa gente lanzaban piedras, que ese día ha estado la señora Ojeda, quien ha sido la supuesta afectada del robo, además de un hermano de ella y varias personas que supuestamente han de ver sido amigos de la señora, que les reconoció a los procesados: Cesar Raúl Lara Silva, Jaime Agustín Aucancela Evian, Jorge Carlos Cumbe, Rómulo Riera, que los hechos han sido a los 11H00 aproximadamente, que a eso de las 14H00 más o menos, hicieron un primer hueco, que al no encontrarles en la una celda han hecho otro hueco en otra parte, que les lanzaron fuego, por lo que los detenidos salieron, ya que se estaban ahogando, que el un detenido ha salido corriendo con fuego en el cuerpo, que un compañero ha sido asignado para recapturarle, y una vez detenido nuevamente estuvo siendo custodiado, que han llegado otros agentes de policía de otros lados, que cuando llegaron los demás cuerpos policiales la gente se calmó un poco, como policías solo les pedían a las personas que no se comporten así, que dejen que los detenidos sean llevados ante la autoridad competente, que han echado gas dentro del destacamento, para que la gente no entre, la gente no hizo caso hasta que le sacaron al detenido y le quemaron, luego los detenidos han sido trasladados a Guayaquil con custodia policial, las instalaciones de la UPC de Cumandá, quedó con orificios en los calabozos, dañadas las dos puertas, tanto la posterior, como la principal, todos los vidrios han quedado rotos, que por el humo estaba negro el interior del destacamento, el vehículo rojo fue trasladado hasta el destacamento, la señora Ojeda con otras personas que le apoyaban, habían roto el vidrio del vehículo, supuestamente para encontrar el dinero que le robaron el día de los hechos, había un patrullero y una moto en el destacamento, llegaron varios patrulleros de refuerzo desde el cantón Milagro, y del Triunfo, los que han quedado con los vidrios rotos, vio que tres compañeros estaban heridos, el pueblo les había agredido a los agentes; 3).- El policía Fausto Oswaldo Toapanta, quien el 13 de julio presentó auxilio, ante una llamada al UPC de Cumandá, indicó que una persona había sido víctima de robo, que unos tres ciudadanos había estado en un vehículo color rojo, quienes se dirigían por el sector de la Puntilla, que han estado en el patrullero tres policías, en el sector de la Puntilla ha estado un vehículo estacionado, y que estaban abiertas las puertas, que se bajaron del patrullero e hicieron un operativo a las orillas del río, en un lapso de cinco minutos se trató de ubicar a uno de ellos, siendo la persona que realizó el robo, uno de ellos fue trasladado hasta la UPC, se quedaron realizando el operativo en el lugar, se tomó la ubicación de otro de ellos, que con éste ciudadano también avanzaron hasta la UPC, que la gente les comunicó que han sido tres personas, se quedaron haciendo el operativo con la finalidad de dar con el otro individuo,

quien decían que estaba por el lado de la malezas, pero como el río estaba bien crecido, no se dio las características para hacer el operativo, bajaron en el lapso de unos 20 minutos con el personal de Bucay, sin encontrar al ciudadano, al llegar a Cumandá estaban como unas 300 personas molestas, quienes querían que se les entregue a los detenidos, al ver eso el sub oficial López, como más antiguo, pidió que solicite personal porque estaba incontrolable la situación, fueron minutos que se perdió el control de la gente, a como de lugar querían que se les entregue a los detenidos, al llegar ingresó al UPC, y comenzó a dialogar con las personas que justamente querían se les entregue, estaba ahí el señor Jaime Aucancela quien es familia de la señora Carmen Ojeda, obligadamente querían que se les entregue a los detenidos, para hacer justicia por sus propios medios, les había indicado que esa no es la forma, que se debe llevar el trámite legal, era gente que no entendía, comenzaron a querer botar la puerta principal, que con los tres compañeros que estaban en el interior, esto es el señor López y Tapia, trataban de evitar que boten la puerta principal, así también estaba el procesado Jorge Cumbe, a quien reconoció el testigo en la audiencia, así como también reconoció al señor Lara, el señor Cumbe hizo caso omiso, pero no podía dejar que el ingrese, al ver que no les daban las facilidades para entrar, el señor Cumbe cogió un combo y comenzó a tumbar las puertas, en eso que no le dejaba, conjuntamente con su compañero Tapia conversaron con las personas, la señora Ojeda le decía que se retire de la puerta o también le da con el machete, con el mismo combo el señor Cumbe se ubicó con la gente por donde están los calabozos, para romper la pared, pudo identificar con precisión a los nombrados, fueron abiertos dos orificios en la pared, los orificios llevaban a las celdas, una vez que rompieron la una celda, les pasaron a la otra celda a los detenidos, al ver que no les encontraron en la una celda, rompieron la pared en la otra celda, luego les sacó para ponerles dentro de una de las habitaciones, botaron bombas molotov, por uno de los hoyos comenzó a salir un detenido, pero empezaron a botarle gasolina y a darle con piedras, que también ha estado el señor Rómulo Riera, quien fue reconocido por el testigo en la audiencia, este último se encontraba alejado de la puerta pero buscaba como ingresar por otro lado, ya no pudo divisar lo que pasaba afuera del UPC, no podían salir, al procesado Rómulo Riera también le reconoció el testigo en la audiencia, indicó que esta persona estaba un poco molesto, pidiendo que les entreguen a los detenidos, se quedó en el UPC hasta el último, que sus otros compañeros ya habían salido, que como habían otras cosas, como prendas de ellos mismos no podía dejar que entre las personas al UPC, llegaron los refuerzos del Triunfo, de Guayaquil, que a unos diez minutos del percance llegaron refuerzos de Riobamba, que los detenidos ya no se encontraban en el lugar, fueron trasladados, que en los vehículos policiales las balizas han estado rotas, y bajados los neumáticos, a un vehículo del Triunfo le rompieron las ventanas y las balizas, que el vehículo rojo quedó en la parte posterior del UPC a cargo de los policías, al vehículo le querían quemar, estaba destrozado el interior del UPC, que estuvo con sus otros dos compañeros indicados anteriormente, estaban muy cansados de luchar con la gente, ya que estaban incontrolables, no se alimentaron a medio día porque no tuvieron tiempo suficiente, en un par de horas llegó el Jefe del Segundo Distrito, con el Coronel del Comando de Policía de Riobamba, habían muchos medios de comunicación en ese momento, se encontraban medios como Teleamazonas, RTS, y TC, fueron los medios que estaban enfocando toda la situación del percance, ese día estaban cuatro policías, el oficial que estaba a cargo salió había una diligencia en Riobamba, otro estaba franco, pero ese día estaban cuatro personas, los detenidos fueron trasladados a la provincia del Guayas, fueron trasladadas hasta el Triunfo, la gente que ponía más el desorden eran los tres procesados que fueron indicados anteriormente, ingresaron hacer el operativo con tres compañeros que estaban en la patrulla, en busca del otro sospechoso, el sub oficial López se quedó en custodia de los dos sospechosos, cuando llegaron al destacamento se pudo percatar que

había mucha gente, más o menos unas 300 personas o más, cogió a los dos detenidos y les mandó con el encargado del UPC, que aproximadamente a las doce del día habían muchas personas, tal vez habrían más de unas 600 a 1000 personas, que al momento en que llegó habían puesto alambre en la puerta de atrás, la gente se encontraba alrededor del UPC, había un grupo con el que era imposible dialogar, que las bombas molotov son las que fueron echadas con combustible de gasolina, que en una botella grande de cristal se le ponen gasolina, y que al momento de ingresar o llegue al suelo explota y genera el impacto, esparciendo lo que hay adentro, que fueron como tres bombas las que botaron, que nunca se han dado hechos similares en Cumandá como los del 13 de julio, cuando llegó el Coronel Jefe del Distrito, tuvo que argumentar todo lo que pasó en el interior, que hicieron todo lo posible para que la gente no ingrese al UPC, así como explicó al coronel Proaño, los procesados indicados querían hacer justicia por sus propias manos, quienes dijeron que los policías son cómplices de los delincuentes, así como también los jueces; 4).- El policía Luis Enrique Tapia Lozada, manifestó que el evento más sobresaliente a nivel Nacional fue lo que sucedió el 13 de julio del 2010, cuando les quemaron el UPC, intentaban sacar a dos detenidos, eso fue a partir de las 10H30 a 11H00 aproximadamente, que luego de haber colaborado con las escuelas, ingresaron al destacamento para hacer un parte de lo suscitado en la noche, entró una llamada al convencional, que fue contestada por el sargento López, indicando que habían robado a una señora en el parque central, como era conductor de la camioneta, junto con el cabo Toapanta salieron, le indicaron que una señora había sido víctima de robo, la cual había seguido a los sospechosos, la gente dijo que se habían ido en un vehículo color rojo, encontraron el vehículo abandonado y con las puertas abiertas, dando como resultado la detención de dos ciudadanos, el un señor era de apellido Navarrete, sin recordar el otro nombre del otro detenido, a quienes se les envió al UPC, que se volvió a meter al rio buscando a un tercer sospechoso, debiendo indicar que no se les encontró armas ni dinero, un compañero por la radio les indicó que había gente en el UPC, queriendo sacarles a los detenidos, al llegar al UPC se sentó en la computadora y le llamó a la afectada, pidiéndole que ingrese al UPC para hacer el parte, le dio los nombres y apellidos, así como la cédula, le indicó que le había sucedido, que le indicó a la señora que vaya a Fiscalía a poner la denuncia, para lo cual se le dio un patrullero, pasado un tiempo regresa la señora alterada, pidiendo que le devuelvan la plata, diciendo que los policías y autoridades son los cómplices, la señora hacía caso omiso, había un ciudadano de apellido Aucancela, el mismo que reconoció el testigo en la audiencia, quien había manifestado ser hermano de la señora, pedían que se le entregue a los detenidos para hacer justicia por cuenta propia, ya que dichos delincuentes habían sido reincidentes, se les indicó que ya están bajo la custodia de la policía, y además están en un recinto policial, se le indicó que se iba hacer ya la audiencia de flagrancia, que hicieron caso omiso y procedieron a empujarles, pidiendo que les entreguen a los ciudadanos, se les insistió de que no se les iba a entregar, el procesado Aucancela empezó a incitar a la gente, decía que se les entregue para hacer justicia, "pidamos que se nos entreguen a los detenidos para hacer justicia, y que si no se les entrega les iban a sacar por encima de los policías a los detenidos", que habían varias personas que también se encontraban en esos momentos, procedieron a agredir con piedras y palos al UPC, rompieron las paredes de los calabozos del UPC, le reconoce al señor César Lara, que ha sido trabajador en el Municipio, que fue uno de los señores que con un tubo procedió a empujar y tratar de empujar la puerta, le reconoce al señor Jorge Cumbe, quien se encontraba con un combo grande, que es quien rompió las paredes de los calabozos en la parte posterior, le reconoció en la audiencia a Rómulo Riera, quien se encontraba en el lugar, era quien dijo que les entregue o proceden a sacarle a los detenidos, le reconoció al procesado que está en la audiencia vestido de chompa azul, en las mangas tiene rayas blancas, en el lado derecho tiene escrito Adidas, con zapatos

negros, contextura delgada, pelo suelto, de nombre Edison Quezada, como la persona que ha estado molestando que querían ingresar al UPC y sacarles a los detenidos, decían que querían tomar la justicia por mano propia, que querían quemarlos, porque los infractores eran reincidentes, que para sentar una reseña de los hechos, querían deshacerse de los detenidos para dejar un precedente, duró el incidente de 14H30 a 15H00, una vez que habían roto la pared y echaron gasolina por dentro, los detenidos salieron, el un detenido salió corriendo con llamas en su cuerpo, pero, a éste luego le volvieron a detener, a lo que salieron a cogerle al que salió corriendo, le trataban de coger al otro detenido que estaba en el UPC, a quien lo golpearon, por lo que hicieron un operativo para sacarle hasta la vía, se subieron en el patrullero, y se les trasladó al hospital del Triunfo, y posteriormente a la ciudad de Guayaquil, en dicha ciudad le dieron la atención médica necesaria y solicitó al comando la custodia del procesado, se dejó a los detenidos de apellido Pichu y Navarrete con custodia policial, al oficial que llegó con los custodios le pidió que le colaborara a Guayaquil para retornar a Cumandá, a eso de las 22H00, el coronel había pedido que se retiren del UPC y se vayan al UPC de Pallatanga, no puede corroborar sobre los patrulleros destruidos y los policías heridos, porque se trasladó con el detenido que estaba quemado a Guayaquil, en el UPC estaban los patrulleros y los camiones, cuando llegó estaban cargadas las computadoras y demás cosas del UPC, el patrullero estaba con los vidrios rotos, golpes de piedras y palos, cuando ocurrió el incidente se encontraban los cuatro compañeros policías de Cumandá, otros dos del Tablón, luego llegaron otros dos oficiales del Triunfo, desconoce qué es lo que haya pasado con el ciudadano que fue trasladado con las quemaduras al hospital Luis Vernaza, en Guayaquil, Rómulo Riera Verdugo, no solicitó que le dejen ver a los detenidos, sino que se les entregue a los detenidos, el señor Riera no estaba de curioso sino que llegó a decir que les entreguen a los detenidos, las personas que solicitaron que se le entreguen al detenido eran varias, decían que querían quemar el UPC, que se les entreguen a los detenidos caso contrario iban a pasar sobre ellos, el día de los hechos el señor Quezada estaba incitando a la gente, el señor Quezada era como una persona más que pedía que entreguen a los detenidos, la jurisdicción es de Cumandá está distante a Riobamba, el señor fiscal dio el lugar y hora en la que se iba a efectuar la audiencia de juzgamiento, los detenidos se encontraban heridos y salieron por sus propios medios por los huecos en la pared, que el procesado Édison Valle Idrovo, se encontraba incitando al pueblo, le vio a unos cinco metros, no recuerda como estaba vestido, en ese momento no portaba la piedra, le vio a cinco metros desde la puerta principal; 5).- El policía Édgar Guillermo Palango Taipe, dijo que el 13 de julio del 2010, sucedió un caso de un robo, así como la quema del UPC, el martes 13 de julio se encontraba en el retén del destacamento, que siendo las 10H50 entró una llamada telefónica, en la cual manifestaban que en un sector denominado la planta baja de Cumandá, había sucedido un robo, a donde acudieron dos agentes al auxilio, los ciudadanos del lugar manifestaron que eran tres sujetos en un vehículo color rojo, que había huido del lugar y se habían quedado en el sector de la Puntilla, dejando abandonado el vehículo, cuando llegó al punto estaban dos ciudadanos detenidos, que cruzaron el río para buscar al tercero, pero no lo encontraron, luego de eso se fueron al UPC, que estuvieron como 60 personas en las afueras del UPC, queriendo sacar a los que fueron detenidos, en el UPC estuvo el patrullero que había ido con los detenidos, una vez que llegó al UPC, se acercó el señor Juan Aucancela a su persona con un tubo, que le reconoció al procesado, porque dicho ciudadano le dijo que los policías son cómplices de los delincuentes, y le procedió a golpear en la pierna con el tubo, y otro ciudadano le jaló la gorra que estaba puesto, el señor César Lara dijo que no le agredieran, y le defendió, que ingresó al UPC, mientras el sargento pidió refuerzos, porque la gente empezó a llegar, en la puerta posterior estaba el cabo Toapanta, que se han quedado en la puerta principal ya que tenía verjas, siendo imposible sacar a los detenidos

porque llegaba el populacho, que asomándose por la ventana de atrás observó que su motocicleta ya había sido movida, que no sabe quién haya retirado pero estaba a buen recaudo, mientras que el patrullero ha estado bajado las llantas, él estaba a cargo del armamento, pudo salir con el armamento a guardar, también se fue con el patrullero a dejar en el municipio, luego llegó mucha gente a lanzar piedras y palos, la gente trató de ingresar al destacamento, viendo que era imposible procedieron a romper la pared que daba al primer calabozo, en donde se encontraban los detenidos, ya que en el segundo calabozo tenían un anaquel con el armamento, pero este ya fue retirado, luego de eso les transfirieron a los detenidos al otro calabozo, pero viendo la gente que ya no estaban ahí, procedieron a romper con un combo la otra puerta y la pared del otro calabozo, que empezaron a incendiar el calabozo, que los detenidos salieron por el orificio, siendo luego quemados con gasolina, que el un detenido salió corriendo, y la gente corrió detrás del otro detenido, mientras el otro detenido se quedó con la gente, que llegaron más policías y les subieron a otro patrullero a los dos detenidos, la gente quería seguir agrediendo al detenido, luego de eso la gente le agredió a su persona, no recuerda quien fue la persona que tenía el combo, los cabecillas eran el señor Aucancela, y la señora Carmen Ojeda, ese día estuvo el señor César Lara a quien le reconoció en la audiencia, estuvo el ex alcalde Milton Espinoza, el cual no está procesado, siendo el quien le dijo que abran el UPC, porque fue él quien lo construyó, le reconoce al procesado Edison Quezada como otra de las personas que estaban ahí, ellos hacían esas peticiones con el fin de hacer justicia con su propia mano, en el UPC de Cumandá se encontraban cuatro policías, había personal de Bucay que les colaboró, habían dos policías del destacamento de El Tablón, luego llegaron más policías, el un detenido que estaba en el calabozo era de apellido Delgado, tenía contextura gruesa, fue el que se quedó en la salida del orificio del calabozo, y fue al que le subieron primero al patrullero, en el UPC se quedó hasta la noche para sacar las cosas de ahí, no recuerda la hora en la que se terminaron los disturbios, la parte interna del UPC quedó lleno de humo, y mojado, lo que se incendió fue el calabozo, quedaron rotas las ventanas, las puertas, las paredes con huecos, las paredes estaban construidas de ladrillo, pudo ver llantas, los calabozos estaban mojados y quemados, quedó destruidas las paredes con el humo del caucho provocado por las llantas, durante el suceso pudo observar la presencia de medios de comunicación, por el lado de la cevichería que queda por el UPC estaban filmando, durante su permanencia en dicho sector, no había pasado otro caso similar al del 13 de julio del 2010, en el cantón Cumandá, no pudo ver qué persona fue la que provocó el flagelo, puesto que se llenó de humo el UPC, ese día no pudo desayunar ni almorzar, que cuando fue a dar las versiones en Cumandá les encontró a Guamanshi y Carpintero, ese día conversó con ellos, que le dio los nombres a los dos agentes antes indicados, los nombres fueron del señor Quezada, Espinoza, de la señora Ojeda, del señor Aucancela, que tenían contacto directo con las personas porque estaban pegados a las puertas del UPC, que el procesado Juan Aucancela le agredió, que apagaron el fuego del UPC los bomberos, llegaron cuando el UPC se estaba incendiando, la gente no permitió que la moto bomba intervenga para apagar el fuego, le empezaron a lanzar piedras al vehículo, por lo que tuvo que salir la motobomba, que en el instante que llegaron los bomberos, habían como unas mil personas, todo el populacho se opuso a su ingreso; 6).- El testigo Mario Palermo Acosta Zúñiga, dijo que se encontraba donde la familia Murillo el día que quemaron el destacamento, que estuvo en el taxi para hacer carreras, en eso ha visto una fila de carros por el sector de Agua Clara, pensó que era un accidente de tránsito, que luego de unos minutos vio que pasó un patrullero, que le dio curiosidad y se trasladó al UPC, que en eso ha visto llegar gente, que se ha percatado de la hora, porque tenía que ir a retirarle a sus hijos, que luego ha regresado donde la familia Murillo, que vio que seguía llegando gente, que posteriormente se ha ido al destacamento, porque es bombero voluntario, ha visto que habían unos

orificios en el destacamento, que empezó abrir camino para entrar con la manguera, porque su compañero que estaba puesto el equipo completo de los bomberos, en eso salió corriendo un ciudadano con fuego; 7).- No se puede hablar de que no hay responsabilidad, como alegan los defensores de los procesados, ya que el hecho está demostrado plenamente y la responsabilidad en las personas de: Jaime Agustín Aucancela Evia, Édison Gustavo Valle Idrovo, Jorge Carlos Cumbe Campoverde, César Raúl Lara Silva, Édison Raúl Quezada Ordoñez, y Rómulo Alberto Riera Verdugo; que con el testimonio del policía Julio César López, testigo presencial de los hechos, quien relató que el día de los hechos, la señora Ojeda, junto con los procesados César Raúl Lara Silva, Jaime Agustín Aucancela Evia, Jorge Carlos Cumbe y Rómulo Riera, personas a quienes reconoció el testigo en la audiencia pública de juzgamiento, son las personas que solicitaron que se les entreguen a los detenidos, y ante la negativa dichas personas han comenzado a lanzar piedras al UPC; el policía Fausto Oswaldo Toapanta, otro de los testigos presenciales en el día de los hechos, manifestó que Jaime Aucancela, quien es familiar de la señora Carmen Ojeda, quería obligatoriamente se les entregue a los detenidos, ya que la gente quería hacer justicia por mano propia, también reconoció en la audiencia de juzgamiento a Jorge Cumbe y al señor Lara, que Jorge Cumbe hizo caso omiso a lo que le decían, que al no darle las facilidades para que entre, Cumbe ha cogido un combo, con el cual ha comenzado a tumbar las puertas, que al testigo, la señora Ojeda le ha dicho que se retire o que le va a dar con el machete, que Cumbe con más gente se había dirigido a donde están los calabozos para proceder a romper la pared, que pudo identificar claramente a los nombrados, así como también reconoció en la audiencia a señor Rómulo Riera, quien ha estado molesto e insistía que les entreguen a los detenidos, que destrozaron en los vehículos policiales, las balizas y bajaron los neumáticos, a un vehículo que había llegado desde El Triunfo le han roto las balizas y los vidrios, que el día de los hechos se han encontrado en el lugar medios de comunicación como RTS, Teleamazonas y TC, que la gente que más desorden ponían han sido los antes nombrados, los procesados insistían que han querido hacer justicia por sus propias manos, diciendo además que los policías son cómplices de los delincuentes, así como también los jueces; el policía Luis Enrique Tapia Lozada, también testigo presencial en el lugar de los hechos, manifestó, que una vez en el UPC, se sentó en la computadora y le llamó a la afectada del robo del dinero, para que le de sus datos y le relate lo sucedido, indicándole que acuda a Fiscalía, para lo cual le facilitó un patrullero, más sucede que un rato después ha regresado la señora Ojeda, diciendo que le devuelvan la plata, y diciendo que los policías y autoridades son cómplices, haciendo caso omiso de lo que se le decía, que había un señor de apellido Aucancela, al que le reconoció en la audiencia de juzgamiento, quien decía ser hermano de la señora, ciudadano que pidió se les entregue a los detenidos para hacer justicia por mano propia, pese a que el policía Luis Tapia Lozada, les insistía en que a los detenidos ya se les iba hacer la audiencia de flagrancia, los procesados haciendo caso omiso a sus explicaciones, procedieron a empujarle, pidiendo insistentemente Aucancela que les entreguen a los detenidos, incitando al populacho a que pidan que les entreguen a los detenidos para hacer justicia, diciendo que si no les entregaban, les iban a sacar a los detenidos por encima de los policías, ante la negativa procedieron a agredir con palos y piedras al UPC, rompiendo las paredes, que le ha reconocido al señor César Lara en la audiencia, quien ha sido la persona que portaba un tubo, con el cual procedió a empujar la puerta, que reconoció también a Jorge Cumbe en la audiencia de juzgamiento, como la persona que rompió la pared de la parte posterior de los calabozos, con un combo grande, que a Rómulo Riera quien también fue reconocido por su persona en la audiencia de juzgamiento, le vio en el lugar y era quien decía que les entreguen o que van a proceder a sacarles a los detenidos, siendo uno más de los que azuzaban al populacho, reconoció también al señor Edison Quezada en la audiencia de juzgamiento, quien fue la persona

que molestaba insistentemente para ingresar al UPC a sacarles a los detenidos, diciendo que quería tomar la justicia por mano propia, que su afán era quemarlos a los infractores por ser reincidentes, y de esta manera sentar una reseña de los hechos, que querían deshacerse de los detenidos para dejar un precedente, que se ha ratificado en que el señor Rómulo Riera no estaba de curioso sino que directamente llegó a pedir que les entreguen a los detenidos, que el señor Edison Valle Idrovo, ha sido quien tenía una piedra grande en sus manos con la cual golpeaba la pared posterior de los calabozos; el policía Edgar Guillermo Palango Taipe, en su testimonio corroboró que Juan Aucancela estuvo portando un tubo, siendo dicho procesado reconocido en la audiencia de juzgamiento y que fue él quien ha dicho que los policías son cómplices de los delincuentes, para luego proceder a golpearle en la pierna con un tubo, que los cabecillas eran el señor Aucancela y la señora Carmen Ojeda, que además el día de los hechos los reconoció que estuvieron presentes en el lugar Cesar Lara, el ex alcalde de Cumanda, Milton Espinoza quien no ha sido procesado, pero si fue una de las personas que solicitó que se abra el UPC, porque fue él quien lo construyó, reconoció en la audiencia de juzgamiento al procesado Edison Quezada como otra de las personas que estaban en el lugar quien también solicitó que se les entregue a los detenidos para hacer justicia por mano propia, afirmó que uno de los detenidos era el señor de apellido Delgado, persona que por su contextura gruesa se quedó en la salida del orificio del calabozo hecho por los procesados; el testigo Mario Palermo Acosta Zúñiga, como bombero voluntario acudió al lugar de los hechos inicialmente por curiosidad, pero luego por sus funciones de bombero voluntario quiso ayudar a apagar el flagelo, pero la gente que estaba enardecida no permitió que la moto bomba ingrese al lugar del siniestro, los hechos los ha conocido en forma referencial. X).- Cabe mencionar que los procesados Rómulo Alberto Riera Verdugo, Edison Raúl Quezada Ordoñez, Edison Gustavo Valle Idrovo y Jorge Carlos Cumbe Campoverde, se acogieron al derecho constitucional del silencio, en tanto que los procesados Cesar Raúl Lara Silva, Jaime Agustín Aucancela Evia y Bryan David Zambrano Ortega, rindieron sus testimonios en forma voluntaria, coincidiendo todos, en el caso de los que se acogieron al derecho al silencio, sus propios abogados manifestaron que el día de los sucesos sus clientes estuvieron en el lugar de los hechos, de la misma manera los que rindieron los testimonios voluntariamente indicaron también, haber estado en el lugar de los hechos, todos han dicho que su presencia era casual y que ninguno tenía responsabilidad sobre lo sucedido, pero en el acápite anterior se ha demostrado que todos los procesados a excepción de Bryan David Zambrano Ortega, han sido reconocidos por los testigos presenciales, los defensores de los procesados han argumentado, que los videos que han sido presentados como prueba, no han sido solicitados a la Autoridad competente, seguramente dicha afirmación la hicieron sustentados en el Art.83 del Código de Procedimiento Penal, más sucede que, en el caso de videos de este tipo, nuestra legislación tipifica en el Art.156, que para la obtención de los mismos y la utilización no es necesaria dicha petición al decir: "No se requerirá la autorización a la que se refiere el artículo anterior, en los casos en que las grabaciones de audio o video sean obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos; así como tampoco en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video por uno de los intervinientes. En estos casos el Juez tendrá la facultad de admitir la prueba obtenida a través de estos medios, valorando su autenticidad, la forma en la que se obtuvo, los derechos en conflicto y el bien jurídico protegido." hay que dejar en claro, que el Tribunal ha escuchado y valorado como prueba, los testimonios rendidos por los testigos presenciales en el lugar de los hechos, quienes, en sus testificales han reconocido a los procesados en el acto de audiencia pública, mas no se han valorado los videos como prueba de la responsabilidad de los procesados, toda vez que nuestra legislación deja a criterio del juzgador el aceptar o no cuando dice, "…el Juez tendrá la facultad de admitir la prueba obtenida a través de estos medios…", es decir

que, con los videos, los juzgadores no hemos esgrimido la responsabilidad de los procesados, sí no, que éstos han servido para establecer la materialidad de la infracción, videos en los cuales se pudo apreciar claramente la quema de los detenidos y los daños al UPC de Cumanda; insistiendo que no sirven para determinar la responsabilidad, debido a que el peritaje se hizo en base a imágenes borrosas, que no permiten identificar plenamente, además no se ha realizado la diligencia tendiente a verificar a los responsables a través de la comparación de imágenes con el SIIPNE. DÉCIMO OCTAVO.- La Fiscalía acusa a los procesados de que su conducta han adecuado al delito tipificado en el Art. 160.1 del Código Penal, al haber incurrido en el delito de terrorismo con muerte, el cual textualmente dice: "Los que, individualmente o formando asociaciones, como guerrillas, organizaciones, pandillas, comandos, grupos terroristas, montoneras o alguna otra forma similar, armados o no, pretextando fines patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios, proselitistas, raciales, localistas, regionales, etc., cometieren delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquier clase o de sus bienes: Ora asaltando, violentando o destruyendo edificios, Bancos, almacenes, bodegas, mercados, oficinas, etc., Ora allanando o invadiendo domicilios, habitaciones, colegios, escuelas, institutos, hospitales, clínicas, conventos, instalaciones de la fuerza pública, militares, policiales o paramilitares, etc.; sustrayendo o apoderándose de bienes o valores de cualquier naturaleza y cuantía, ora secuestrando personas, vehículos, barcos o aviones para reclamar rescate, presionar y demandar el cambio de leyes, órdenes y disposiciones legalmente expedidas, o exigir a las autoridades competentes poner en libertad a procesados o sentenciados por delitos comunes o políticos, etc.; ora ocupando por la fuerza mediante amenaza o intimidación, lugares o servicios públicos o privados de cualquier naturaleza y tipo; ora levantando barricadas, parapetos, trincheras, obstáculos, etc., con el propósito de hacer frente a la fuerza pública en respaldo de sus intenciones, planes, tesis o proclamas, ora atentando en cualquier forma en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios, serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y multa de mil setecientos sesenta y siete a cuatro mil cuatrocientos dieciocho dólares de los Estados Unidos de Norte América. Si por los hechos delictivos enumerados se produjere lesiones a las personas se impondrá a sus autores el máximo de la pena indicada en el inciso anterior y, si se produjere la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinte y cinco años y multa de cuatro mil cuatrocientos dieciocho a ocho mil ochocientos treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América.", es decir, si tomamos en cuenta la materialidad de la infracción, y la responsabilidad de los procesados, el hecho críminis no solo que se encuentra demostrado sino que los procesados se han encuadrado al delito de terrorismo con muerte. La tipicidad del delito, no contempla que la organización se sostenga en el tiempo, o que permanezca organizado en el tiempo, porque puede suceder espontáneamente, como ha sucedido en el presente caso; además se debe tomar en cuenta que existen las agravantes de pandilla, artículo 601 del Código Penal, "Es pandilla la reunión de tres o más personas, con una misma intensión delictuosa para la comisión de un delito.", hay que tomar en cuenta que son ocho los procesados en total, pese a que una de ellos, esto es la señora Ojeda no compareció a la audiencia de juzgamiento, por lo tanto supera el mínimo de tres personas, tanto más que la intención delictuosa que fue hacer justicia por la propia mano fue concretada, ya que lograron luego de hacer dos oramenes en la pared del UPC, que los detenidos salgan en precipitada carrera para a uno de ellos a más de incendiarle, y como producto de las quemaduras que superaban el 70% falleció, provocando con ello la muerte del señor Delgado Navarrete Antonio Alfredo; a esto se suma la destrucción a los bienes públicos, del informe del lugar de los hechos y la inspección ocular técnica se desprende que las instalaciones de la fuerza pública, esto es de la policía, fueron destruidos en su totalidad, tanto de los bienes

muebles como de los inmuebles, esto es de vehículos patrulleros, que acudieron en auxilio al UPC de Cumandá el día de los hechos, daños que también fueron relatados por los peritos y testigos, indicando que en el sector de la pared de los calabozos hicieron dos oramenes, que tanto las puertas de acceso anterior y posterior fueron dañadas, el interior tenían visiblemente hollín en las paredes por haber incendiado llantas al interior de los calabozos, y como consecuencia se produjeron daños en las camas, colchones, mobiliario y demás bienes pertenecientes al Estado; hubo ensañamiento, que es aquella intención de aumentar el dolor a la víctima (Guillermo Cabanellas), los videos han servido para probar la materialidad, y con eso de demostró el ensañamiento, comportamiento que en nuestra legislación está prohibido, y que se encuentra demostrada dicha actitud cuando al señor Delgado Navarrete, al tratar de huir fue roseado con gasolina y agredido con machete, provocándole quemaduras de tercer grado en un 70% en el cuerpo y varias heridas en el brazo, según obra del protocolo de autopsia; armas, el Art.602 del Código Penal, se refiere a toda máquina o cualquier otro instrumento cortante, punzante o contundente, que haya sido tomado para matar, herir o golpear, claramente ha sido expuesto por peritos y testigos, que se utilizó un combo, y una piedra grande para golpear, a lo que se suma que en la escena de los hechos la señora Carmen Ojeda blandía un machete, arma con la cual se produjeron heridas al occiso Delgado Navarrete; violencia y amenaza, Art.596 del Código Penal, sin lugar a dudas los procesados ejercieron apremio físico sobre las personas, que en el caso que nos ocupa fueron ejercidos sobre los detenidos, y también se ejerció sobre los miembros de la fuerza pública, quienes relataron que fueron amenazados, por lo que incluso tenían temor por su integridad física y hasta de su vida, sin poder precisar cuál iba a ser su final; fuerza y fractura en las cosas, Art.597 del Código Penal, todos los esfuerzos hechos por los procesados, derivaron en la fractura o rompimiento que lo hicieron con violencia, en el bien inmueble perteneciente al UPC del cantón Cumandá, tanto en su parte física del bien inmueble, como en los bienes muebles que se encontraban al interior del mismo, para lo cual utilizaron la fuerza, llegando a provocar los daños que son conocidos a través de los informes periciales, esto es la fractura de la pared de los calabozos, rotura de vidrios, desprendimiento de puertas, incendio de los calabozos, destrucción del mobiliario, destrucción de vehículos y demás bienes que se encontraban al interior y que son de exclusiva propiedad de todos los ecuatorianos. Con todas estas agravantes que han sido demostradas fehacientemente se llega a configurar el delito tipificado en el Art. 160.1 del Código Penal, en el cual han incurrido los procesados, y no se puede de ninguna manera argumentar que las acciones tomadas por los mismos sea un justificativo para decir que era un escarmiento para los delincuentes, toda vez que las personas tenemos deberes y derechos y uno de ellos es el derecho a la vida y a la integridad física, la que no fue respetada, porque como producto de estos desmanes se produjo la muerte del señor Delgado Navarrete, derechos que fueron violados, pese a que estos principios está respaldados y resguardados por la Constitución del Estado. DÉCIMO NOVENO.- […] Para desarrollar la valoración, como antecedente tenemos que la infracción acusada por Fiscalía, es la de terrorismo, Art.160.1 del Código Penal, en la comisión de este tipo de delitos, los sujetos activos actuaron en pandilla, cometiendo actos de violencia, que fueron ejecutados para amedrentar a personas que estaban custodiando a los detenidos, y de esta manera se les entregue a dichas personas para hacer justicia con mano propia, bajo la premisa de que hay que darles un escarmiento sin tomar en cuenta que en nuestra legislación ecuatoriana actos de este tipo no están permitidos puesto que vivimos en un estado de derecho, configurándose el delito al haber atentado en contra de los bienes del Estado y de la integridad física de las personas, dando como resultado la muerte de un ser humano, existiendo dolo inicial, siendo necesario determinar en el juicio el elemento subjetivo del delito, que consiste en el dolo o el actuar con conocimiento y voluntad. […] VIGÉSIMO PRIMERO.- El bien

jurídico tutelado por la Constitución es la vida de las personas y los bienes tanto públicos como privados, los mismos que están garantizados por la Constitución y las leyes de la República del Ecuador, mismos que han sido vulnerados por los procesados. Quien ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, prevé el Art. 13 del Código Penal, coligiéndose entonces que la estructura sistemática del derecho penal ecuatoriano, se sustenta en una relación de acción-resultado o causa-efecto, que es el esquema a ser observado por la decisión de esta causa. Una persona, al momento de cometer un delito puede actuar en calidad de autor, cómplice o encubridor. Se reputan autores, "…los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa o inmediata, sea aconsejando o instigando a otra para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración de 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 inintencionalmente 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". VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el presente caso son hechos incontrovertidos los siguientes: A.- Que los procesados y los ofendidos estuvieron en el lugar, en la fecha y en la hora de los sucesos; B.- Que producto de la agresión, hubo daños materiales a bienes muebles e inmuebles pertenecientes al estado ecuatoriano; C.- Que existió un muerto, lo que se ha se ha demostrado con el protocolo de autopsia, en el que determina que la manera de muerte desde el punto de vista médico legal, ha sido violenta, siendo el fallecido el señor Antonio Alfredo Delgado Navarrete". [Sic]

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 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 revisión 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.

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 los doctores Luis Enríquez Villacrés y Marco Rodríguez Ruiz, Jueces Nacionales; y, la doctora Daniella Camacho Herold, Juez Nacional ponente, de conformidad con el artículo 141 ibídem.

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 en que inició el proceso, corresponde aplicar las reglas vigentes a tal tiempo, esto es la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del

Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014; en consecuencia, se fundamentó el recurso de revisión en audiencia oral, pública y de contradictorio. El recurso extraordinario de revisión fue tramitado en aplicación de las garantías básicas que conforman el derecho al debido proceso, reconocidas en los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador, y conforme las normas procesales previstas en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal. No se evidencia omisión de solemnidades sustanciales o formalidades en la sustanciación del recurso de revisión que vicien el procedimiento y que puedan incidir en el resultado final de esta causa. Por lo que, el recurso es válido y así se lo declara.

CUARTO.- Argumentos y fundamentación del recurso

4.1. Fundamentación del recurso de revisión del señor César Raul Lara Silva.-

4.1.1. Alegato inicial.- el señor César Raúl Lara Silva, a través de su abogado defensor, doctor William Romero, como alegato inicial, manifestó:

> "Recurso de revisión se ha previsto con la finalidad de demostrar a los jueces que los recurrentes César Raúl Lara Silva no es responsable del ilícito penal por el cual fue sentenciado el 25 de junio del 2014 por los jueces que integraron el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba.
>
> Las resoluciones de los órganos de administración de justicia de los señores jueces en particular, cuando se hayan ejecutoriado la doctrina ha indicado que se les deben considerar como legítimas, como verdaderas, pero sobretodo como justas.
>
> Se ha de entender que el resultado por el cual el Tribunal Penal llegó a una conclusión es producto de un análisis de un acervo probatorio presentado por Fiscalía y contrastado por la defensa para ahí si bajo toda duda razonable responsabilizar a un sujeto o liberarlo de la misma. Sin embargo, existen ciertos casos en donde existen hechos que están fuera del dominio del juzgador por lo que se producen errores al momento de resolver. Precisamente ese error al momento de resolver es el cometido por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Riobamba, quienes resuelven declarar autor al señor César Lara Silva del ilícito previsto en el artículo 160.1 del Código Penal aplicable a esa época condenándolo al señor César Lara Silva y a otros procesados a una pena de 16 años de reclusión mayor, autor del ilícito penal de terrorismo con muerte.
>
> Jueces responsabilizan al Sr. Lara de haber cometido actos de terrorismo basándose única y exclusivamente en un solo testimonio de un miembro de la fuerza pública, quien indica que el Sr. Lara portaba un tubo y estaba empujando o quería tratar de ingresar al UPC del cantón Cumandá.
>
> El 13 de julio del año 2010 en el cantón Cumandá de la provincia de Chimborazo ocurre una gresca entre el populacho (personas reunidas alrededor de 800 a 1.000), quienes tras haberse enterado que los miembros de la fuerza pública habían aprehendido a dos ciudadanos que habrían cometido un acto delictivo (un robo particularmente). Ante la ola delincuencial, el populacho se levanta, forcejea con la policía en el UPC, les sacan a los señores ciudadanos que habrían sido detenidos, se produce una gresca, y producto de la gresca fallece uno de los procesados.
>
> Esos hechos fueron puestos en conocimiento de Fiscalía a través de la denuncia respectiva, y luego ante el Tribunal Penal. El Tribunal Penal declara que esa gresca son actos de terrorismo, hecho que esta defensa no comparte. Me voy a permitir indicar que la Corte Provincial de Chimborazo al momento de conocer a apelación ya se pronunció al respecto indicando que aquí no hay terrorismo sino otro tipo penal (riña con muerte dijo la Corte Provincial).
>
> Sin embargo, los jueces a todos los procesados a excepción de uno, los declaran responsables de este ilícito penal y les imponen dieciséis años de privación de la libertad.
>
> Esta resolución que contiene el error al momento de resolver por cuanto el Tribunal Penal de toda la lista de testigos que comparecieron a la audiencia de juicio tomó como verdadero un testimonio para sentenciar, sin tomar en consideración que otro miembro de la fuerza pública indicó que el señor César Lara no portaba ningún objeto contundente, y que más bien era el señor César Lara quien estaba defendiendo a los policías y hoy lo vamos a probar a través de los testimonios que pedimos y la prueba documental que evacuaremos.
>
> Pido a ustedes tener en cuenta estos dos testimonios particularmente: Luis Enrique Tapia Lozada y Edgar Guillermo Palanco Taipe.

Bajo estos dos testimonios es en donde existe una contradicción muy grande por las cuales los miembros del Tribunal jamás pudieron dar como verdaderos los testimonios para así responsabiliza, porque nunca llegaron a tener una certeza o no respecto de lo que manifestaban.

Bajo estas circunstancias recurrimos ante las autoridades, y con fundamento en el artículo 360.4 presentamos el recurso de revisión a fin de demostrar que el señor César Lara no es responsable del delito que se le atribuyó (terrorismo con muerte)". [Sic]

4.1.2. Práctica de la prueba documental:

"Quisiera que se agregue como prueba al expediente del señor César Lara la certificación conferida por la abogada Andrea Cárdenas, coordinadora del GAD municipal del cantón Cumandá de fecha 14 de febrero del 2017, en el que indica: que revisados los archivos de asistencia del personal del GAD municipal del cantón Cumandá señor César Raúl Lara Silva laboró normalmente el día 13 de julio del año 2010 ingresando a las 8hoo hasta las 17h00.

Que se agregue el Oficio No. 2010-036-UCP-R-CP-5 de fecha 01 de junio del 2010 suscrito por el licenciado Diego Mera Jiménez, subteniente de Policía, jefe del UPC Cumandá dirigido al señor Alcalde del cantón Cumandá, Hernán Vic; en el cual solicita a la municipalidad que le provea de galones de pintura, diluyentes, brochas, cemento, mallas, es decir, material de construcción.

Que se tenga como prueba el Memorándum No. 318-GMCOOPP-2010 de fecha 08 de julio del 2010 suscrito por el Ing. Freddy Bejarano, Director de Obras Públicas, con el cual se solicita la adquisición de los materiales como son pintura, diluyentes, brochas, cemento blanco, mallas, etc., es decir, material de construcción.

Que se tenga como prueba el Oficio de fecha 19 de julio del 2010, suscrito por el señor César Lara, en su calidad de supervisor de obra, dirigido al señor Alcalde del cantón Cumandá, Hernán Vic, en el cual hace un detalle pormenorizado de los materiales que necesita para cumplir su orden.". [Sic]

4.1.3. Práctica de la prueba testimonial:

"Testigo 1: Marizza Rosario Abril Rodríguez (Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriana, 41 años, casada, domiciliada en Cumandá, empleada pública. Pregunta de la defensa: ¿Conoce al señor César Lara? Respuesta: Si Pregunta de la defensa: ¿Ubiquémonos en la fecha13 de julio del año 2010, cuál es su actividad profesional u ocupación? Respuesta: Trabajó en el Municipio de Cumandá en el Departamento de Compra Públicas. Pregunta de la defensa: ¿El 13 de julio del 2010 qué actividad hacía? Respuesta: La misma actividad. Pregunta de la defensa: ¿El 13 de julio del 2010 que ocurrió una gresca en el cantón Cumandá usted tuvo alguna conversación con el señor César Lara? Respuesta: En aquel día el compañero era inspector de construcciones, en horas de la mañana el señor César Lara se acercó a mi oficina a preguntarme si estaban ya los materiales para una remodelación que se iba a realizar de parte del Municipio. Entonces, lo vi en la mañana, le había ratificado que los materiales se encontraban en bodega y podían ya hacer uso de los mismos para la reconstrucción que se estaba haciendo en el UPS (sic) del cantón. Pregunta de la defensa: ¿A qué hora aproximadamente? Respuesta: En horas de las 8 de la mañana. Pregunta de la defensa: ¿En el trascurso del día tuvo algún contacto con el señor César Lara? Respuesta: No, ya no lo volví a ver. Fiscalía: ¿A eso de las 11 horas del día 13 de julio del 2010 en qué lugar se encontraba usted? Respuesta: En mi trabajo. Fiscalía: ¿A qué distancia se encuentra el Municipio de la Unidad de la Policía Comunitaria del cantón Cumandá? Respuesta: Unas 5 cuadras más o menos. Fiscalía: ¿Usted el día 13 de julio del 2010 a eso de las 11 de la mañana se encontraba en la afueras de la Unidad de la Policía Comunitaria del cantón Cumandá? Respuesta: No. Fiscalía: ¿Sobre los hechos principales, qué observó usted? Respuesta: Que a 12 y 30 cuando salía a mi hora de almuerzo se escuchó el bullicio de lo que había estado ocurriendo inició de lo que había estado ocurriendo en el UPS (sic). Estaba en horas de trabajo la verdad no constaté nada. Fiscalía: ¿A eso de las 11 horas usted nos puede indicar en qué lugar se encontraba el señor Raúl Lara? Respuesta: No porque el señor desde las 8 de la mañana ya salía a hacer su recorrido como funcionario del Municipio, entonces no podría yo decirle a ciencia cierta donde se encontraba.

Testigo 2: Freddy William Bejarano C.

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriano, 48 años, domiciliado en el cantón Cumandá, comprometido, ingeniero civil. Pregunta de la defensa: Indique la actividad a la cual se dedica. Respuesta: Ingeniero civil de profesión desde

1998. Pregunta de la defensa: ¿Vamos a ubicarnos al 13 de julio 2010 respecto a los hechos que fueron de conocimiento en Cumandá. El 13 de julio de 2010 qué actividad cumplía usted? Respuesta: El martes 13 de julio de 2010 en la mañana realicé un recorrido conjuntamente con personeros del Consejo Judicial a partir de las 9 de la mañana. Pregunta de la defensa: ¿Usted le conoce al señor César Raúl Lara? Respuesta: Si, lo conozco por asuntos de trabajo ya que cuando estaba como Director de Obras Públicas él se desempeñaba como Inspector de construcciones. Pregunta de la defensa: ¿Usted en su calidad de Director de Obras Públicas dispuso al señor César Lara para que él sea el encargado en realizar trabajos de mantenimiento en el UPC de Cumandá? Respuesta: Si, exactamente como usted manifiesta como un mes antes solicitaron del UPC que se realice un mantenimiento a las instalaciones. Se realizó inspección para determinar la cantidad de materiales que se requieren. Luego de eso, se solicitó al compañero en este caso Lara Silva para coordinar las actividades de mantenimiento, ya estaban adquiridos los materiales en bodega. Pregunta de la defensa: ¿Usted tiene conocimiento de quien solicitó al GAD de Cumandá que le provean de esos materiales de construcción? Respuesta: En su momento dado presentaron un oficio solicitando que se realice el mantenimiento del UPC. Días posteriores yo solicité los materiales que se adquieran. Pregunta de la defensa: ¿Usted dispuso al señor César Lara que se dirija al UPC el 13 de julio del 2010? Respuesta: Si, en la mañana se solicitó que se traslade UPC a realizar las actividades de mantenimiento y reparación de la instalación por cuanto yo en ese momento iba a salir con los funcionarios del Consejo Provincial a realizar un recorrido por Naranja Pata. Cuando regresé me encontré con el señor César Lara. Pregunta de la defensa: ¿Puede indicar en qué circunstancias se encontró con el señor Lara? Respuesta: Salí al recorrido como a las 9 de la mañana. Legué al destacamento tipo 11 de la mañana. Le pregunté que qué pasaba y él me contestó que habían robado en la mañana un banco, que habían asaltado en el banco y estaban detenidos unas personas. Él estaba ahí para hablar con el encargado del UPC para coordinar las actividades de mantenimiento. Pregunta de la defensa: ¿Usted sabe si logró hablar el Sr. Lara con el encargado de mantenimiento del UPC? Respuesta: Desconozco. Podría haber hablado. Yo inmediatamente luego de unos 10 minutos de observar las circunstancias por las cuales estaba pasando el destacamento en ese momento, procedí a retirarme. Pregunta de la defensa: ¿Usted observó si el Sr. Lara incitaba a la gente, gritaba, hablaba? Respuesta: No, no él estaba, en el momento que yo llegué, parado ahí viendo igual cómo las personas estaban actuado frente a esa situación, por eso es que me acerqué a donde él a ver qué había pasado. Yo desconocía lo que había suscitado en la mañana. Fiscalía: ¿Usted manifiesta que a las 11 de la mañana del 13 de julio del 2010 estuvo en el campamento. Es verdad? Respuesta: No en el campamento, estuve en el UPS (sic), después de haber realizado un recorrido por el recinto Naranja Pata. Fiscalía: ¿A esa hora usted le encontró al señor Lara en el UPS del cantón Cumandá? Respuesta: Así es, exactamente. Fiscalía: ¿Qué tiempo de demoró usted en ese lugar? Respuesta: Tal vez unos 10 minutos que hablé con él. Vi cómo estaban las personas ahí asistiendo, gritando. Fiscalía: ¿Cuando usted se retiró el señor Lara se quedó en ese lugar? Respuesta: Si, exactamente. Se quedó en el lugar donde yo le encontré a él. Fiscalía: ¿Cuando usted estaba en dicho lugar, qué observó? Respuesta: Yo pude observar que varios agentes de la policía estaban frente a las instalaciones imagino que resguardando que la gente no ingrese. La gente estaba alborotada al contorno del UPC. Todas las personas murmuraban del asunto de los ladrones ya que meses y semanas anteriores ya hubo un asesinato de un taxista. Comentaba la gente que los mismos que habían asaltado eran los mismos que habían matado al señor taxista. Los policías habían estado resguardando las instalaciones de la muchedumbre que estaba alborotada al contorno del UPC. Fiscalía: ¿Usted no vio agresiones a los policías? Respuesta: No, no vi ninguna agresión a los policías. Fiscalía: ¿Ni destrucción a los bienes? Respuesta: No.

Testigo 3: Alfonso Fernando Paredes

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriano, 36 años domiciliado en el cantón Cumandá, soltero, abogado en libre ejercicio. Pregunta de la defensa: ¿Vamos a ubicarnos en el 13 de julio del 2010, a qué actividad se dedicaba? Respuesta: Era Jefe de registro civil en el cantón Cumandá en Chimborazo. Pregunta de la defensa: ¿Usted le conoce al Sr. Raúl Lara? Respuesta: Si. Pregunta de la defensa: ¿Puede indicar las circunstancias en las que qué le conoció el señor Raúl

Lara? Respuesta: El señor aparte de ser morador del sector, era Inspector de Obra del GAD del cantón Cumandá. Pregunta de la defensa: ¿El 13 de julio 2010 usted se entrevistó o conversó con el señor Raúl Lara? Respuesta: En el ejercicio de mis funciones, del 13 de julio 2010 a las 12, hora del almuerzo oí un tumulto de gente que pasaba el UPC del cantón Cumandá. Me trasladé desde el Registro Civil hacia el UPC, más o menos unas 3 cuadras. En donde pude observar al Sr. Lara presente con un jean y camiseta amarrilla en ejercicio de sus funciones. Pregunté que qué había sucedido. Dijo que fue había sucedido un robo a una señor que no me acuerdo el nombre. Habían capturado a unos sospechosos, estaba ahí la gente. Él lo que estaba tratando era de velar por los bienes públicos. Lo que yo pude observar en ese día es que él en el momento en que estaba el tumulto de la gente, que incluso quería agredir a los miembros de la Policía Nacional, él procedió a retirar un tubo. Yo estaría aproximadamente unos 20 minutos en el día y hora señalados. Las cosas fueron subiendo de tono, la gente estaba con palos y piedras, yo me procedí a retirar del lugar. Obviamente el señor Lara se quedó. Pregunta de la defensa: En el momento que usted indica que el Sr. Lara quitaba un tubo. ¿Usted pudo observar a qué persona le retira el tubo? ¿Puede identificar a esa persona? Respuesta: No le puedo identificar, pero el momento en el que yo me retiré él se quedó con el tubo. Pregunta de la defensa: ¿El momento en el que el señor Lara tenía el tubo pudo observar si el intentó golpear a personas o atentó en contra de la humanidad de los oficiales con ese objeto, con ese tubo que usted indica? Respuesta: Nuevamente repito que él estaba precautelando la integridad de los señores agentes de policía porque le retiró a un señor que incluso quiso golpearle a un policía. Pregunta de la defensa: ¿En el transcurso del día usted tuvo alguna entrevista con el señor Lara? Respuesta: No, solamente conversamos aproximadamente unos 5 minutos. Él estaba vigilando que no destruyan algún bien público y precautelando la integridad de los policías. Pregunta de la defensa: ¿Cuándo se retiró de ese lugar, hacia donde se dirigió? Respuesta: A mi almuerzo. Posterior a eso a la 1 de la tarde me dirigí a mi lugar de trabajo, al Registro Civil. Fiscalía: ¿A las 11 de la mañana del día 13 de julio del 2010 en dónde se encontraba? Respuesta: A las 11 de la mañana del día 13 de julio del 2010 me encontraba en mi lugar de trabajo, en la jefatura cantonal del Registro Civil. Fiscalía: ¿Usted observó algunas agresiones que se cometió al UPC del cantón Cumandá, a los policías? Respuesta: Lo único que pude observar como ya mencioné anteriormente que estaba un tumulto de gente. Entre esas personas una que estaba con un tubo. El Sr. Lara Silva le quitó el tubo tratando de evitar que le golpeen con el objeto a un agente de policía nacional. Fiscalía: ¿Sobre los hechos principales usted no observó nada? Respuesta: Repito nuevamente yo estuvo ahí aproximadamente desde las 12. Prácticamente cuando las cosas ya comenzaron a subir de tono, yo procedí a retirarme. Es decir, aproximadamente desde las 12 yo me retiré de ese lugar. Fiscalía: Indíquenos si el señor Lara cuando usted se retiró tenía en su poder el indicado tubo. Respuesta: Si el señor se quedó, estaba en las manos de él.

Testigo 4: Woody Ecuador Villacrés Cháves

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriano, 36 años, soltero, domiciliado en el cantón Cumandá, comerciante. Pregunta de la defensa: Indique la actividad profesional u ocupacional a la que se dedica. Respuesta: Soy comerciante. Pregunta de la defensa: ¿Vamos a ubicarnos al 13 de julio del 2010, a esa fecha qué actividad realizaba? Respuesta: Era jefe de desarrollo humano del Municipio del cantón Cumandá. Pregunta de la defensa: ¿Qué actividad hizo la mañana del 13 de julio del 2010? Respuesta: Como siempre acudí a la oficina a desarrollar mis actividades normales cotidianas diariamente porque se refiere a la administración del personal en la verificación de sus áreas de trabajo. Pregunta de la defensa: ¿Usted conoce a Raúl Lara? Respuesta: Si, le conozco. Pregunta de la defensa: ¿Indique las circunstancias en las que le conoce al Sr. Raúl Lara? Respuesta: Le conozco desde hace aproximadamente 10 años, que es la época en la que ingresó a laborar al Municipio del cantón Cumandá. Pregunta de la defensa: ¿A esa fecha, qué actividad desempeñaba el Sr. Lara? Respuesta: El laboraba como supervisor de obra. Pregunta de la defensa: ¿Usted tuvo conocimiento respecto a la solicitud que habrían hecho los miembros de la policía para arreglar el UPC del cantón Cumandá? Respuesta: En coordinación con el Director de Obras Públicas Sabía que le habían pedido que vaya a revisar y a dar mantenimiento como se da algunas áreas del Municipio, incluido algunas instituciones, entre una de ellas, el destacamento de la Policía Nacional. Pregunta

de la defensa: ¿Usted se entrevistó personalmente con el Sr. Lara el 13 de julio del 2010. Respuesta: El 13 de julio recuerdo que él pasó por mi oficina indicándome que iba a cumplir una función que le había encomendado su superior Freddy Bejarano, que era de asistir a verificar que iba a hacer los trabajos dentro del destacamento de la Policía. Pregunta de la defensa: ¿Usted en el transcurso del tuvo contacto con el Sr. Lara? Respuesta: Normalmente después de la reunión mantenida en la mañana, él se dirigía a cumplir la tarea encomendada, ya no tuve contacto. Pregunta de la defensa: ¿Usted conoce si el señor César Lara se encontraba junto al tumulto procediendo a realizar agresiones a los miembros de la Policía? Respuesta: Conozco que él había asistido hasta ese lugar con el propósito de coordinar con la Policía Nacional los trabajos a desarrollarse en la adecuación de ese local. Fiscalía: ¿Qué hora se entrevistó con el señor Lara? Respuesta: Aproximadamente entre 9 a 10 de la mañana. Fiscalía: ¿Posterior a esa hora ya no lo vio más al señor Lara? Respuesta: Así es. Fiscalía: ¿Usted estuvo presente a eso de las 11 de la mañana en el UPC del cantón de Cumandá? Respuesta: A las 11 exactamente no. Fiscalía: ¿Observó los hechos que se suscitaron el 13 de julio del 2010 a eso de las 11 de la mañana en el UPC del cantón de Cumandá? Respuesta: A las 11 de la mañana no. Fiscalía: ¿A las 11 de la mañana ya no estuvo usted con el señor Lara? Respuesta: No".

4.1.4. Alegato Final:

"se basaron únicamente en un testimonio de un policía del Sr. Luis Enrique Tapia Lozada quien indicó que el Sr. Lara portaba un tubo. Ese es el único testimonio de un agente de la policía que se toma como base para sentenciar al Sr. César Raúl Lara. El resto de policías manifestaron que le conocen al Sr. César Raúl Lara, que le vieron que estaba en los alrededores del UPC. En efecto, estaba ahí el Sr. pero hoy podemos saber que él se encontraba en ese lugar, pues precisamente en ese día tuvo contacto con los policías para proceder a realizar los trabajos de mantenimiento que con antelación los policías habían solicitado. Precisamente con la prueba documental que se presentó, que se refiere al oficio No. 210 del 01 de junio del 2010, 42 días antes de los hechos que ocurrieron el 13 de julio del 2010.

Existe el pedido del licenciado Diego Mera Jiménez, sub teniente de policía del UPC dirigido al Municipio de Cumandá para que el Municipio de Cumandá proceda a proveerle de materiales de construcción y a su vez, designa la cuadrilla para que proceda a realizar esos trabajos de mantenimiento.

El Sr. César Lara se encontraba cumpliendo una orden. Se ha probado que existió tal petitorio con el oficio No. 210 del UPC de fecha 01 de junio del 2010. Estos hechos no fueron de conocimiento del Tribunal.

Con el testimonio del señor policía Luis Enrique Tapia Lozada que indica que portaba un tubo, se le sentenció al señor Lara por actos de terrorismo. Hoy sabemos gracias al testimonio del señor Alfonso Fernando Paredes Vic, quien identifica al señor César Raúl Lara le indica que él portaba el tubo, pero luego de haberle quitado a otro ciudadano, quien era el que estaba tratando de agredir a un miembro de la fuerza pública. El testimonio del señor Alfonso Fernando Paredes Vic corrobora con el testimonio rendido en la audiencia de juzgamiento por el señor Edgar Guillermo Palango Taipe. Que dijo el Edgar Guillermo Palango Taipe al momento de testificar: que el señor César Raúl Lara era quien estaba defendiendo a los policías. El señor César Raúl Lara les estaba defendiendo. Voy a leer esa declaración testimonial que consta a fojas 237:

Edgar Guillermo Palango Taipe una vez que llegó al UPC se acercó el señor Juan Aucancela con un tubo, que le reconoció al procesado porque dicho ciudadano le dijo que los policías son cómplices de los delincuentes, y le procedió a golpear en la pierna con el tubo; y otro ciudadano le jaló la gorra que estaba puesta. El señor César Raúl Lara dijo que no le agredieran y le defendió. Hoy se puede corroborar ese testimonio rendido por miembros de la policía con el testimonio que acaba de rendir el señor Alfonso Fernando Paredes Vic. El señor Lara lejos de agredir, era quien estaba defendiendo a los policías, y además tratando de precautelar los bienes del Estado. Lastimosamente los miembros del Tribunal no hicieron este ejercicio de apreciación, de contrastación entre el un testimonio y el otro y toma como base fundamental para sentenciar a 16 años el testimonio del policía que indicaba que el señor Lara estaba con un tubo. En efecto estaba con un tubo, pero hoy sabemos que con ese tubo trató de defender a los policías. Existió un tumulto de más de 800 personas, como indican los testimonios.

Hoy, hemos justificado que el señor Lara Silva el 13 de julio del 2010 era funcionario municipal.

Particularmente, desempeñaba la actividad de Supervisor de Obras, y el incumplimiento de las disposiciones de sus jefes inmediatos como son los señores Freddy William Bejarano M. y el señor Woody Ecuador Villacreses Chávez, quienes le dispusieron al señor Lara que acuda al UPC, coordine con los policías el trabajo de la adecuación. Hoy sabemos que la presencia del señor Lara en el lugar de los hechos no obedece a que él acudió por su propio actuar a las instalaciones, sino cumpliendo las disposiciones de su jefe. Claro está que no pudo realizar su actividad pues precisamente habían ya ocurrido estos impasses entre la ciudadanía del cantón Cumandá y los miembros de la fuerza pública.

En estas circunstancias, esta defensa está convencida de que con las declaraciones testimoniales y la documentación presentada, se ha demostrado que el señor en ningún momento cometió actos de terrorismo. Primero él nunca estuvo incentivando a la gente, lanzando piedras, golpeando a los policías; al contrario, él se encontraba el día de los hechos lejos de agredir, tratando de defender a la policía. Concomitantemente, la conducta de señor Lara en ninguna parte se puede subsumir al tipo penal de terrorismo. Por último, puede existir otro tipo penal. La conducta del señor Lara no se subsume al tipo penal por el cual ha sido inculpado a 16 años de reclusión. Con los testimonios rendidos y la prueba aportada esta defensa cree que el Sr. Lara no es responsable del ilícito penal. No ha cometido ningún acto tendiente a que su conducta se subsuma a ningún tipo penal de terrorismo. En estas circunstancias esta defensa hace el pedido a ustedes que a través de la prueba que se ha aportado ustedes rompan ese principio preclusivo de la cosa juzgada de la sentencia dictada de fecha 05 de junio del 2010 a las 12h56 y dicten una sentencia enmendando el error cometido por los jueces, declarando el estado de inocencia del señor César Raúl Lara Silva. Esta prueba que se ha aportado es totalmente convictiva para que ustedes puedan dar una sentencia justicia y resarciendo los derechos del Sr. César Raúl Lara Silva que han sido vulnerados". [Sic]

4.2. Fundamentación del recurso de revisión del señor Edison Gustavo Valle Idrovo.-

4.2.1. Alegato inicial.- el señor Edison Gustavo Valle Idrovo, a través de su abogado defensor, doctor Diego Tixi, como alegato inicial, manifestó:

"El presente recurso fue interpuesto de manera directa en este caso por mi defendido el señor Valle Hidrobo Edison Gustavo conforme lo establecía el artículo 61 inciso segundo del Código de procedimiento Penal vigente ese momento. La causal de revisión sobre la que interpuse el recurso es el numeral 4 del artículo 360 del Código de procedimiento Penal vigente en el momento.

La defensa técnica del señor Valle a va atacar netamente a la responsabilidad, no se va a referir nada sobre la existencia de la infracción en el caso del delito, solamente a la responsabilidad penal. Los hechos se dieron el día 13 de julio del 2010 en el cantón Cumandá, provincia de Chimborazo, aproximadamente a las 11 horas de la mañana, en donde varios moradores del cantón Cumandá se dirigieron al UPC con el fin de solicitar a la policía se les entregue a varias personas que habían sido detenidos por un supuesto delito contra la propiedad que se habían cometido en horas de la mañana. Lógicamente, luego de llegar este populacho al UPC ocasionaron desmanes, cuestiones en contra del UPC, de los policías y más aún, en este caso se establece la muerte de Delgado Navarrete Alfredo. Por lo mismo, y en base a mi recurso que se establece en ese momento, se llegará a demostrar que el Tribunal de Garantías Penales se basa en un solo testimonio del policía Tapia Lozada Luis Enrique, en el cual establece que mi defendido supuestamente estuvo golpeando con una piedra las paredes del UPC, y lógico, con una piedra vamos a romper otra piedra, complejo que queda en incógnito.

A su vez, de los 4 policías que estuvieron presentes en dicho UPC el día de los hechos y a la hora, solamente el señor Tapia Lozada Luis Enrique es el que le reconoce, los demás ni siquiera le reconocen ni le nombran en audiencia de juicio.". [Sic]

4.2.2. Práctica de la prueba testimonial:

"Respuesta: 5: Wilson Antonio Malo Lomas (Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) 58 años, casado, domiciliado en Cumandá, maquinista. Preguntas de la defensa: ¿El mes de julio del año 2010 en dónde usted tenía su domicilio? Respuesta: En Cumandá. Preguntas de la defensa: ¿El día martes 13 de julio del 2010 a eso de las 11 horas aproximadamente en dónde se encontraba usted? Respuesta: Por la agrupación de la gente yo fui, entonces porque hubo un asalto. Yo estuve aproximadamente a unos 60 metros del UPC en la vía principal diagonal a una calle que dice la

perimetral. Preguntas de la defensa: ¿El día que le acabo de manifestar, y estaba a unos 60 metros del UPC aproximadamente, con quien estaba usted? Respuesta: Estaba con Marco M., Magally García y Gustavo Valle. Estábamos justo ahí en ese grupo. Preguntas de la defensa: ¿Usted si le conoce a Valle Idrovo Edison Gustavo? Respuesta: Le conozco como morador del cantón. Preguntas de la defensa: ¿El día de los hechos, es decir el 13 de julio del 2010, que se encontraba haciendo el señor Valle Idrovo Edison Gustavo? Respuesta: Justo viendo lo que sucedía y tal como nosotros estábamos, justo estábamos en el mismo grupo. Nos avanzamos a ver y por eso nos reconocimos con él. Preguntas de la defensa: ¿Usted observó si el señor Valle Idrovo Edison Gustavo realizó algún acto en contra de los policías? Respuesta: De lo que yo vi nadie en el grupo. La otra gente si enardecida. Pero nosotros estábamos en ese grupo y ninguna agresión que hizo él. Preguntas de la defensa: ¿Usted vio si el señor Valle Idrovo Edison Gustavo realizó alguna acción en contra de la policía comunitaria? Respuesta: No vi nada. No hizo nada él, además nosotros estábamos distantes, a 60 metros. Yo no le vi que hizo ninguna cosa de nada. Preguntas de la defensa: ¿Vio si el Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo hizo algún acto de vandalismo en contra de los supuestos ladrones? Respuesta: No, yo no vi nada de eso. Él no hizo nada de eso. Preguntas de la defensa: ¿Vio si el señor Valle Idrovo Edison Gustavo realizó algún acto de incitación en contra de los supuestos ladrones? Respuesta: No. Jueza ponente: ¿Qué en incitación? , explíquele. Preguntas de la defensa: ¿Incitar es que el señor Valle Idrovo Edison Gustavo tal vez manifestaba: quememos a los ladrones, matémosle a los ladrones, manifestaba esas palabras? Respuesta: Yo no he oído que manifestaba nada de eso. Preguntas de la defensa: ¿Con qué vestimenta estuvo el señor Valle Idrovo Edison Gustavo el día de los hechos? Respuesta: Ese día estuvo él con una camiseta amarilla y un blue jean azul, y unas botas. Preguntas de la defensa: ¿Estuvo con gorra o sin gorra? Respuesta: Sin gorra. Preguntas de Fiscalía: Usted dice que sí estuvo en el lugar de los hechos el día 13 de julio del 2010. ¿A qué hora estuvo en ese lugar? Respuesta: Más o menos fue como a las11 o 10 y media. Desde temprano que fue ese asalto la gente se comenzó a llenar. La gente se aglomeró a ver lo que sucedió. Preguntas de Fiscalía: ¿A qué distancia del UPC se encontraba usted el día 13 de julio del 2010? Respuesta: 60 metros. Preguntas de Fiscalía: ¿Observó que el señor Gustavo Valle se encontraba en dicho lugar? Respuesta: Si, estábamos en el mismo grupo y nos reconocimos. Nos avanzamos a ver y nos reconocimos. Preguntas de Fiscalía: ¿Cuántas personas en dicho lugar, frente al UPC? Respuesta: Cantidad, casi todo el cantón. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted observó si el señor Gustavo portaba algún instrumento, arma en sus manos? Respuesta: No, yo no le he visto nada. Él no cargaba. Preguntas de Fiscalía: ¿No observó si el señor Valle no portaba una piedra? Respuesta: No, él no hizo nada de eso. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted nos puede indicar si observó quienes cometieron destrucciones en la UPC? Respuesta: No porque el destrozo fue después. Al momento que hubo ya le gente se iba yendo, después ya se vio que han roto. Yo ya no estaba ahí. La gente se iba yendo. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted no observó los hechos principales, las destrucciones? Respuesta: No, pero él no incitó a nada. Preguntas de Fiscalía: ¿Cuando usted se retiró, el señor Valle se quedó en el lugar? Respuesta: Él se fue primero. Preguntas de Fiscalía: ¿A qué hora se fue? Respuesta: Por ahí como a las 12. Él se retiró primero. Preguntas de Fiscalía: ¿Quién le pidió rendir este testimonio? Respuesta: Los familiares de ellos de los que han estado, que de testimonio de cómo han sido las cosas. Preguntas de Fiscalía: ¿Anteriormente por qué no lo hizo? Por qué no rindió testimonio antes? Respuesta: Primeramente al testimonio nadie nos ha dicho nada, ya después comenzaron los casos y todo. Preguntas de Fiscalía: ¿Su domicilio en el 2010 donde era? Respuesta: En Cumandá, yo siempre he vivido en Cumandá. Cuando era muchacho vivía en Milagro. Ya llevo 7 años.

Testigo 6: Silvia Magally García Yupa

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriana, 42 años, casada, domiciliada en Cumandá, comerciante. Preguntas de la defensa: ¿El mes de julio del año 2010 el donde tenía usted su domicilio? Respuesta: En el cantón Cumandá. Preguntas de la defensa: ¿El día martes13 de julio de 2010, a eso de las 11 horas aproximadamente en donde se encontrada? Respuesta: En el cantón Cumandá, a unos 60 metros del UPC en la vía Panamericana. Preguntas de la defensa: ¿Por qué se encontraba en el UPC? Respuesta: Porque decían que había un robo y había mucha gente aglomerada entonces acudimos al

sector. Preguntas de la defensa: ¿En compañía de quien se encontraba? Respuesta: En compañía de Marcos M., Gustavo Valle, y Wilson Malo. Preguntas de la defensa: ¿Le conoce a Valle Idrovo Edison Gustavo? Respuesta: Si lo conozco. Preguntas de la defensa: ¿Por qué le conoce al Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo? Respuesta: Porque es un cantón pequeño, nos conocemos casi todos. Preguntas de la defensa: ¿El día que nos acaba de señalizar, es decir, 13 de julio de 2010 el Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo que se encontraba realizando? Respuesta: Observando con nosotros el problema que acontecía en ese instante. Preguntas de la defensa: ¿El señor Valle Idrovo Edison Gustavo cometió algún acto de vandalismo en contra de la policía? Respuesta: No, estaba conjuntamente con nosotros solamente mirando. Preguntas de la defensa: ¿El Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo realizó algún acto de vandalismo en contra de la infraestructura del UPC? Respuesta: No para nada. Preguntas de la defensa: ¿El Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo realizó algún acto de vandalismo en contra de los supuestos ladrones? Respuesta: No, en ningún momento. Preguntas de la defensa: ¿El Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo incitaba, es decir, decía al pueblo: vamos a quemarle a los ladrones, vamos a matar a los ladrones? Respuesta: No, estaba conjuntamente con nosotros y no dijo nada de eso. Preguntas de la defensa: ¿Cómo vestía el Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo? Respuesta: Camiseta amarilla, pantalón jean, botas negras de caucho. Preguntas de la defensa: ¿El Sr. Valle Idrovo Edison Gustavo en ese momento estaba con o sin gorra? Respuesta: Sin gorra. Preguntas de la defensa: ¿En qué parte exactamente usted se encontraba con Valle Idrovo Edison Gustavo? Respuesta: A unos 60 metros del UPC. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted manifiesta que estuvo a 60 metros del UPC. Qué pudo observar a eso de las 11 de la mañana en el UPC? Respuesta: Había mucha aglomeración de gente. Se podía observar gritos, tantísima gente en el UPC. No se podía apreciar bien la situación. No podría decir exactamente qué estuvo pasando porque estaba a una distancia de 60 metros. Preguntas de Fiscalía: ¿Hasta qué hora estuvo usted en dicho lugar? Respuesta: 2 de la tarde más o menos. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted nos puede indicar si cuando usted permaneció en el lugar de los hechos ya se cometieron actos por parte de las personas que estaban en dicho lugar? Respuesta: Había mucha aglomeración de gente y no se podía ver mayor cosa. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted pudo identificar a alguna persona que cometió estos hechos el 13 de julio? Respuesta: Todo el pueblo estaba indignado ese día. Había demasiada gente, imposible, inclusive tuve miedo de acercarme más porque fue fatal. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted observó nada sobre los hechos principales? Respuesta: Directamente no podría decir qué persona lo hizo, no porque había demasiada gente y todo el mundo estaba indignado.

Testigo 7: Marco Maquisaca Silva

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriano, 50 años, soltero, domiciliado en Cumandá, sin actividad al momento, fui funcionario público. Preguntas de la defensa: ¿En el mes de julio 2010 en donde tenía usted su domicilio? Respuesta: En el cantón Cumandá. Preguntas de la defensa: ¿El martes a las 11 horas aproximadamente dónde se encontraba usted? Respuesta: En el cantón Cumandá. Preguntas de la defensa: ¿En qué sector? Respuesta: Panamericana entra la intersección con la Perimetral a unos 60 metros del UPC. Preguntas de la defensa: ¿Por qué se encontraba en el UPC? Respuesta: Ese día ha habido asalto en Cumandá. Había mucha gente ahí, novelero, llegamos a presenciar qué pasaba por el contenido de los robos que había en el cantón. Preguntas de la defensa: ¿En compañía de quien se encontraba el día, hora que usted nos señala? Respuesta: Del señor Gustavo Valle Idrovo, Magally García y Wilson Malo. Preguntas de la defensa: ¿Conoce al señor Gustavo Valle Idrovo? Respuesta: Un poco. Preguntas de la defensa: ¿Por qué más le conoce al señor Gustavo Valle Idrovo? Respuesta: Vive en la zona, vive en el cantón Cumandá más arriba de donde yo vivo. Preguntas de la defensa: ¿El día y hora que señala, qué se encontraba realizando el señor Gustavo Valle Idrovo? Respuesta: Estábamos espetando la forma cómo se estaban dando las cosas en ese sitio, estábamos ahí mirando a la distancia que anteriormente se le comentaba. Preguntas de la defensa: ¿El señor realizó algún acto de vandalismo en contra de la policía? Respuesta: Yo no he visto ningún acto de vandalismo en contra de la policía Nacional del Ecuador. Preguntas de la defensa: ¿Aclárenos al tribunal si vio si el señor Gustavo Valle Idrovo realizó algún tipo de acto de vandalismo? Respuesta: No, no señor. Preguntas de la defensa: ¿No vio? Respuesta: No, no he visto que ha realizado algún acto

de vandalismo. Preguntas de la defensa: ¿Qué se encontraba haciendo? Respuesta: Estaba parado junto a nosotros mirando lo que se estaba realizando en ese momento. Preguntas de la defensa: ¿El señor Gustavo Valle Idrovo realizó algún tipo de vandalismo en contra de la infraestructura del UPC? Respuesta: No porque estaba junto a nosotros en ese momento. Preguntas de la defensa: ¿El Sr. Gustavo Valle Idrovo realizó algún tipo de acto de vandalismo en contra de los supuestos ladrones? Respuesta: No. Preguntas de la defensa: ¿No vio? Respuesta: No, no se vio ningún acto de vandalismo en contra de la institución, ni en contra de las personas que en ese momento estaban ahí. Preguntas de la defensa: ¿El señor Gustavo Valle Idrovo incitó a quemar, a matarles a los supuestos ladrones? Respuesta: No, estuvo junto a nosotros mirando lo que se estaba realizando. Preguntas de la defensa: ¿Con qué vestimenta estuvo el señor Gustavo Valle Idrovo? Respuesta: En ese momento estaba con una camiseta amarilla, pantalón jean y botas de campo. Preguntas de la defensa: ¿El señor Gustavo Valle Idrovo utilizaba gorra o no? Respuesta: No utilizaba gorra. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted anteriormente rindió algún testimonio en esta causa? Quién le pidió que venga a rendir? Respuesta: La familia. Preguntas de Fiscalía: ¿Nos puede indicar qué persona de la familia le pidió? Respuesta: El padre del señor Valle. Preguntas de Fiscalía: ¿Qué entiende usted por vandalismo? Respuesta: Hacer daño a la propiedad pública. Preguntas de Fiscalía: ¿Qué daño se cometió contra la propiedad pública el día del 13 de julio? Respuesta: Ha habido algunas situaciones que en ese momento han ido contra la propiedad pública del UPC. Preguntas de Fiscalía: ¿Nos puede indicar qué vio usted? Respuesta: Había ahí que había roto unos ladrillos, unos bloques. Preguntas de Fiscalía: ¿Cuándo observó esas situaciones? Respuesta: El día ese que estábamos ahí el día 13. Preguntas de Fiscalía: ¿Observó quienes cometieron ese vandalismo? Respuesta: Estaba muy distante para poder observar y determinar exactamente quiénes serían. Estaba muy distante yo de los hechos. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted estaba presente cuando quemaron a los presos? Respuesta: No, estaba distante del tumulto de gente, había demasiada gente. Estábamos bien atrás nosotros. Preguntas de Fiscalía: ¿Qué nos puede indicar sobre los hechos? Respuesta: Testifico en la realidad que estuve parado al lado del señor Valle estábamos ahí, luego nos retiramos del punto. Eso es lo que puedo testificar. Preguntas de Fiscalía: ¿No vio sobre los hechos principales? Respuesta: No. Jueza ponente: ¿Hasta qué hora permaneció usted ahí? Respuesta: Estábamos un buen rato. Estaríamos tal vez unas dos horas ahí. No puedo determinar exacto. Jueza: ¿El Sr. Valle se retiró con usted? Respuesta: Si. Jueza: ¿A dónde se fueron? Respuesta: Él se retiró para su casa o no sé a dónde se iría, ya nosotros nos fuimos también".

4.2.4. Alegato Final:

"Este recurso de revisión es netamente una revisión al proceso, a todo lo que se llevó a cabo en el proceso. Más aún para justificar mi causal justamente con los testimonios que hemos escuchado en esta audiencia.

Del acervo probatorio que consta del proceso, se pude establecer que el Tribunal de garantías penales conjuntamente con la Sala Penal hace suyo un testimonio del policía que estuvo presente en el lugar de los hechos, Tapia Lozada Luis Enrique. Es el único testigo presencial que supuestamente le reconoce y le identifica a mi defendido. Pero qué raro y aquí nacen las incógnitas. Por qué no revisamos los 18 testimonios rendidos en audiencia de juicio donde ninguno de ellos, más que uno, establece que mi defendido estuvo con una piedra rompiendo otra piedra, es decir, la pared del UPC. Los cuatro policías que estuvieron presentes en el UPC, en ese momento testigos presenciales, ninguno más le reconoce, ni siquiera le pronuncia en la audiencia de juicio. Es decir, no se establece de manera clara cuál es los actos que supuestamente mi defendido realizó para establecer la tipicidad que está en este proceso.

Hay un testimonio de un señor Acosta Zúñiga Mario Palermo, testigo presencial del hecho, que era un bombero voluntario. De igual manera, tampoco le identifican, peor le nombran a mi defendido que estuvo en el lugar de los hechos.

En los testimonios de las personas procesadas, en ese momento ya sentenciadas, ninguna establece que siquiera intervino Valle. El único testimonio es el del Sr. policía Tapia.

Claramente los tres testigos han establecido que estuvieron en el lugar de los hechos a 60 metros del UPC, con el señor Valle Hidrobo Edison Gustavo. Todos han declarado que Valle Hidrobo Edison Gustavo nunca hizo ningún tipo de acto para encasillar en la tipicidad del 160.1 del Código Penal establecido. Todos son concordantes en la ropa que viste mi defendido, todos son concordantes a qué distancia se encontraba. Se

puede establecer que mi defendido no hizo ningún tipo de acto.

Conforme lo establece el Código Penal vigente en el momento de los hechos en el artículo 11, establece la relación de causalidad donde "Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción si el acontecimiento dañoso o peligroso del que depende de la existencia de la infracción no es consecuencia de su acción u omisión. De qué acción estamos hablando si nos encontramos en nuestro país en un Derecho Penal de acto. Es decir, establezcan el acto que es. Aquí claramente se establece que no existe el nexo de causalidad.

A su vez, conforme lo establece el artículo 85 del Código de procedimiento penal vigente en su momento, establece que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado. Más aún cuando se presume un nexo de causalidad.

Si pueden observar el artículo 68.3 establece que los indicios que sirvan para la premisa de presunción sean varios, acá de cuál varios estamos hablando, si solo se basa en el testimonio de un perito. Ahora se acaba de romper el nexo de causalidad por los testimonios rendidos acá que son concordantes.

Pido se ratifique el estado de inocencia, se sirvan levantar todas las medidas cautelares que pasan sobre mi defendido.". [Sic]

4.3. Fundamentación del recurso de revisión de los señores Jaime Agustín Aucancela Evia y Jorge Carlos Cumbe Campoverde.-

4.3.1. Alegato inicial.- Los señores Jaime Agustín Aucancela Evia y Jorge Carlos Cumbe Campoverde, a través de su abogado defensor, doctor Carlos Fernando Lozada Santana, como alegato inicial, manifestó:

"Impugnación de decisión judicial del Tribunal Provincial de Justicia de Chimborazo con fecha 12 de marzo del 2015 de las 09h41, el mismo que condenó a mis defendidos y a otros a una pena de dieciséis años de reclusión mayor. Por estos hechos, los condenados señor Jaime Agustín Aucansela Evia y señor Jorge Carlos Cumbe Campoverde interponen recurso de revisión. Este recurso de revisión se encuentra interpuesto de conformidad con el artículo 366 del Código de procedimiento penal y artículo 360 del Código de procedimiento penal, el mismo que admite prueba nueva. Con la prueba testimonial demostraré que de la actuación probatoria de Fiscalía no se encontró ningún tipo de participación delictual, ni el delito de terrorismo organizado por lo que se acusa a mis defendidos. El señor Jaime Agustín Aucansela Evia y señor Jorge Carlos Cumbe Campoverde en el momento en que sucedieron los hechos, no se encontraban en el lugar porque el Sr. Jaime Agustín Aucansela Evia se encontraba conduciendo el bus No. 10 de la Cooperativa Santa Marta de la que era propietario el chofer del mismo que se encontraba con destino Guayaquil.

La presencia de los dos recurrentes en el hecho se debió a que estando de paso y con pasajeros le comunicaron que su hermana y su madre estaban en el UPC y que habían sido víctimas de un asalto y robo, por ese hecho tuvo que retirarse inmediatamente porque se encontraba de pasajeros. Por economía procesal prescindo de dos testigos, me quedo con dos. El señor Erraez y la señora Evia". [Sic]

4.3.2. Práctica de la prueba documental:

"Certificación de Cooperativa Santa Martha en la que dice que el Sr. Jaime Agustín Aucansela salió conduciendo la unidad de bus No. 10 el día 13 de julio con turno dese las 11:40 con turno de la ciudad de Bucay a la ciudad de Guayaquil, retornando de ésta a las 14h00 con un tiempo de recorrido de dos horas. Particular que por el principio de contradicción pongo a disposición de los jueces y a Fiscalía.". [Sic]

4.3.3. Práctica de la prueba testimonial:

"Testigo 8: Alfonso Erraez

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriano, 63 años, viudo, domiciliado en Bucay, Guayas, chofer profesional. Pregunta de la defensa: Relate el por qué su presencia en el lugar de los hechos el día 13 de julio de 2010. Respuesta: La curiosidad. Soy hombre viejo. Desde ahí tengo jodida la nariz, la cabeza, estoy hasta más patojo. Mi inquietud era a reconocer si eran los mismos que me asaltaron a mí. No llegué a tiempo. Pregunta de la defensa: ¿Cuántas personas más o menos pudo observar usted en esa manifestación popular frente al UPC? Respuesta: Era un sin número de personas. Era demasiado. Un tumulto de carros, de ahí al destacamento siquiera había estado hasta Santa Rosa una fila de carros. Pregunta de la defensa: ¿Cuántos kilómetros dista del destacamento hasta Santa Rosa? Respuesta: 2 kilómetros o un poco más. Pregunta de la defensa: ¿Y del destacamento a San Joaquín? Respuesta: Unos 5 kilómetros. Pregunta de la defensa: ¿San Joaquín está en la

vía hacia Guayaquil? Respuesta: Si. Pregunta de la defensa: ¿Santa Rosa está en la vía hacia Riobamba? Respuesta: Si. Pregunta de la defensa: ¿Pudo observar cuando usted estaba presente ahí la presencia del señor Jaime Agustín Aucancela y señor Jorge Cumbe Campoverde? Respuesta: No les he visto a ninguno de ellos. Pregunta de la defensa: ¿Usted si les conoce a ellos? Respuesta: De conocerle les conozco porque somos de ahí pero no le he visto a ninguno de ellos. Me sorprende que ellos hayan estado involucrados en esas cosas. Pregunta de la defensa: ¿Usted manifestó que había sido afectado, cuénteme por qué. Respuesta: Porque unos días antes fui afectado porque me robaron mi vehículo, yo soy taxista. Esa misma noche nos llevaron dos vehículos, del finado y mío, pero dando gracias a Dios que Dios es muy grande estoy viviendo para poder estar aquí presente. Una cosa es de contar, otra cosa es de ver. Yo tenía que estar solo así. Me venía la angustia, amarrado las manos como perro ahí colgado a mí me dejaron ya por muerte son salvajes esa clase de gente. Pregunta de la defensa: ¿La gente del cantón Cumandá y su recinto y su cantón aledaño que se encuentran separados únicamente por el río Chimbo estaba molesta por los constantes asaltos? Respuesta: Si abogado, el pueblo ha hecho justicia. Una semana por acá muerto, robado el carro. Otra semana por acá robado el carro nuevo, otra vez en medio del agua nadando el cadáver, a un sobrino mío le dejan amarrando y le encuentran el carro. Era demasiado. No había quien meta mano en la justicia. Era demasiado. Una cosa es de contar, otra cosa es de sufrir. Dando gracias a Dios estoy aquí. El finado estaba con las manos amarradas. Pregunta de la defensa: ¿Usted concurrió al UPC con la finalidad de identificar a los supuestos delincuentes? Respuesta: Si yo fui, pero ya se habían ido, no había nadie. Preguntas de Fiscalía: ¿Desde qué hora hasta qué hora estuvo el 13 de julio del 2010 en el UPC del cantón Cumandá? Respuesta: Unos 20 minutos. Preguntas de Fiscalía: ¿A qué hora llegó? Respuesta: Unos 20 minutos. Preguntas de Fiscalía: ¿A qué hora llegó? Respuesta: No me recuerdo, 11 o 12 del día. Preguntas de Fiscalía: ¿Qué observó usted durante el tiempo que estuvo ahí? Respuesta: No había cómo observar, demasiado el tumulto. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted entró al UPC? Respuesta: No, a penitas no más. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted observó si los señores Sr. Jaime Agustín Aucancela y señor Jorge Cumbe Campoverde? Respuesta: No les he visto, yo soy hombre viejo. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted observó sobre los hechos principales cometidos en el UPC? Respuesta: No había como observar.

Testigo 9: Zoila Rosa Evia Pérez

(Advertencia de la juez ponente de las penas de perjurio y falso testimonio) Ecuatoriana, 78 años, viuda, quehaceres domésticos, domiciliada en el cantón Cumandá. Pregunta de la defensa: ¿Cuénteme de la manera más breve a qué se debió su presencia en el UPC del cantón Cumandá. Respuesta: A mí y a mi hija nos robaron $4000. Mi hija siguió a los señores que nos asaltaron en los dos cantones de Bucay en la Puntilla estaba un carro atravesado y no podían correr porque un señor ha estado esperando en la carretera grande. En un auto rojo. De ahí cogen una vía que es pequeñita que se llama el río Aguaclara, ahí les cogen presos a los dos, y el uno se dio a la fuga. De ahí llegaron los policías al destacamento de Cumandá, ahí se reunieron más de dos mil personas en el UPC de Cumandá porque habían muchos asaltos a los taxista y todo. Mi hijo venía de Guayaquil con los pasajeros, tenía una Santamartha. Por la novedad que nos robaron a mí y a mi hija se paró ahí. Con los compañeros que ahora están presos, se asoma a ver a los presos que estaban ahí, y ahí le han tomado las fotos de que son terrorista, no es así. Por Diosito que no son terroristas ninguno de los que están presos, y os prófugos que están. Los que hacen e atentado es el pueblo de Cumandá y el de Bucay, todo recinto aledaño. Pregunta de la defensa: ¿Cuántas personas más o menos estaban aglomeradas? Respuesta: Más de dos mil porque hay hasta una lomita. Estaban en esa lomita las personas mirando a lo que estaba pasando. Pregunta de la defensa: ¿El Sr. Jaime Agustín Aucancela y señor Jorge Cumbe Campoverde se retiraron inmediatamente? Respuesta: Eso no me acuerdo, creo que se retiraron seguidamente porque ya tanta gente que estaban ahí yo no sé cómo tomaron la foto solo a 6 personas, había barbaridad de gente. Por la curiosidad estaban viendo. Nunca es bueno ser curioso. Curiosidad que van a estar ahí viendo lo que están quemándose, les toman la foto y ahora son terroristas. Ni una aguja, todos son señores trabajadores, humildes, sin antecedentes. Pregunta de la defensa: ¿El señor Jaime Agustín Aucancela conducía el bus No. 10 de la Cooperativa Santa Marta? Respuesta: Si, él conducía ese bus. Venía de Guayaquil a Bucay. Pregunta de la defensa: ¿Estaba con pasajeros?

Respuesta: Si. Pregunta de la defensa: ¿Tenía que continuar el viaje? ¿Hasta dónde? Respuesta: A Bucay. Estaba solo un ratito y enseguida ya salió porque los pasajeros estaban esperando. Preguntas de Fiscalía: ¿Usted rindió testimonio anteriormente en este juicio? Declaró antes en otra audiencia? Respuesta: Si, cuando había otra audiencia en Riobamba. Preguntas de Fiscalía: ¿El Sr. Jaime Aucacela es su hijo? Respuesta: Si. Jueza ponente: ¿Qué hacía el Sr. Cumbe con el Sr. Aucancela? Respuesta: Están ahí los presos. Jueza ponente: ¿Le conoce al Sr. Cumbe? Respuesta: Yo no le he conocido a tantísima gente. El rato del susto, el apuro, uno nervioso de la plata que robaron. Después cuando habían sacado el video ahí salí yo pobre más en el video y los implicados".

4.3.4. Alegato Final:

"Con los testimonios de todas las personas que han rendido en esta audiencia no se ha podido comprobar el nexo causal de mi defendido, peor la participación en el delito. El hecho nuevo que aparece dentro de esta audiencia es la verificación y constatación de que el Sr. Jaime Agustín Aucansela y señor Jorge Cumbe Campoverde no estuvieron presentes en el momento en que se agredió a los detenidos, pues estaban de viaje y con turno, estaban de paso.

La testigo se ha referido a videos y fotografías, las que si fueron pruebas e indicios de prueba. Al respecto, el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República dice: "Las pruebas obtenidas con violación a la Constitución a la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria". Esas fotografías jamás fueron solicitadas. Los videos y las fotografías fueron tomados en cuenta dos días después. Pruebas extraídas de un canal de televisión por lo que carecen de eficacia probatoria en absoluto.

El artículo 417 de la Constitución de la República manifiesta que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador. Ya el Ecuador ha firmado muchos tratados respecto a la definición de terrorismo, no hay una definición exacta de terrorismo dada por ningún estado, por lo que se ha manifestado que fueron más de dos mil personas, se ha magnificado la realidad de los hechos. Es claro inferiry podemos darnos cuenta que aquí el pueblo no linchó a un taxista, aquí el pueblo hizo justicia por mano propia. No se identifica a ninguno de los hoy detenidos acusados por terrorismo. Esto más bien se aproxima y se ve claramente que es una fuente ovejuna versión Ecuador que la ciudadanía cansada de las muertes, harta de los robos hizo justicia por mano propia y no se puedo identificar a ninguno de los hoy detenidos.

Por el principio in dubio pro reo en caso de duda se actuará de la manera se más favorable al reo.

El Tribunal ya aceptó que aquí posiblemente hubo una riña de la cual tampoco mis defendidos fueron parte. Queda demostrado con los testimonios y queda demostrado que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó, esa es la prueba nueva madre que hemos actuado en esta audiencia. Me reservo el derecho a réplica". [Sic]

4.4. En contestación, la Fiscalía, expresó:

"El recurso de revisión se lo ha interpuesto conforme al artículo 360 del Código Penal para establecer un error de hecho, se lo ha interpuesto por la causal 4 (cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó, lo cual requiere nueva prueba).

Los hechos se trasladan al 13 de julio del 2010 cuando a eso de las 10.30, 11 de la mañana en el cantón Cumandá claro esta cantidad de gente, así como los tres sentenciados en este proceso se encontraban en dicho lugar y se procedió con la norma del artículo 160.1 del Código Penal porque efectivamente se agredió, se cometieron delitos contra la seguridad común de las personas, esto es incendiar a una persona que falleció (Antonio Alfredo Delgado Navarrete). También, se cometió delitos en contra de la propiedad estatal como son las oficinas del UPC del cantón Cumandá. Se destruyeron patrulleros, se lesionó a tres policías. Se actuó en pandilla claro está. Esto en cuanto a los antecedentes de los delitos, que fue considerado como terrorismo con muerte tipificado con el artículo 160. 1 del Código Penal.

Ya en relación a los recursos interpuestos que han sido interpuestos. Respecto a la prueba que exige el numeral 4 del artículo 360 del Código de procedimiento Penal en relación en relación al señor César Lara. Escuchamos la prueba testimonial prueba que no destruye la prueba que fue analizada valorada y por el juzgador de instancia, esto es el Tribunal de Garantías Penales de la unidad judicial del cantón Riobamba.

En primer lugar, me refiero al testimonio de la señora Marizza Abril donde dice que no estuvo en el lugar de los hechos ni observó los hechos principales. Este testimonio no tiene asidero legal.

El segundo testimonio de Freddy Bejarano, quien manifiesta que efectivamente se encontraba a las 9 de la mañana, que después se encontró en la UPC con el señor Lara a eso de las 11 indica que efectivamente el señor Lara se encontraba en dicho lugar, pero no también ha dado respuesta al cometimiento de los hechos principales. Además, manifestó que si el señor Lara portaba un tubo.

Continuando con el testigo tercero que ha sido traído a esta audiencia, el señor Alfonso Paredes, él también manifiesta que conoce al señor Lara pero no observó los hechos principales. Él dice que no observó que el señor Lara portaba el tubo, no observó las agresiones tampoco a policías y el incendio a los detenidos. La Fiscalía estima que tampoco se llega a destruir la prueba que fue analizada por el juzgador de instancia.

Por último, respecto al señor Ecuador Villacrés que también manifiesta conocer al señor Lara, pero a las 11 de la mañana no estuvo con el señor Lara, ni observó los hechos principales que conllevan a este delito, por lo tanto, la Fiscalía también solicita que sea rechazado dicho testimonio.

Respecto a la prueba documental, una vez revisado lo indicado como prueba que ha sido aportada, la Fiscalía hace la observación que son copias simples, documentos apócrifos, también son contradictorios porque justamente del análisis que hace el juzgador de instancia aparece que efectivamente estuvo el señor Lara en el lugar de los hechos. En virtud de lo cual, respecto al recurso de revisión planteado por el primer recurrente, el señor Lara Silva, la Fiscalía considera y solicita que el recurso sea rechazado por improcedente, por no haberse fundamentado la causal 4 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto al recurso de revisión planteado por el señor Edison Gustavo Valle Hidrobo, igualmente planteado por la causal 4 del artículo 360 Código de procedimiento penal. Ha manifestado que únicamente se refiere a la responsabilidad. De la lectura de la sentencia aparece que efectivamente el señor Edison Gustavo Valle Hidrobo fue fotografiado, existen videos en el cual aparece portando una piedra cerca de las paredes de la puerta del UPC del cantón Cumandá. También, fue la persona que prendió fuego, pues esta agresión al UPC se lo hizo inclusive quemando llantas, y tres bombas molotov que justamente explotaron en el interior del UPC, y es por eso que se incendia a los detenidos.

El señor Wilson Mao dice que se encontraba efectivamente en el cantón Cumandá. Asimismo, conoce al señor Valle y desconoce sobre los hechos principales. Manifiesta que no observó, por lo tanto, la Fiscalía estima que este testimonio tampoco tiene valor legal para destruir la prueba que fue analizada por el juzgador de instancia.

La segunda testigo, García Magally manifiesta que también vivió en el cantón Camandá. Observó a sesenta metros del UPC. No observó anda sobre los hechos principales, tampoco quien cometió. Por lo tanto, la Fiscalía estima que tampoco se puede considerar este testimonio como uno que destruya la prueba que fue analizada por el juzgador de instancia.

Por último, respecto al señor Marco Silva, igual dice que no observó anda sobre los hechos principales. Ha manifestado que se observó que estuvo ahí el señor Valle, el señor Valle pues aparece en los videos que fueron considerados, tampoco observó sobre los hechos principales, ni quienes fueron los que participaron en estos hechos.

El alegato que ha hecho el abogado respecto a que existe un solo testimonio del policía Tapia, debemos observar que a fojas 248-250 existen las fotos en que aparecen los procesados. Las fotografías de fojas 242 que han sido consideradas como evidencia, conforme consta en la página siete de las tres láminas fotográficas, pues el señor Valle no se encontraba con una camiseta amarilla, sino blanca. Si portaba pues una gorra. Según otro testigo que manifiesta que el señor efectivamente prendió el fuego. Respecto a este recurso al Fiscalía solicita que sea rechazado por cuanto no se cumple con el fundamento jurídico de la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, respecto al señor Jaime Cumba y Jaime Agustín Aucacela Evia que efectivamente, es hijo de la agraviada la señora Evia, quien ha concurrido a esta audiencia. Aparece del acervo probatorio que Esla persona que incitaba, por cuanto la agraviada era su madre y su hermana (a quienes les habían arrebatado $4.000. Ya respecto a los testimonios que han rendido el señor Alfonso que relata sobre hechos que no corresponden al caso (el asalto que había sufrido anteriormente, que estaban cansados de los asaltos, y que no identificó a los detenidos en el UPC), tampoco sobre los hechos principales, ni conoce nada sobre ellos. Por lo tanto, la Fiscalía considera que tampoco es un testimonio que destruya

lo que fue analizado por el juzgador de instancia. Por último, ha comparecido la señora Rosa Evia, que es la agraviada, la mamá del señor Aucacela Evia que ya rindió testimonio en la audiencia de juicio, y por lo tanto, no es prueba nueva.

Afirma que su hijo estuvo en el lugar de los hechos. También le tomaron fotografías.

En virtud de lo manifestado, la Fiscalía efectivamente considera que respecto a la tipificación el artículo 160.1 del Código Penal es el que corresponde a los hechos. El bien jurídico tutelado es la vida de una persona (contra la cual se agredió, se lo incendió), y los bienes públicos como los patrulleros que fueron destruidos, las ventanas, las instalaciones del UPC. Se considera que los testigos que han sido presentados en esta audiencia no lograron destruir la prueba considerada y valorada por el juzgador de instancia, el Tribunal de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba que inclusive, posteriormente, en recurso de apelación fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.

Fiscalía determina que los recursos presentados por los cuatro procesados sean rechazados por improcedentes". (Sic)

4.5. En réplica, el doctor Carlos Fernando Lozada Santana, expresó:

"El señor Fiscal ha referido que mi defendido incitaba, no ha dicho a qué. Por consiguiente, no se ha acatado lo dicho por el Sistema americano de derechos humanos. La tipificación aplicable al caso de mis defendidos se evidencia que tanto los elementos comunes del tipo como son la certeza, determinación y concreción, claridad, precisión y calidad del inequívoco, no se cumplen, así como los específicos del terrorismo. El Código Penal va mucho más allá, el artículo 160.1 fue ampliamente debatido por la Asamblea para reformar el artículo, en la cual se manifestó que es un tipo penal demasiado amplio que se presta a mala interpretación. El tipo penal no va aplicado acorde a la naturaleza del presunto delito de las que se acusa a mis defendidos. Respecto de mis testigos, ellos fueron concordantes, conducentes, inequívocos en decir que no estuvieron presentes al momento que se prendió o se quemó el UPC, peor al momento que fueron quemados los presuntos delincuentes, por lo que si se cumple el precepto del numeral 4 del artículo 360, se cumple el precepto que dice que cuando se demostrare que el procesado no fue el autor del delito, si mi definido no fue visto no puede ser responsable.

La Constitución en el artículo 11 inciso primero dispone que los derechos donde de directa aplicación. Los derechos establecidos en la Constitución serán de directa e inmediata aplicación, sea en la vía penal, judicial o administrativa. Al tipificar esta conducta se debe tener mucho cuidado de no caer en la criminalización de todo aquel que defienda sus derechos, propiedad o ideas. Criminalización que resulta que estos sentenciados ahora sirvieron como ejemplo base para que nadie levante la voz al poder de turno. Muchos delitos que ustedes conocen por los que el Presidente, inclusive Correa fue llamado a juicio.

Solicito que se acepte este recurso extraordinario de revisión y se declare la inocencia a delos señores señor Jaime Agustín Aucansela y señora Jorge Cumbe, levantando la sentencia y todas las medidas que pesan sobre mis defendidos". (Sic)

4.6. En réplica, el abogado Diego Tixi, expresó:

"Hay que hacer dos análisis exactos. Primero, hablamos de videos y fotografías que constan del proceso. Si no se presenta el perito a rendir su testimonio en audiencia esos informes no tienen plena validez. Ahí es donde el representante de Fiscalía establece que el perito Guamanshi Guamán supuestamente identificó a mi defendido.

Jueces revisen la sentencia del Tribunal de Garantías Penales justamente en su considerando Décimo Sexto, en donde establece en el numeral Décimo del considerando Décimo Séptimo los juzgadores del Tribunal de Garantías Penales desechan los videos porque las imágenes son borrosas para establecer la responsabilidad, que solo se considera para establecer la materialidad de la infracción. No es verdad que fueron valorados como pruebas, los videos son borrosos y solo se consideran para la materialidad de la infracción, la Corte Provincial de Justicia al momento de establecer el recurso de apelación en su considerando Décimo Séptimo en su numeral sexto establece que ni los videos, ni los testimonios de los peritos son valorados pro se contrarios a la Constitución, es decir, al artículo 76.4, ni en primera ni en segunda instancia han sido valorados como prueba dentro del proceso.

En relación a los testimonios, todos los testigos fueron concordantes, claros no es que no vieron las cosas principales, estuvieron presentes y en grupo como manifestaron, a sesenta metros. Mi objetivo era demostrar desvirtuar lo manifestado por el único policía que identificó supuestamente

a mi defendido, los demás policías que estuvieron ahí ni siquiera lo nombran en su testimonio, establecen que estuvieron lejos y conversando. Ahora conversar es un delito? No hay nexo de causalidad entre el acto con el resultado, por lógica, no voy a criticar la tipicidad, netamente la responsabilidad. No se ha podido establecer lo que manifiesta el artículo 11 del Código penal vigente en su momento, el artículo 42 que habla de la responsabilidad". (Sic)

4.7. En réplica, el abogado William Romero, expresó:

"El señor Fiscal manifiesta que los hechos ocurridos el 13 de julio del 2010 existió un delito en contra de las personas y uno en contra de la propiedad estatal. Nunca se llegó a determinar que César Lara haya sido partícipe de los actos delictuales.

Única prueba que fue valorada por el Tribunal para condenar a César Lara es el testimonio rendido por el señor Policía, Edgar Luis Tapia Lozada, quien dice que el señor portaba el tubo, pero hoy pudimos escuchar gracias al testimonio de quien en su época era el Director del Registro Civil, quien indica que fue el César Lara le quitó el tubo a una de las personas que pretendía agredir.

Tampoco valoró el Tribunal Penal en su momento es que el testimonio de Edgar Guillermo Palanco Taipe, quien dice que César Lara le estaba defendiendo, pidiendo que no le peguen. Ese testimonio no valoró, y en última instancia, si tenemos dos testimonios que no son concordantes e debe aplicar duda a favor de reo. Si juez no tiene certeza respecto a la responsabilidad de un procesado, se debe declarar estado de inocencia.

El Fiscal se ha referido a que los testimonios no destruyen la prueba de origen, yo lo acabo de demostrar que sí.

El resto de testimonios quería evidenciar que la presencia de Lara no era de curiosos, ni una reacción espontánea de salir a ver qué ocurre en el vecindario. Su presencia obedecía a disposiciones de sus superiores para levar a cabo los trabajos de adecuación del UPC.

Fiscal dice que la prueba documental no es clara y que es contradictoria. La prueba documental demuestra que existió una solicitud previa de los señores miembros policías para que el Municipio del cantón Cumandá proceda a la adecuación o adecentamiento del UPC del cantón Cumandá.

Por último, el señor Fiscal indica que los documentos no pueden ser considerados como pruebas porque son copias simples, pero son copias debidamente certificadas que ustedes sabrán valorar". (Sic)

QUINTO.- Análisis del Tribunal de Revisión.

5.1. Sobre el recurso de revisión

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 […]".

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

"El primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.

Al respecto, el Estado constitucional de derechos y justicia "se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas" […]

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"[2].

ii. "En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales). Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in peius, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc."[3].

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, razonó:

> "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." [4]

La Corte Constitucional para el Período de Transición en sentencia N. 014-09-SEP-CC dictada en el caso 0006-08-EP, publicada en el Registro Oficial 648 de 4 de agosto de 2009, dijo:

> "el Recurso de Revisión constituye un nuevo juicio, con nuevas pruebas en contra del Estado, salvo el caso del numeral 6 del artículo 360 antes citado, este Recurso que se lo tramita frente a la contradicción del Ministerio Público, en donde las partes procesales son: por un lado el condenado, y por el otro, el Fiscal General como representante del Ministerio Público."

Para Orlando Rodríguez[5] la revisión:

> "Es un mecanismo a través del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa jugada, en procura

[2] 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.
[3] 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.
[4] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 0849-13-EP, de fecha febrero 4 de 2015.
[5] Orlando Rodríguez. "Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo" pág. 393, Editorial Temis, Bogotá, 2008.

de reinvindicar la justicia material, porque la verdad procesal declarada es disonante con la verdad histórica del acontecer objeto del juzgamiento; esta demostración solo es posible jurídicamente dentro del marco que delimitan las causales taxativamente señaladas en la ley. Pretende la reparación de las injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente de la del proceso."

Según el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal:

"La solicitud de revisión estará debidamente fundamentada y deberá contener la petición de prueba, así como el señalamiento de la casilla judicial…".

Cuando la ley exige que la parte interesada fundamente una petición se espera una explicación razonada del motivo de su alegación en forma lógica y coherente, para determinar si demuestra la verdad de la oposición a la verdad procesal contenida en la sentencia que está ejecutoriada e inclusive podría estar ejecutándose o ya ejecutada.

5.2. Sobre la materia del recurso de revisión

5.2.1. Consideraciones del Tribunal

Sobre el recurso de revisión Las defensas técnicas de los recurrentes, en lo principal se refirieron a la no responsabilidad en el delito por el que fueron condenados, reconociendo que existió un linchamiento que provocó la muerte de una persona. Estos reclamos, corresponden a la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal como el sustento normativo de su pretensión, cuyo presupuesto de hecho para su procedencia es: "*4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó*".

La sentencia condenatoria, que tiene la fuerza de cosa juzgada se presume legal (en cuanto al derecho aplicado) y acertada (en cuanto a los hechos fijados), por lo que en el recurso de revisión, como se expresó anteriormente, corresponde la carga de la prueba al recurrente y desvanecer la presunción de legalidad y acierto.

Es requisito indispensable para la procedencia del recurso de revisión por la causal 4 la práctica de prueba nueva, que aporte información contundente que permita demostrar el relato fáctico que plantea como verdadero, ya sea que el acto no fue cometido con voluntad y conciencia, por lo que se eliminarían los requisitos de la responsabilidad; o que no cometió la conducta excluyendo el grado de participación por el que se le condenó. Circunstancias propias de la causal invocada por los recurrentes.

El Diccionario de la Real Academia Española, define como prueba *"razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo[…]; justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*"[6]; y, define como nuevo o nueva lo "*que se ve o se oye por primera vez; […] distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido; […] que sobreviene o se añade a algo que había antes*"[7]

Por lo anotado, este Tribunal de Revisión considera como prueba nueva aquella que no fue pedida, ordenada, practicada e incorporada durante la etapa de juicio, que da cuenta de hechos y circunstancias distintos a los que se consideraron demostrados en la sentencia reprochada y que eran desconocidos por el Tribunal que emitió la condena. El objetivo de la prueba nueva en el recurso de revisión va dirigido a aportar información que permita desvirtuar la verdad procesal establecida en la sentencia reprochada, y dependiendo de la causal invocada, atacar los sustentos de la sentencia condenatoria respecto a la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado.

En atención al principio de inmediación, los elementos probatorios deben ser actuados ante el Tribunal de Revisión, que tomando en cuenta la fundamentación de los recurrentes, deberá determinar si la información puesta en su conocimiento es suficiente para establecer **con absoluta certeza** el error de hecho incurrido en la sentencia condenatoria y dejar sin autoridad a la cosa juzgada.

De los testimonios rendidos en la audiencia de revisión, recogidos en esta misma sentencia, se confirma que los procesados y las víctimas estuvieron

[6] Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23a ed.). Consultado en http://dle.rae.es./srv/fetch?id=UVZCH0c

[7] Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23a ed.). Consultado en http://dle.rae.es/?id=QhsYsNr

en el lugar, en la fecha y en la hora de los sucesos; que hubo agresión física por parte de varias personas (NO SOLO LOS CONDENADOS), hacia las víctimas que provocaron la muerte de Antonio Alfredo Delgado Navarrete y daños materiales a bienes muebles e inmuebles públicos. También se aporta como hecho nuevo que la aglomeración violenta de personas fue espontánea, causada por la indignación de una supuesta infracción reincidente por parte de la víctima y por la inconformidad con el debido proceso que tenía que aplicar la Policía y la administración de justicia, por lo que la conglomeración se produjo con el fin de impartir "justicia" por mano propia.

El ánimo de la aglomeración y la finalidad de la misma, no fueron analizados por parte del Tribunal que emitió la sentencia de condena, pese a que constituyen elementos del tipo penal, pues el delito por el que se les condenó, describe:

> Art. 160-A.- Los que, individualmente o formando asociaciones, como guerrillas, organizaciones, pandillas, comandos, grupos terroristas, montoneras o alguna otra forma similar, armados o no, **pretextando fines patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios, proselitistas, raciales, localistas, regionales, etc**., cometieren delitos **contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos** de cualquiera clase o de sus bienes: ora asaltando, violentando o destruyendo edificios, bancos, almacenes, bodegas, mercados, oficinas, etc., ora allanando o invadiendo domicilios, habitaciones, colegios, escuelas, institutos, hospitales, clínicas, conventos, instalaciones de la fuerza pública, militares, policiales o paramilitares, etc., ora sustrayendo o apoderándose de bienes o valores de cualquier naturaleza y cuantía; ora secuestrando personas, vehículos, barcos o aviones para reclamar rescate, presionar y demandar el cambio de leyes o de órdenes y disposiciones legalmente expedidas o exigir a las autoridades competentes poner en libertad a procesados o sentenciados por delitos comunes o políticos, etc.; ora ocupando por la fuerza mediante amenaza o intimidación, lugares o servicios públicos o privados de cualquiera naturaleza y tipo; ora levantando barricadas, parapetos, trincheras, obstáculos, etc. con el propósito de hacer frente a la fuerza pública en respaldo de sus intenciones, planes, tesis o proclamas; ora atentando, en cualquier forma, en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios, serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y multa de mil setecientos sesenta y siete a cuatro mil cuatrocientos dieciocho dólares de los Estados Unidos de Norte América.
> Si por los hechos delictivos enumerados, se produjeren lesiones a las personas, se impondrá a sus autores el máximo de la pena indicada en el inciso anterior y, si se produjere la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y multa de cuatro mil cuatrocientos dieciocho a ocho mil ochocientos treinta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América.

También se encuentra que la agresión del populacho se dirigió exclusivamente hacia las víctimas, y para llegar a ellas provocaron los daños materiales; por lo tanto, la violencia no se dirigió en contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus bienes. Como lo exige el tipo penal.

Por lo tanto, excluidos estos elementos se mantiene probada una conducta penalmente relevante, que no rebasa la base fáctica acusada por la Fiscalía, y debatida por las partes en el proceso penal, conducta que se encuentra prevista a la fecha de los hechos, como:

> Art. 461.- Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare una muerte, sin que constare quien o quienes la causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se aplicará la pena de uno a cinco años de prisión y multa de treinta y un a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Además, se debe tomar en cuenta que para la agresión se aprovechó del incendio y fractura del bien inmueble donde se encontraban bajo custodia las víctimas, lo que no constituye elemento de la conducta típica y agrava la pena:

> Art. 30.- Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen

la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes:

[…]

2o.- **Aprovecharse de incendio**, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia pública o particular, para ejecutar la infracción;

[…]

4o.- Ejecutar el hecho punible buscando de propósito el despoblado o la noche; o en pandilla; o abusando de la amistad o de la confianza que se dispense al autor; **o con escalamiento o fractura**; con ganzúas o llaves falsas y maestras; o con violencia;

[…]

Por lo tanto, se ha demostrado que los procesados no fueron responsables del delito de sabotaje y terrorismo, por el que fueron condenados, con lo que se verifica la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal; lo que sí se ha probado con absoluta certeza, estándar probatorio exigido en el régimen anterior, es que incurrieron en el delito de muerte en riña, tipificado y sancionado en el artículo 461 del Código Penal, con las agravantes de los numerales 2 y 4 del artículo 30 del ibídem, por lo que la pena que corresponde a su conducta es la de cinco años de prisión y demás elementos de la sanción congrua.

Circunstancia que, al referirse a la calificación jurídica de la conducta que fue imputada a todos los procesados, no se funda en motivos exclusivamente personales, y se debe aplicar el efecto extensivo a favor de todos los condenados, ordenado en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

SEXTO.- Resolución

Por todo lo expuesto, en cumplimiento de las normas constitucionales, legales y de orden internacional anotadas; el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con fundamento en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, este Tribunal de Revisión de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia declara procedente el recurso de revisión planteado por los ciudadanos César Raúl Lara Silva, Edison Gustavo Valle Idrovo, Jaime Aucancela y Jorge Carlos Cumbre, al verificarse la circunstancia de la causal 4 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, en consecuencia se reforma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la ciudad de Riobamba, el día 25 de junio de 2014, las 12h56, únicamente en cuanto a la calificación jurídica de la conducta, y en virtud del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, se declara a los ciudadanos Jaime Agustín Aucancela Evia, Rómulo Alberto Riera Verdugo, Edison Raúl Quezada Ordóñez, César Raúl Lara Silca, Edison Gustavo Valle Hidrovo y Jorge Carlos Cumbe Campoverde como autores del delito de muerte en riña, tipificado y sancionado en el artículo 461 del Código Penal, con las agravantes previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 30 del ibídem, esto es aprovecharse de incendio y con fractura de bien inmueble, por lo que se les impone la pena privativa de libertad de cinco años de prisión, del que se deberá descontar el tiempo que ya hayan sido privados de la libertad por motivo de la presente causa y multa de setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América; y, los demás componentes de la pena congrua.

En lo demás, se confirma la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal del Juicio.

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. Iván Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL; y, Dr. Richard Villagómez Cabezas, CONJUEZ NACIONAL.

IX
Juicio Nro. *09123-2012-0406*
Resolución Nro. *1082-2019*
Fecha: *martes 2 de julio del 2019, las 11h58*

TEMA: No se puede negar la aplicación de la atenuante contenida en el artículo 29.7 del Código Penal, con la mera afirmación de que no se ha presentado el certificado de uno de los Tribunales de Garantías Penales de la jurisdicción que acredite la no existencia de procesos penales previos contra el procesado.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El 07 de noviembre del 2010 a eso de las 19h30, en el sector de la Coop. Santiaguito de Roldós, manzana 1317, frente a la villa 8, domicilio de XXX, cuando éste se encontraba parado fuera de su casa, aparece una motocicleta que era conducida por el procesado XXX y otra persona que iba atrás, portando armas de fuego, el procesado hace un disparo de cartuchera contra XXX y éste se agacha, y producto de los perdigones disparados, un menor de 4 meses de edad, XXX pierde un ojo. Los dos sujetos de la moto huyen y se dirigen unas cuadras más adelante haciendo disparos de arma de fuego y frente a la villa 5 de la manzana 1305, uno de los disparos es dirigido contra XXX, impactándole en la cabeza, como consecuencia de lo cual muere. Los vecinos del lugar reaccionan y detienen al ahora acusado XXX, mientras que el otro acompañante logra huir, y es entregado junto con la motocicleta, la cartuchera de calibre 16 y cartucho percutido al patrullero de la policía. El Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, mediante sentencia de 22 de noviembre del 2011, a las 15h41, declara la culpabilidad del procesado XXX, como responsable en el grado de autor del delito tipificado en el artículo. 450 numerales 1, 6, 7 y 8 del Código Penal, imponiéndole la pena de veinte años de reclusión mayor especial. El sentenciado, interpone recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante sentencia de 14 de abril de 2015 a las 10h54, argumenta que de la revisión del proceso, se aprecia que no existen circunstancias atenuantes para la reducción de la pena; si bien es cierto consta certificados de Tribunales, no consta el certificado del Cuarto Tribunal, ni tampoco se ha justificado el numeral 6 del artículo 29 que dice:" Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: 6.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción.(…)" ya que no consta un certificado de conducta remitido por el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflictos con la Ley, que indique justamente que haya tenido una ejemplar conducta, a efectos de que se pueda aplicar las atenuantes que señala el Código Penal. Por lo expuesto, la Sala Especializada Penal tiene el pleno convencimiento de que está demostrado el nexo causal que existe entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal de la

persona procesada, adecuando su conducta al delito que tipifica y reprime el artículo 450 numerales 1, 6 y 7 del Código Penal en el grado de autor de conformidad con el artículo 42 ibídem; en el presente caso existió la alevosía, es decir, que se cometió el crimen asegurando el resultado sin riesgo para el acusado; por lo que deniega el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, consecuentemente confirma en su totalidad la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas. El procesado al no estar conforme con la sentencia interpone el recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

El tribunal de casación, luego de revisar la sentencia impugnada y la fundamentación del recurso interpuesto, constata que se ha producido contravención expresa del artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, lo que significa que la decisión de los juzgadores se opone directamente al texto de la ley, pues" por omisión dejan de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato."; en el caso in examine, se produce este error de derecho por cuanto sí se presentó el certificado del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil, en el que acredita la" calificación de Conducta EJEMPLAR" del procesado, con lo cual se justifica la atenuante contenida en el artículo 29, numeral 6 del Código Penal, que no es aplicada en la sentencia recurrida arguyendo la inexistencia del certificado en mención; así también se encuentran los certificados de Tribunales Penales, para justificar que no se trata de una persona peligrosa, certificados que si bien los acepta el tribunal ad quem, no aplican la atenuante contenida en el artículo 29, numeral 7 del Código Penal, al considerar que" no consta el certificado del Cuarto Tribunal"de esta manera el Tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que emite la sentencia recurrida, ha contravenido expresamente el artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal.

En este contexto, cabe enfatizar que el procesado goza del estado constitucional de inocencia y debe ser tratado como tal, hasta que no exista sentencia ejecutoriada en su contra, de acuerdo al mandato constitucional contenido en el artículo 76, numeral 2 de la norma normarum, estado de inocencia reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre estos, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, numeral 2 y que debe ser respetado como un derecho y un bien jurídico ínsito de la persona, la inocencia es general, la culpabilidad es concreta, por lo que no se puede negar la aplicación de atenuantes con la mera afirmación de que aun existiendo la constancia de certificados de tribunales de garantías penales, no se ha presentado de uno de ellos, pues esta afirmación correspondería a pretender que el justiciable presente certificados de tribunales penales que demuestren que no es un individuo peligroso en todo el país, o quizá el mundo, lo cual no tutela el estado de inocencia intrínseco del ser humano, produciéndose contravención expresa del artículo 29, numeral 7 del Código Penal. Por lo analizado ut supra, es menester hacer un análisis de la pena que le corresponde al procesado.

En virtud de lo expuesto el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, declara procedente el recurso de casación propuesto por XXX, consecuentemente se casa la sentencia impugnada por existir una contravención expresa del artículos 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, por lo que corrigiendo el error de derecho, le impone la pena de reclusión mayor extraordinaria de catorce años en calidad de autor del delito de asesinato tipificado y sancionado en el artículo 450 del Código Penal, en lo demás se estará a la sentencia del tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09123-2012-0406

Juez Ponente: Dr. Iván Saquicela Rodas

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, martes 2 de julio del 2019, las 11h58,
VISTOS:
ANTECEDENTES:

El Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, mediante sentencia de 22 de noviembre del 2011, a las 15h41, declara la culpabilidad del procesado César Gustavo Landín Moreno, como responsable en el grado de autor del delito tipificado en el artículo. 450, numerales 1, 6, 7 y 8 del Código Penal, imponiéndole la pena de veinte años de reclusión mayor especial.

Cesar Gustavo Landín Moreno, interpone recurso de apelación ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la cual mediante sentencia de 14 de abril de 2015 a las 10h54, deniega el recurso de apelación interpuesto por el recurrente y consecuentemente confirma en su totalidad la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Guayas.

El procesado interpone el recurso de casación por lo que se remite el proceso, a esta la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia de la Corte Nacional de Justicia. El expediente ingresa por primera vez, por recurso de casación, asignándole el número 17721-2015-0772, que por sorteo realizado en la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, el lunes 26 de febrero de 2018, a las 17:08, le correspondió conocer la presente causa al Tribunal integrado por los Jueces: Dr. Jorge Blum (Ponente), Dra. Sylvia Ximena Sánchez Insuasti (Ponente), y Dr. Richard Villagómez Cabezas; quienes declararon la nulidad constitucional de la sentencia recurrida. Posteriormente el proceso regresa por segunda vez, por recurso de casación, asignándole número único de instancia inferior 09123-2012-0406 y al encontrase la presente causa en conocimiento de un juez sustituido (Dr. Jorge Blum), en aplicación de la Resolución 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia "Instructivo para la distribución de causas en caso de renovación parcial artículo 1, literal b)", solicita que el mismo sea sorteado equitativamente entre los jueces que ingresaron a la Sala, a fin de completar el Tribunal competente para conocer la causa, con un juez/jueza de los que por renovación parcial, integran la Sala. Por sorteo realizado el lunes 20 de abril de 2018, a las 11:44, conforme consta a foja cinco (5) del expediente de casación, le correspondió conocer la presente causa al Tribunal integrado por los Jueces: Dra. Sylvia Ximena Sánchez Insuasti (Ponente), Dr. Edgar Flores Mier y Dr. Richard Villagómez Cabezas. Mediante oficio No. 118-2018-UGD-CNJ, de 14 de mayo del 2018, dirigido al Ing. Damián Rosero Vinueza de la Unidad de Tecnología de la Corte Nacional de Justicia y suscrito por la Dra. Julia Cárdenas Rondal, de la Unidad de Gestión Documental, sorteo y archivo, manifiesta que la acta de 20 de abril de 2018, a las 11:44, que fue sorteada en la Presidencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, ha sido inhabilitada, por cuanto al realizarse el sorteo correspondiente, se produjeron errores en los sorteos del Tribunal de Jueces, por lo que requieren ser inhabilitados, y que solicita se realice una prueba previa de sorteo de Tribunal de Jueces, para confirmar que el sistema está funcionando de manera óptima; a fin de que, conforme consta de la razón sentada por el Dr. Carlos Rodríguez, que obra a foja 10 del proceso, se debe realizar un nuevo sorteo de juzgadores para completar el Tribunal de casación. Mediante sorteo realizado en la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, el viernes 26 de octubre de 2018, a las 03:19, conforme consta a foja trece (13) del expediente de casación, le correspondió conocer la presente causa al Tribunal integrado por los Jueces: Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas (Ponente), Dra. Sylvia Ximena Sánchez Insuasti y Dr. Richard Villagómez Cabezas. Mediante auto dictado el martes 15 de enero del 2019, las 11h25, se acepta la excusa formulada por los doctores Sylvia Sánchez Insuasti, y Dr. Richard Villagómez Cabezas, en su calidad de jueza y conjuez nacional, respectivamente, la misma que es aceptada, por hallarse inmersos los mencionados magistrados en la disposición contenida en el artículo 264.2 del Código de Procedimiento Penal y ante dicha excusa, por

sorteo realizado el 01 de abril del 2019, conforme consta a fojas dieciocho (18) del expediente de casación, les correspondió conocer la presente causa a los señores conjueces: Dr. Marco Maldonado Castro y Dr. David Jacho Chicaiza. Por encontrarse encargados de despachos de Jueces Nacionales los doctores Jacho y Maldonado; actúa el Dr. Wilman Terán Carrillo, Conjuez Nacional, por reemplazo del doctor David Jacho, Conjuez Nacional conforme consta del oficio No. 956-SG-CNJ-ROG, de 02 de mayo del 2019, suscrito por la Dra. María Rosa Merchán Larrea, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia (E); y actúa la doctora Janeth Santamaría, Conjueza Nacional, por reemplazo del doctor Marco Maldonado conforme consta del oficio No. 736-SG-CNJ-ROG, de 27 de mayo del 2019, suscrito por la Dra. Paulina Aguirre, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

PRIMERO
COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182 establece 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 *esjudem* 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 217, 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: Iván Patricio Saquicela Rodas, Juez Nacional Ponente (en virtud de lo señalado en el artículo 141 del Código Orgánico de la Función Judicial), Dr. Marco Maldonado Castro y Dr. David Jacho Chicaiza. Por encontrarse encargados de despachos de Jueces Nacionales los doctores Jacho y Maldonado; actúa el Dr. Wilman Terán Carrillo, Conjuez Nacional, por reemplazo del doctor David Jacho, Conjuez Nacional conforme consta del oficio No. 956-SG-CNJ-ROG, de 02 de mayo del 2019, suscrito por la Dra. María Rosa Merchán Larrea, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia (E); y actúa la doctora Janeth Santamaría, Conjueza Nacional, por reemplazo del doctor Marco Maldonado conforme consta del oficio No. 736-SG-CNJ-ROG, de 27 de mayo del 2019, suscrito por la Dra. Paulina Aguirre, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

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 de Procedimiento Penal.

TERCERO
VALIDEZ PROCESAL

El recurso de casación ha sido tramitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 76 numeral 7mo literal m), de la Constitución de la República del Ecuador, y al no haberse advertido causa de nulidad que pueda afectar al mismo; se declara su validez.

CUARTO
FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Encontrándonos en el estado procesal de resolver, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia realiza las siguientes consideraciones:

Acorde con lo establecido en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, con fecha 30 de mayo de 2019, a las 16h00, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y de contradicción, 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 de la doctora Lolita Montoya, defensora pública en representación del procesado recurrente Cesar Landín Moreno.- La doctora Lolita Montoya manifestó que:

> *" (…) Defensoría Pública, únicamente discute sobre la contravención expresa del artículo 29 del Código Penal, en este sentido de acuerdo al artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta el recurso de casación diciendo que el error de derecho de esta sentencia consta a fs. 7 vta., de la misma, en la que se establece que de la revisión del proceso se aprecia que no existen circunstancias atenuantes para la reducción de la pena, pero sí bien es cierto, constan certificados del Tribunal que estarían justificando lo que establece el numeral 6 del artículo 29; y también, se habría presentado como prueba documental los certificados emitidos por el Centro de Rehabilitación Social, donde está cumpliendo la pena, esto es el Centro de Guayaquil. Además, menciona que en esta la parte de la sentencia se puede evidenciar la contravención expresa del artículo 29 del Código Penal, debido a que la pena que se debió imponer a mi defendido es la de dieciséis años y no la de veinte, porque existe jurisprudencia de Corte Nacional de Justicia en la cual se establece, que cuando no se ha demostrado circunstancias agravantes, es decir, genéricas no constitutivas del tipo penal, la pena sería la menor que establece el tipo penal del artículo 450, es decir de dieciséis años, por lo cual, solicito que en este caso, se acepte el recurso de casación, se corrija este error de derecho y se imponga la pena de dieciséis años (…)"*

4.2.- Contradicción de la doctora Zulema Pachacama Nieto delegada de la señora Fiscal General del Estado.-

La doctora Zulema Pachacama manifestó que:

"Respecto de la contravención expresa del artículo 29 del Código Penal, que ha sido alegado en esta audiencia, es necesario indicar que se refiere a las circunstancias atenuantes presentadas por parte del procesado con el fin de que su pena sea reducida, pero claramente de la sentencia se verifica que se ha cumplido con el numeral 6; sin embargo, de que el mismo Tribunal indica que no existen circunstancias o documentación para poder aplicar las atenuantes correspondientes. (…) Defensoría Pública, ha mencionado que existe el numeral 6 de las atenuantes, pero de la lectura de la sentencia se puede verificar que el Tribunal, manifiesta que no se han presentado atenuantes para la reducción de la pena. En todo caso, de ser así si se revisa el proceso, pues en este caso no se puede realizar aquello sino únicamente la sentencia, debido a que de esa forma, no se puede verificar si existe o no documentación respecto de las atenuantes presentadas. Sin embargo de aquello, si así lo hubiera la pena es de veinte años y está dentro del parámetro entre dieciséis y veinte y cinco años que es la máxima pena de haberlo puesto por parte del Tribunal Ad-quem (…) Por lo tanto, Fiscalía considera que no existe contravención expresa del artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, no hay error de derecho y por el contrario, la pena está correctamente aplicada dentro de los parámetros legales, por lo cual, solicito que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por no haber contravención en el quantum de la pena impuesta."

QUINTO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR, Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN.-

5.1. La impugnación y el derecho a recurrir.-

La impugnación puede ser definida, como aquel derecho abstracto con el que cuentan las partes procesales para recurrir (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.

5.1.2. 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).*

5.2. 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 de derecho, 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, con 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.

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.

5.3 Análisis del recurso de casación fundamentado en audiencia oral, pública y contradictoria.

La defensa del recurrente en la fundamentación del recurso ha dicho que en la sentencia impugnada existe contravención expresa del artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, que dice: *"Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: "(…) 6. Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción; 7. Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso (…)"*; el recurrente afirma que si han sido justificadas las circunstancias atenuantes con los certificados de conducta del centro de privación de libertad en el que se encuentra, y con certificados de los tribunales de garantías penales. La sentencia impugnada en su parte pertinente dice: *" De la revisión del proceso, se aprecia que no existen circunstancias atenuantes para la reducción de la pena; si bien es cierto consta de certificados de Tribunales, no consta el certificado del Cuarto Tribunal, ni tampoco se ha justificado el numeral 6 del artículo 29 (…) ya que no consta un certificado de conducta que haya sido remitido por el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflictos con la Ley, que indique justamente que haya temido una ejemplar conducta a efectos de que se pueda aplicar las atenuantes que señala el Código Penal (…)",* con este argumento el tribunal *ad quem* niega la aplicación de atenuantes. Al respecto, este tribunal de casación, luego de revisar la sentencia impugnada y la fundamentación del recurso de casación constata que se ha producido contravención expresa del artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, lo que significa que la decisión de los juzgadores se opone directamente al texto de la ley, pues *"por omisión dejan 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. Editorial Temis. Bogotá, 2008, pág. 67), en el caso *in examine*, se produce este error de derecho por cuanto si se presentó el certificado del Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil, en el que acredita la "*calificación de Conducta EJEMPLAR"* del procesado, con lo cual

se justifica la atenuante contenida en el artículo 29, numeral 6 del Código Penal, que no es aplicada en la sentencia recurrida arguyendo la inexistencia del certificado en mención; así también se encuentran los certificados de Tribunales Penales, para justificar que no se trata de una persona peligrosa, certificados que si bien los acepta el tribunal *ad quem*, no aplican la atenuante contenida en el artículo 29, numeral 7 del Código Penal, al considerar que *"no consta el certificado del Cuarto Tribunal";* de esta manera el tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas que emite la sentencia recurrida ha contravenido expresamente el artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal. En este contexto, cabe enfatizar que el procesado goza del estado constitucional de inocencia y debe ser tratado como tal, hasta que no exista sentencia ejecutoriada en su contra, de acuerdo al mandato constitucional contenido en el artículo 76, numeral 2 de la norma *normarum,* estado de inocencia reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre estos, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, numeral 2 y que debe ser respetado como un derecho y un bien jurídico ínsito de la persona, la inocencia es general, la culpabilidad es concreta, por lo que no se puede negar la aplicación de atenuantes con la mera afirmación de que aun existiendo la constancia de certificados de tribunales de garantías penales, no se ha presentado de uno de ellos, pues esta afirmación correspondería a pretender que el justiciable presente certificados de tribunales penales que demuestren que no es un individuo peligroso en todo el país, o quizá el mundo, lo cual no tutela el estado de inocencia intrínseco del ser humano, produciéndose contravención expresa del artículo 29, numeral 7 del Código Penal, pues por no presentar un solo certificado es considerado por el tribunal *ad quem* un hombre peligroso; contraviniendo expresamente además el artículo 29, numeral 6 *ibídem* al negar la existencia del certificado de conducta ejemplar otorgado por el Centro de Rehabilitación Social en el que se encuentra recluido, y que si ha sido presentado.

En tal virtud, en el caso *sub judice*, este Tribunal de Casación ha detectado que en la sentencia recurrida, no se consideraron las circunstancias atenuantes determinadas en el artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, que establece: *"Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes: (…) 6.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción (…) 7.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso (…)",* lo cual implica que los juzgadores por omisión dejaron de utilizar determinada disposición jurídica, que es necesaria para la resolución del caso concreto, decidiendo en contra de su mandato, por cuanto el tribunal de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas en su sentencia de 18 de diciembre del 2017, a las 11h53, ratifica la sentencia condenatoria del tribunal a quo, en la que se sanciona con veinte años de reclusión mayor especial a César Gustavo Landín Moreno, por considerarlo autor del delito de asesinato, sin considerar las circunstancias atenuantes que como se ha explicado en esta sentencia, han sido debidamente justificadas; por lo tanto este tribunal de Casación determina la existencia de contravención expresa del artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal , en relación al artículo 72 del Código Penal que dice *"Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera: (…) La reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años se sustituirá con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. (...)",* en la sentencia impugnada.

Por lo analizado ut supra, es menester hacer un análisis de la pena que le corresponde al procesado: Al haberse justificado las atenuantes contenidas en el artículo 29, numerales 6, y 7 del Código Penal, como consta en la sentencia impugnada, y luego del análisis de este Tribunal, considerando todas las circunstancias particulares de la conducta de César Gustavo Landín Moreno esto es: *"(…) 6.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción (…) 7.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso (…)",* circunstancias que no fueron tomadas en cuenta por el tribunal *ad quem*, contraviniendo expresamente el artículo 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, es decir que en el caso *in examine*, los juzgadores violaron la ley en la imposición de la pena, por contravención

expresa de los artículos 29, (numerales 6 y 7) del Código Penal, por lo que este tribunal de casación corrigiendo el error de derecho, le impone la pena de reclusión mayor extraordinaria de catorce años.

SEXTO

RESOLUCIÓN

En virtud de lo expuesto 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 resuelve: 1)** Declarar procedente el recurso de casación propuesto por César Gustavo Landín Moreno, consecuentemente se casa la sentencia impugnada por existir una contravención expresa del artículos 29, numerales 6 y 7 del Código Penal, por lo que corrigiendo el error de derecho, le impone la pena de **reclusión mayor extraordinaria de catorce años** en calidad de autor del delito de asesinato tipificado y sancionado en el artículo 450 del Código Penal, en lo demás se estará a la sentencia del tribunal a*d quem.* 2) Ejecutoriada la sentencia se devolverá el proceso al juzgador de origen para su ejecución.-

Notifíquese, devuélvase y publíquese.-

f) Dr. Iván Patricio Saquicela Rodas, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. Janeth Santamaría, CONJUEZA NACIONAL y Dr. Wilman Terán Carrillo, CONJUEZ NACIONAL.

X
Juicio Nro. *17721-2017-0068-SSI*
Resolución Nro. *0068-2017*
Fecha: *miércoles 10 de julio del 2019, las 09h34*

TEMA: El artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal establece como requisito que el daño produzca a la víctima problemas de funcionalidad en los ámbitos personal, laboral, escolar, familiar o social, se requiere entonces que se justifique uno o varios de esos supuestos, y no todos, para adecuar la conducta al tipo penal referido. En el fallo de casación se determinan además los estándares de motivación que deben contener las sentencias en la justicia ordinaria. Se reconoce también la facultad del Tribunal de Apelación, para en su decisión, adecuar los hechos que han sido materia del enjuiciamiento,al tipo penal que consideran jurídicamente correcto, conforme al principio iura novit curia, corrigiendo el yerro del juzgador de primer nivel.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El juzgamiento del proceso ha correspondido al Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con sede en el cantón Quito, quienes emiten sentencia de viernes 22 de julio de 2016, a las 10h14, en la que consideran que la prueba practicada determinó la responsabilidad del procesado XXX, quien realizó actos idóneos conducentes de modo inequívoco a efectos de ejecutar el delito de violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, ya que ha existido un círculo de violencia psicológica en contra de la señora XXX, violencia que ha sido continuada, que ha sido constante y que ha ido desde una violencia psicológica e incluso una violencia física, hecho que ha desencadenado el 8 de septiembre del 2014 en un estallido de violencia en contra de la víctima por parte de su esposo, en el domicilio que comparten. El procesado adecuó su conducta en el delito de Violencia Psicológica contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, tipificado y sancionado en el artículo 157.1 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo conforme el artículo 42.1.a) ibídem, por lo que le impone la pena de treinta días de privación de la libertad, multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general conforme el artículo 70 del mismo cuerpo legal, y en cumplimiento al artículo 622.6 ibidem, el pago de mil dólares por concepto de reparación integral a favor de la víctima.De la referida sentencia, tanto el procesado como la víctima interponen recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Corresponde el conocimiento de los recursos de apelación interpuestos, al Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, queen sentencia de 02 de diciembre de 2016, las 15h56, señala que ha llegado a la verdad procesal de que el sujeto activo del injusto penal acusado es XXX, quien con plena voluntad y conciencia subsumió su conducta al tipo penal previsto en el articulo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo," pues la finalidad de su voluntad la exteriorizó al momento de ejercer sobre la víctima violencia psicológica", y a la convicción de que el acusado tuvo el dominio fáctico del resultado típico, encontrando eso sí, un yerro cometido por el tribunal a-quo, en cuanto a juzgar al procesado por el delito tipificado y sancionado por

el artículo 157.1 ibídem, cuando lo correcto era hacerlo por el artículo 157.2 del mismo cuerpo legal, ya que en la audiencia de juzgamiento se probó la existencia de la agresión psicológica en el grado de afectación moderada; por lo que, desecha el recurso de apelación presentado por el procesado, y acepta parcialmente el recurso propuesto por la víctima, reformando la sentencia impugnada, y se declara la culpabilidad del procesado por el delito tipificado y sancionado en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42.1 .a) ibídem, condenándole a la pena de seis meses de privación de la libertad, y multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general en atención al artículo 70.4 del mismo cuerpo legal; y, a más de las medidas de protección dictadas, se incrementa la contemplada en el artículo 558.9 del Código Orgánico Integral Penal, esto es someterse a una terapia psicológica tanto la víctima y sus tres hijos, como el acusado. El sentenciado interpone recurso de casación contra el indicado fallo.

SÍNTESIS CASACIÓN

Se ha admitido el recurso de casación única y exclusivamente por el cargo de vulneración de la norma contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador. El Tribunal de Casación manifiesta que, conforme al acervo probatorio que ha sido valorado por el Tribunal de Apelación, se ha comprobado que en el caso in examine, ha existido por parte del procesado, manifestaciones de violencia contra su cónyuge, que le han causado perjuicio en la salud mental, concretamente por actos de perturbación, humillación y hostigamiento, con afectación moderada, básicamente en el área de funcionamiento personal, y que requiere de tratamiento especializado en salud mental, lo que se subsume en el tipo penal constante en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, correspondiendo por tanto sancionar al infractor con la pena establecida en la disposición legal, como así lo ha hecho el Tribunal ad-quem. Se ha analizado la sentencia recurrida para verificar si se realizó una correcta subsunción de los hechos probados con la norma que tipifica la conducta penal con la cual se ha sancionado, considerando que el casacionista fundamentó que no correspondería al injusto tipificado en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, sino al artículo 157.1 ibidem. El artículo 157.2 del cuerpo de leyes citado establece como requisito que el daño produzca problema defuncionalidad en los ámbitos personal, laboral, escolar, familiar o social, y que el juzgador de instancia en ninguna parte de la sentencia ni en las pruebas valoradas ha establecido dicha afectación, más por el contrario, tomando en consideración que la disposición legal no exige que sean todos los ámbitos, sino al utilizar la letra" o"," conj. disyunt. denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas", basta con que se cumpla una de las alternativas, lo cual sí se encuentra justificado en la sentencia de marras.

El Tribunal determinó además los estándares de motivación que deben cumplir las sentencias en la justicia ordinaria, en coherencia con los estándares previstos por la Corte Constitucional. Es de resaltar también que se estableció que, en virtud del principio iura notiv curia, luego de su tarea de valoración probatoria, el juez de apelación pueden adecuar los hechos que consideran debidamente probados y que han sido materia del enjuiciamiento, a la normativa aplicable al caso, corrigiendoel error de derecho en que incurrió el Tribunal a-quo, esto como reflejo de la competencia privativa que tienen los jueces para esta actividad por mandato constitucional, en otras palabras,

el Tribunal ad-quem, ha acoplado en forma debida, la premisa mayor que es la norma correcta, a la premisa menor que son los hechos probados, arribando a la conclusión lógica, coherente y congruente que se refleja en la ratio decidendi adoptada.
El Tribunal de Casación resolvió declarar improcedente el recurso de casación planteado, al no haber justificado debidamente el cargo de falta de motivación de la sentencia de apelación.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 177721-2017-0068

Jueza Ponente: Dra. Sylvia Sánchez Insuasti

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-
Quito, miércoles 10 de julio del 2019, las 09h34.
VISTOS:
Una vez que se ha agotado el trámite legal correspondiente al recurso de casación, en especial la realización de la audiencia oral, reservada[1] y de contradictorio, y por ser el estado de la causa, corresponde motivar la sentencia por escrito.
1.- ANTECEDENTES
1.1 ANTECEDENTES FÁCTICOS:
Los hechos materia de juzgamiento, se desprenden de lo expresado por la representante de Fiscalía doctora Mayra Soria, en su alegato de apertura ante el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, en la audiencia de juicio, según se desprende de su sentencia en los siguientes términos:

> *"(…) Se probará en esta Audiencia que la señora Diana D Ambrosio Camacho quien es esposa del señor Giovanny Alejandro Criollo Mayorga en una convivencia que ha durado más de diez años ha existido un círculo constante de violencia en contra de la señora, violencia que ha sido continuada, que ha sido constante y que ha ido desde una violencia psicológica e incluso una violencia física, hecho que ha desencadenado el 8 de septiembre del 2014 en un estallido de violencia en contra de la víctima por parte de su esposo en la Av. Galo Plaza Lasso y Av. Luis Tufiño esto es en el domicilio que comparte tanto la víctima como agresor, Fiscalía señalará que estos hechos que se han narrado se subsumen en el Art. 155 en concordancia con el Art. 157.2 del COIP, esto es, una violencia psicológica que ya tiene el grado de moderado, fiscalía acusa en esta mañana al señor Giovanny Alejandro Criollo Mayorga de ser el autor directo e inmediato de estas agresiones psicológicas en contra de la señora Diana Gabriela D Ambrosio Camacho conforme a lo establece el Art. 42.1 literal a) del COIP, (…)" (Sic).*

1.2. ANTECEDENTES PROCESALES:
1.2.1 El juzgamiento del proceso ha correspondido al Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con sede en el cantón Quito, integrado por las juezas Elisabeth Martínez Padilla y María Elena Lara Torres, y el juez Wilson Rodrigo Caiza Reinoso, quienes emiten sentencia de viernes 22 de julio de 2016, a las 10h14, en la que consideran que la prueba practicada determinó la responsabilidad del procesado Giovanny Alejandro Criollo Mayorga, quien *"realizó actos idóneos conducentes de modo inequívoco a efectos de ejecutar el delito de Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, ya que ha existido un círculo constante de violencia psicológica en contra de la señora D Ambrosio Camacho Diana Gabriela, violencia que ha sido continuada, que ha sido constante y que ha ido desde una violencia psicológica e incluso una violencia física, hecho que ha desencadenado el 8 de septiembre del 2014 en un estallido de violencia en contra de la víctima por parte de su esposo Criollo Mayorga*

[1] Código Orgánico Integral Penal *"Art. 562.- **Publicidad de las audiencias.**- Las audiencias son públicas en todas las etapas procesales.*
Son reservadas las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional".

Giovanny Alejandro, en la Av. Galo Plaza Lasso y Av. Luis Tufiño esto es en el domicilio que comparte tanto víctima como agresor"; y, que el procesado adecuó su conducta en el delito de Violencia Psicológica contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, tipificado y sancionado en los artículos 157.1 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo conforme el artículo 42.1.a) ibídem, por lo que le impone la pena de treinta días de privación de la libertad, multa de dos salarios básicos unificados del trabajador en general conforme el artículo 70 del mismo cuerpo legal, y en cumplimiento al artículo 622.6 ejusdem, el pago de mil dólares por concepto de reparación integral a favor de la víctima.

1.2.2 De la sentencia referida, tanto el procesado Giovanny Alejandro Criollo Mayorga, cuanto la víctima Diana Gabriela D' Ambrosio Camacho, interponen recursos de apelación, correspondiendo su conocimiento al tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha conformado por la doctora Lady Ruth Ávila Freire, y los doctores Miguel Ángel Narváez Carvajal y Juan Carlos Mariño Bustamante, Jueza y Jueces Provinciales; tribunal que en sentencia de 02 de diciembre de 2016, las 15h56, señala que ha llegado a la verdad procesal de que el sujeto activo del injusto penal acusado es Giovanny Criollo Mayorga, quien con plena voluntad y conciencia subsumió su conducta al tipo penal previsto en el Art. 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo, *"pues la finalidad de su voluntad la exteriorizó al momento de ejercer sobre la víctima violencia psicológica"*, y a la convicción de que el acusado tuvo el dominio fáctico del resultado típico, encontrando eso sí, un yerro cometido por el tribunal a-quo, en cuanto a juzgar al procesado por el delito tipificado y sancionado por el artículo 157.1 ibídem, cuando lo correcto era hacerlo por el artículo 157.2 del mismo cuerpo legal, ya que en la audiencia de juzgamiento se probó la existencia de la agresión psicológica en el grado de afectación moderada; por lo que, desecha el recurso de apelación presentado por el encartado Giovanny Alejandro Criollo Mayorga, y acepta parcialmente el recurso propuesto por la víctima Diana Gabriela D' Ambrosio Camacho, reformando la sentencia impugnada en cuando se declara la culpabilidad del procesado por el delito tipificado y sancionado en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42.1.a) ibídem, condenándole a la pena de seis meses de privación de la libertad, y multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general en atención al artículo 70.4 del mismo cuerpo legal; y, a más de las medidas de protección dictadas, se incrementa la contemplada en el artículo 558.9 del Código tantas veces mencionado, esto es someterse a una terapia psicológica tanto la víctima y sus tres hijos, como el acusado.

1.2.3 El encausado Giovanny Criollo Mayorga, dentro del término de ley, interpone recurso de casación, habiéndose admitido a trámite el mismo luego de la calificación de admisibilidad correspondiente, única y exclusivamente por el cargo de vulneración de la norma contenida en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, conforme quedó establecido en el auto de 25 de febrero de 2019, las 15h09. Para el efecto, se llevó a efecto la audiencia oral, reservada y de contradictorio respectiva.

1.3. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1.3.1 Doctor GIOVANNY ALEJANDRO CRIOLLO MAYORGA.- El procesado, actuando por sus propios derechos, fundamenta el recurso de casación por él propuesto, en los siguientes términos:

- Se va a referir al considerando Octavo de la sentencia, donde se establece la construcción de la responsabilidad penal, tomando en consideración elementos que de acuerdo con el estándar establecido por la Corte Constitucional, referidos a la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, no satisfacen en absoluto dicha sentencia.
- Así, por ejemplo, cuando se declara que existe responsabilidad penal de su persona, el sujeto jurisdicente, cuando aplica la norma jurídica, está regulando por el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo este artículo tiene varias consideraciones que el juzgador omite analizar; para llegar a esta conclusión el juzgador de instancia debía tomar en cuenta que la acusación realizada por la Fiscalía en el momento de la formulación de cargos refería exclusivamente al artículo 157.1. En el proceso consta en copias certificadas, el acta de la audiencia de calificación de flagrancia, donde Fiscalía expresamente establece que la conducta que se imputa es la del artículo 157.1, pero jamás la del 157.2; para este efecto si querían cambiar la tipificación penal, conforme lo establece las

reglas del Código Orgánico Integral Penal, debía realizarse una audiencia de formulación de cargos, sin embargo esto no se realizó.

- Otra razón que implica que la Corte haya establecido con razonabilidad, exigida por el estándar de la Corte Constitucional Ecuatoriana, es que el segundo de los requisitos que se necesita para poder configurar la violencia doméstica es la del artículo 157.2, esto es que el daño produzca efectivamente un problema de funcionalidad en cualquiera de los ámbitos que dice la norma, es decir en el ámbito laboral, personal, escolar, familiar, etc.; del análisis de la sentencia en ninguna parte, ningún perito estableció que existe un problema en cuanto a la afectación en este sentido, de hecho no solo se violenta el artículo 157.2, sino que adicionalmente solicita se tome en cuenta lo previsto en la resolución N° 073FG-2014 de la Fiscalía General del Estado, en donde se establece que la finalidad o la evaluación del daño pericial, tiene que ver con la evaluación pericial del daño y este consiste en valorar las consecuencias, secuelas o lesiones del delito y establecer y demostrar la conexión entre el hecho generado y el daño producido en la persona en la dimensión física, psíquica, social que ha alterado su vida de manera transitoria permanente, manifestándose de forma inmediata o de forma diferida en el tiempo; es decir, ningún tipo de daño fue declarado expresamente por un perito, de manera que cuando el juzgador ad-quem realiza la interpretación de este artículo para imponer una condena, se salta esta parte del razonamiento y evita por ejemplo, analizar si las conductas previstas en el artículo 157 como son amenaza, perturbación, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, etc., cualquiera de estas conductas, ha sido demostrada fehacientemente con prueba debidamente aceptada; esto quiere decir que el grado de certeza obtenido por el tribunal no ha sido el suficiente, si bien es cierto existe un peritaje psicológico que dice que la presunta víctima tiene una afectación moderada a su salud mental, no establece conforme requiere la norma jurídica, que esta afectación haya sido en los ámbitos que establece la misma, razón por la cual, cuando el juzgador ad-quem construye su razonamiento y aplica la norma del artículo 157.2 lo que olvida es decir cómo esa prueba que valoró determina que en verdad existe esta afectación moderada, pero sobre todo cómo es que se verificó con certeza este grado de afectación en las esferas familiar, educativa, laboral; de hecho la denunciante ingresó a trabajar en esta Corte Nacional, realizó sus actividades como docente y como directora de tesis en su estudio jurídico de forma independiente, etc., y ninguna de estas facetas se afectó porque ninguna de las pericias ha determinado esto, menos aún la pericia psicológica; más bien si se lee el relato de las pericias y de los testimonios, se va a encontrar que se relatan hechos del año 2002, del año 2012, supuestas denuncias realizadas en su contra, cuando de conformidad con el suplemento del registro oficial 180 de 10 de febrero del 2014, no existía para entonces el delito de violencia de género o violencia psicológica, sino que estaba confinado a ser exclusivamente una contravención. Desde este punto de vista cuando se analizan hechos que van por fuera de las circunstancias establecidas en el artículo 603 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se establece que la acusación solamente se debe referir a hechos y personas incluidas en la formulación de cargos, los peritos analizan cuestiones totalmente distintas a las que debían ser analizadas y, sobre esta base el juzgador ad-quem, asume y dicta sentencia condenatoria en su contra, es decir tomando en consideración elementos por fuera de la acusación fiscal, pero adicionalmente tomando en cuenta situaciones que nunca fueron demostradas, y que para entonces en el año 2002, en el año 2012, no eran catalogados como delito; esto implica que desde el punto de vista de la teoría del delito en tanto refiere a la culpabilidad donde debía existir una norma jurídica expresa que determine su conducta, más sin embargo, para entonces no existía el delito de violencia de género tal como está previsto desde agosto del 2014, cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, es decir se saca de contexto hechos, personas, palabras, por fuera de los limites contenidos en el artículo 603 inciso final del Código Orgánico Integral Penal. Y desde este punto de vista de la razonabilidad el juzgador aplica el artículo 157.2, tomando en consideración que ni siquiera existe, ni está demostrado, ni probado, con ninguna prueba ni con testimonios, que exista afectación en las esferas social, familiar, laboral etc.

- De conformidad con el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, debe existir un nexo causal entre la prueba y la responsabilidad penal; sin embargo, este nexo causal no existe porque ninguna prueba ha establecido esta circunstancia que es necesaria para efectos de establecer una responsabilidad penal; cuando el juzgador ad-quem utiliza el artículo 157.2 olvida realizar el análisis de las

circunstancias que se describen en el artículo 157, pero lo más grave es que sostiene una responsabilidad penal y declara autoría de su persona sin tomar en cuenta, que no existe prueba alguna que declare que existió perjuicio en los ámbitos laboral, social, familiar en contra de la presunta víctima.

- Desde el punto de vista de la lógica, que es otro de los parámetros establecidos por la Corte Constitucional como uno de los requisitos donde se establece la responsabilidad, es importante aclarar varias cosas; en primer lugar que no existió una valoración adecuada de las pruebas y no es que se quiera remitirles a la valoración de la prueba porque no es parte de la causal argumentada, sin embargo es importante establecer que durante el trasuntar de la prueba se regula esta prueba sin respetar la presunción de inocencia que le ampara la Constitución; es decir, mientras practicó prueba, particularmente de la doctora Martha Chochos perito psicológica en la que se determinó que quien dirige estas palabras tenía, no la personalidad que se ha declarado en sentencia sino una personalidad totalmente distinta, sumisa, que había entregado el poder a la señora D' Ambrosio para que ella sea quien haga y deshaga, y que en esa pericia adicionalmente se establece que existió una lucha sucia como lo cataloga expresamente la perito; esta prueba no ha sido confrontada, ni analizada como se requiere en estos casos, es decir esta prueba así como su declaración, donde relata que no se encontraba en el lugar de los hechos y que esa declaración se sustenta inclusive en varios documentos como son una cinta de vigilancia de la agencia de servipagos en donde estaba realizando una trasferencia bancaria y, también en los registros de asistencia de una Compañía que se llama Carseg en donde él estaba supuestamente en las horas que había cometido la infracción, esto no ha sido debidamente analizado ni valorado, de manera que cuando se construye la responsabilidad penal no se confrontan las pruebas que pidió particularmente el análisis pericial realizado por la doctora Martha Chochos, en donde se desvirtúa totalmente la hipótesis acusadora tanto de la Fiscalía como de la presunta víctima. No existe ningún razonamiento de por qué esa prueba no se utilizó; el juzgador omite realizar una valoración completa de esta prueba.

- Finalmente el requisito de la compresibilidad establecido por la Corte Constitucional, que tiene que ver con la claridad con que se expone el razonamiento que utiliza el juzgador, con las conclusiones y sobre todo con la decisión final, no se compadece con el requisito de la motivación porque en el epígrafe 8.5 de la sentencia del juzgador *ad-quem*, se evita totalmente el análisis de la confrontación probatoria y en virtud de esa falta de análisis que determina un análisis incompleto, y una violación a la presunción de inocencia, pero que determina sobre todo que no existe una valoración adecuada de la prueba, ni razonamientos lógicos congruentes etc.; si el juzgador hubiera realizado ese análisis, hubiera determinado en la sentencia no solamente cómo se pudo verificar la afectación prevista en el artículo 157.2, es decir de la esfera individual, familiar, laboral, afectiva; y, en base a la premisa del referido artículo, sin que se haya realizado el análisis de las conductas y del resultado material que se requiere, llega a una conclusión totalmente equivocada, ilógica e irrazonable.

- Finalmente, si bien es cierto este caso empezó con una configuración de hechos de un supuesto delito flagrante y la formulación de cargos se realizó por el artículo 157.1, se terminó sancionando por el artículo 157.2, sin que exista para ello la reformulación de cargos; el análisis para hacer este cambio de tipo penal tampoco existe, a pesar de que en el expediente consta el acta resumen de la audiencia de flagrancia donde se establece que la acusación refiere el artículo 157.1.

1.3.2 FISCAL GENERAL DEL ESTADO.- La doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la señora Fiscal General del Estado, dando contestación a la fundamentación del recurso de casación, señala:

- Los argumentos planteados fueron ya discutidos y resueltos por la Corte Provincial de Justicia, y en la sentencia de apelación fueron contestadas cada una de las alegaciones.

- El recurrente hoy señala que plantea el recurso casacional, entre otras cosas dice porque no se consideró en la sentencia, que debió habérsele juzgado con el artículo 157.1, porque la acusación se refirió al 157.1 del Código Orgánico Integral Penal y que debió haberse reformulado los cargos porque había una lesión moderada; esto contraría lo manifestado por el propio procesado Geovanny Alejandro Criollo Mayorga quien al momento de fundamentar su recurso de apelación, señala entre otras cosas que se le ha acusado de una infracción contenida en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, y que la audiencia preparatoria de juicio se llevó a cabo y se le sentenció por el 157.1 del Código Orgánico Integral Penal, con lo que se violenta el artículo 603 del Código Orgánico Integral

Penal, es decir que debió haber una reformulación de cargos para el cambio de tipificación penal, pues el COIP obliga a que se realice la reformulación cuando se hayan encontrado nuevos elementos, más no se lo hizo y se lo procesó por el 157.1; al respecto es necesario aclararle al señor abogado que tiene limitación en cuanto al tema de la conceptualización del proceso penal, que en este caso el fiscal, lo que lleva ante el juzgador siempre serán hechos, la calificación jurídica de esos hechos corresponde única y exclusivamente al juzgador que tiene la facultad para hacerlo, así en el caso de la apelación la Corte Provincial de Justicia de Pichincha considera que tiene razón en cuanto a que se le ha impuesto una materialidad, tipificación no adecuada, porque la prueba practicada establece que la víctima evidencia esta lesión moderada, y la lesión moderada se encuentra señalada en el artículo 157. 2 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se establece claramente que la violencia psicológica, se dice en el 2 que existe afectación moderada; en este caso la Corte Provincial considera que por todos los argumentos planteados por la defensa de la víctima, en este caso que también interpuso recurso de apelación, se aceptaba el recurso y se modifica porque los hechos y las pruebas llegan a establecer contundentemente que el acusado ha subsumido su conducta al artículo 152.7 (Sic) del Código Orgánico Integral Penal, y así aclara el juzgador, porque existen informes médicos psicológicos que establecen que en este caso existe un ciclo de violencia que va desde los últimos diez años, esta víctima y sus hijos han sufrido violencia por parte de Geovanny Alejandro Criollo Mayorga, entonces la afectación de la víctima, de su familia y de sus hijos es profunda, así está establecido en el considerando Octavo de la sentencia, en donde se hace un análisis de todo el ejercicio probatorio que han realizado los sujetos procesales; y, eso nos lleva al segundo argumento que plantea; dice que no se ha tomado en cuenta las pruebas presentadas por él; ese también fue su argumento en la apelación, por lo que se le habría dejado en indefensión, con mención de los mismos medios probatorios que ha señalado en la audiencia de casación, debiendo recordar que este fue un delito flagrante, en el que los mismos testigos, vecinos y policía, llevó detenido al señor, porque intentaba ingresar a la casa rompiendo la puerta de entrada, poniendo en peligro a la víctima y a sus hijos. Sobre este caso queda establecido que el señor Geovanny Alejandro Criollo Mayorga, desconoce el sistema procesal penal y él en la audiencia preparatoria de juicio, al terminar la misma debió haber ofrecido su prueba, pero en la audiencia de juicio saca y trae a testigos nuevos, no conocidos por Fiscalía, es decir la prueba sorpresa; esa prueba no es calificada y el tribunal así se lo advierte y le dice que no lo han dejado en la indefensión, sino que debió haber actuado en derecho, conforme lo que la Constitución y la ley le ordena; esa prueba sorpresa, es inconstitucional e ilegal, y así lo determina tanto la doctora Mayra Gissela Soria Escobar que es la fiscal de este caso, cuanto el abogado de la defensa y, sobre todo, el tribunal de apelación.

- Posterior ha dicho que no hay daños determinados por el perito, por lo tanto considera que no se ha analizado el tema de la prueba; y, este es un tema que está vedado para ustedes, porque no tienen la posibilidad de hacer un nuevo análisis probatorio, por lo tanto lo pedido es inconstitucional.
- Luego ha exigido del tribunal de apelaciones un grado de certeza suficiente para condenarle; vale recordarle que el Código Orgánico Integral Penal cambió los parámetros, ya no se requiere certeza sino convencimiento, ese es el parámetro sobre el cual hoy todos los tribunales centran su trabajo, dentro de lo que es el Código Orgánico Integral Penal, en el cual, el límite a este convencimiento es la duda razonable.
- Ha dicho que todos estos hechos han llegado a la violación de los principios motivacionales, esto es razonabilidad, lógica y comprensibilidad, y hace unos argumentos, señalando en cuanto a la razonabilidad, que no hay prueba de afectación familiar, social, que no hay nexo causal y que eso corresponde a una falta de razonabilidad; nada más alejado de lo que es el sistema constitucional; hace referencia a la sentencia 277-16-SEP-CC, caso 1539-13-EP emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, del 24 de agosto del año 2016, que dice que la decisión razonable es aquella fundada en principios constitucionales, y qué es lo que nos propone como razonabilidad el abogado, que no hay prueba de afectación, es decir se remite a la prueba, nada más alejado de lo que es la razonabilidad, no tiene relación alguna con lo propuesto. Luego dice que se viola la lógica porque no hubo valoración probatoria; siempre vamos solo al tema probatorio; y, dice que no hubo valorización de la prueba porque la perito no fue confrontada y que la misma ha hablado de algunos hechos en relación a este caso; al respecto esta misma argumentación la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ya la

resolvió, señala que la perito Martha Chocho señaló dentro de su informe, que le realizó la experticia psicológica y ella indicó que se trataba de una batalla sucia, pero analizando la declaración de la mencionada profesional en su conjunto, se colige que conceptualiza esta expresión de manera general, no se refiere a la conducta de la víctima, indica que la pelea sucia consiste en utilizar amenazas y que la relación de pareja empieza a tener esta dinámica de violencia, se usa las amenazas, el chantaje, la agresión verbal, la agresión física, se usan a los niños y estas son las características que presenta el señor Geovanny Alejandro Criollo Mayorga frente a su relación de pareja; este es un tema ya establecido en la sentencia. Pero la Corte Constitucional sobre la lógica dice que "Para analizar este parámetro de la lógica es apropiado señalar que el desarrollo de una decisión judicial supone un silogismo, esto es un razonamiento jurídico por el cual se vinculan las premisas mayores, que generalmente son proporcionadas por la normativa aplicable al caso en concreto, con las premisas menores, que se encuentran dadas por los antecedentes de hecho en los cuales se circunscribe y fundamenta la causa, y de cuya conexión, entre premisa mayor y premisa menor, se obtiene una conclusión que se traduce en la decisión final del proceso"; hacia eso va la lógica, a las premisas, en donde la premisa mayor siempre será la norma, la premisa menor los hechos y la prueba, y la conclusión la concatenación de estos dos argumentos, pero lo que el recurrente dice es que la falta de lógica se produce porque no hubo valoración probatoria y porque no se ha tomado en cuenta la prueba de la perito Martha Chocho, lo cual no es coherente. Luego el tercer punto, la comprensibilidad que es el tercer requisito de la motivación, dice el abogado que según él es la claridad con la que se exponen los argumentos y la decisión final, y que en este caso el juez no ha realizado una determinación de cómo se realizó la afectación, porque es un delito de resultado y debió haberse establecido y, que al no establecerse la afectación, esto redunda en la afectación de la comprensibilidad. La Corte Constitucional al respecto nos dice que es necesario analizar el lenguaje que se ha utilizado por los jueces al momento de realizar una sentencia, el mismo que debe ser claro y pertinente, de modo tal que permita una completa y correcta comprensión de las ideas contenidas en la resolución; esos principios no tienen que ver otra vez con la prueba a la que el abogado ha planteado su casación.

- Es necesario indicar que a partir del considerando 8.6, la Corte ha hecho un análisis pormenorizado de todos estos argumentos señalados en casación, y existen todos los argumentos establecidos por el juzgador que dejan claro que sí se cumple el principio motivacional, esto es que se produce claramente una coherencia, una pertinencia, una correlación entre los hechos, la prueba y la decisión del juzgador, por lo tanto Fiscalía no encuentra cuál es el argumento de la casación, tomando en cuenta que la misma se dirige exclusivamente hacia el tema de la sentencia emitida, que no se ha advertido cuál es la sentencia impugnada, algún momento habló de la del ad-quem por lo que entenderíamos que se refiere a la de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, del 02 de diciembre de 2016 a las 15h56, no se ha establecido la causal por la cual se está presentando el recurso, únicamente se ha hablado de una serie de temas que no establecen una argumentación jurídica capaz de sostener la casación; tampoco se ha podido establecer el principio de trascendencia al no explicarse cómo el tribunal de apelación violó la ley, como no hay causales tampoco hay ninguna argumentación sobre ello, por lo que Fiscalía considera que no existe una fundamentación adecuada del recurso, y debería desecharse el recurso por improcedente, pues tampoco existen causas que permitan presumir que se pueda aplicar el principio del iura novit curia.

1.3.3 DIANA GABRIELA D' AMBROSIO CAMACHO (Víctima).- El doctor Jaime Hernán Fraga Rebelo, en representación de la víctima, procede a dar contestación a la fundamentación del recurso de casación planteado por el procesado, haciendo uso del derecho de contradicción, manifestando:

- Los hechos a los que se circunscribe el acto o el delito, fueron ejecutados el 31 de agosto del 2014 en primera instancia, por lo cual le amerita un proceso de violencia intrafamiliar en la Casa de Justicia de Carcelén, con lesiones menores a tres días; le terminan sentenciando treinta días de trabajo comunitario, apeló a la Corte Provincial y le ratificaron esa sentencia; posteriormente, el señor el 8 de septiembre, vuelve a cometer otra infracción de carácter física, y le vuelve a agredir no solo físicamente sino con estos hechos de violencia psicológica, pero lo que hace la Corte Provincial en la sentencia es simplemente identificar el círculo de violencia intrafamiliar en el cual ha vivido la doctora Gabriela D' Ambrosio desde los años anteriores, y no se le está juzgando por un hecho que

antes no constituía delito, sino que se identifique de manera clara la violencia intrafamiliar; consta el proceso contravencional, y tres denuncias adicionales presentadas con posterioridad inclusive a la formulación de cargos en este juicio de violencia psicológica que el doctor Criollo le presentó a la doctora Gabriela D' Ambrosio, una por fraude procesal, otra por violencia psicológica, y otra por fraude procesal por otro asunto, como tratándole de intimidar; de esta fecha en adelante ha venido haciendo una serie de circunstancias que no han parado en la agresión, no solo esto como antecedente, porque hasta un sumario administrativo le presentó con posterioridad a eso.

- El Código Orgánico Integral Penal estableció la violencia psicológica a partir de agosto del año 2014, y el 31 de agosto y 8 de septiembre fueron los hechos más desencadenantes que dieron lugar al inicio de la instrucción fiscal por el delito flagrante, entonces no cabe esa alegación.

- Finalmente, la sentencia de la Corte Provincial, Sala de lo Penal, es extremadamente clara; ya en el considerando Séptimo, en cuanto a la fundamentación dogmática que hace el tribunal de alzada, refiere no solo a Belem do Para, a la Corte Constitucional, al Comité de eliminación de discriminación contra la mujer, sino que también a la Convención de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.; es decir ya empieza a concatenar la cuestión dogmática relacionada con las disposiciones legales, constitucionales; seguidamente en el considerando Octavo hace una precisión de manera estricta con respecto a los requisitos o a los elementos de la motivación, es decir a la razonabilidad, a la lógica y a la comprensibilidad, enunciando de manera detallada y pormenorizada de los elementos probatorios que le han servido de base para determinar la materialidad y responsabilidad, y concatenando como exige la Constitución de la República en el artículo 76.7.l), estos fundamentos de derecho para la responsabilidad del acusado; de tal manera que no existe argumento y lo menos que podría hacer el Tribunal de Casación es ratificar la sentencia de la Corte Provincial.

- La víctima no se presentó como acusadora particular dada la agresión de la cual fue objeto, no quería saber nada de los problemas que se estaban suscitando y lo que se venía, pero sí desesperada porque haya una sanción ejemplificadora. –

El principio de la reformatio in pejus, les impide empeorar la situación del recurrente, por lo que solicita al menos ratificar la sentencia emitida por la Corte Provincial de Justicia y desechar este recurso de casación.

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 19 de enero de 2017 a las 12h21, y del sorteo efectuado el día miércoles 14 de marzo de 2018 a las 15h02 en cumplimiento de la resolución N° 02-2018 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, 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 Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

2.2. DEL TRÁMITE

Por cuanto el presente proceso penal se inició en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, en atención a la primera disposición transitoria del referido cuerpo legal, le son aplicables las normas de procedimiento establecidas en el indicado Código, habiéndose efectuado la respectiva calificación de admisibilidad del recurso planteado.

2.3. VALIDEZ PROCESAL:

El presente recurso de casación 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 y las específicas atinentes al recurso de casación, dispuestas en el Título IX, Capítulos Primero y Tercero, y concretamente en los artículos 652, 656 y 657 del Código Orgánico Integral Penal; y, al no encontrarse 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. DEL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO DE CASACIÓN:

2.4.1 Del derecho a recurrir.- La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76.7.m), al tratar sobre las garantías básicas del derecho al debido proceso y más concretamente del derecho a la defensa, señala:

"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…)
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (…)
m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos".

En el ámbito convencional 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".

Por su parte, la Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir se ha pronunciado en varias de sus resoluciones, señalando:

"En todos los procesos sometidos a juicio, entre los que están los de materia penal, en los cuales existe una confrontación de intereses, la parte que se siente perjudicada siempre tendrá el derecho de buscar y activar los medios que le permitan oponerse a que la resolución o sentencia dictada por el juez adquiera la calidad de cosa juzgada y de esta manera evitar el efecto de inmutabilidad de las sentencias. Esta oposición se materializa a través de los denominados recursos (en sus distintas clasificaciones), que tienen por objeto modificar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento del principio de legalidad, el cual exige resoluciones acordes a la Constitución y la ley"[2].

"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"[3].

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 656 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.[4]

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

[2] Gaceta Constitucional No. 002, publicada en el R.O. de martes 19 de marzo de 2013 –No. 2, Caso No. 624-12-CN, p.17.
[3] Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 095-14-SEP-CC, de 4 de junio de 2014. Caso no. 2230-11-EP.
[4] **"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. (…)".

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 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 ut supra.

La Corte Constitucional, acerca de la naturaleza técnica y limitada del recurso de casación, ha expresado:

> *"La casación es un recurso extraordinario que fue establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a finales del siglo anterior, cuyo objetivo principal es el de analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores".*[5]

Por su parte la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a través de sus Tribunales de Casación, al definir los parámetros para analizar el recurso de casación, ha determinado que obligatoriamente se debe precisar la **sentencia** de la cual se recurre; igualmente, establecer **una norma jurídica puntual** que el casacionista crea que ha sido vulnerada en la sentencia impugnada; así también, en atención al principio de taxatividad, el recurrente está en la obligación de señalar una **causal específica** de las previstas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral 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 necesita del impugnante, que en la fundamentación de su recurso, realice una correcta **argumentación jurídica** que dote de sustento a su pretensión, a cuyo respecto, la Sala ha manifestado:

> "Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada"[6].

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, esto es el Código Orgánico Integral Penal, y es respecto a los errores "in iudicando" a que se refieren las mencionadas causales, 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.

---

[5] Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 06 de febrero del 2013. Caso No. 1647-11-EP.
[6] 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.

2.5. DISQUISICIONES JURÍDICAS A CONSIDERARSE EN LA PRESENTE SENTENCIA: El Tribunal de Casación puede conocer en sede de casación, las violaciones a las garantías constitucionalmente consagradas, entre ellas, la de la debida motivación, constante en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y 621 del Código Orgánico Integral Penal. Para ello, siguiendo los criterios constantes en las normas legales y constitucionales, nacionales y supranacionales, la jurisprudencia y la doctrina al respecto, una sentencia motivada debe reunir los denominados estándares de motivación, y es respecto a éstos que debe dirigirse el análisis del Tribunal de Casación, para determinar si la sentencia in examine se encuentra debidamente motivada o no.

2.6. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO:

2.6.1 Conforme se desprende del auto de admisión dictado el día lunes 25 de febrero de 2019, a las 15h09, así como también de la advertencia efectuada a los sujetos procesales en la audiencia oral, reservada y de contradictorio del recurso de casación, el cargo admitido de los planteados por el acusado Giovanny Alejandro Criollo Mayorga, es respecto a la violación del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, esto es la vulneración de la obligación de los juzgadores, de motivar su sentencia, por lo que una vez que se ha efectuado la alegación respectiva en la audiencia referida, corresponde a este Tribunal de Casación, realizar el análisis motivacional del fallo dictado por el tribunal ad-quem.

2.6.2 Dentro del análisis que debe efectuar este juzgador pluripersonal, le corresponde previamente referirse a los parámetros que se deben observar para el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones, también llamados estándares de la motivación.

2.6.2.1 La Constitución de la República del Ecuador, establece como garantía la obligación que *tienen los juzgadores, de motivar sus resoluciones; así, dispone en su artículo 76.7.l):*

> *"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".*

La inobservancia de esta norma constitucional, recae en el operador de justicia responsable de la misma, en virtud de lo previsto en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece:

> ***"FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-*** *Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (…)*
> ***4.*** *Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos; (…)".*

En concordancia con las normas transcritas, el Código Orgánico Integral Penal también prevé la obligación de que la sentencia se encuentre debidamente motivada, conforme así lo señala en el artículo 621[7], motivación cuyos parámetros en gran parte se encuentran recogidos en los diferentes numerales del artículo 622 ibídem[8], atinente a los requisitos de la sentencia.

[7] ***Art. 621.-Sentencia.-*** *Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos (…)".*

[8]

Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales y constitucionales se encuentran en la obligación de motivar sus sentencias, constituyéndose esta exigencia en una garantía del debido proceso y parte del derecho a la defensa que tienen los sujetos procesales, a fin de conocer de manera amplia, detallada y clara, las razones que el juzgador encontró para tomar sus decisiones. Por lo tanto, es necesario argumentar con propiedad los criterios que permitieron al juzgador llegar a la resolución dictada, para solventar el problema puesto en su conocimiento; y, en caso de inobservase este mandato, se produciría una vulneración del artículo 76.7.l) de la Constitución de la República del Ecuador, cuya consecuencia es la nulidad del acto según lo dicta la norma referida, transcrita ut supra.

2.6.2.2 Sobre el tema de la motivación encontramos una amplia gama de pronunciamientos en donde se establecen algunos de los denominados estándares de la motivación; así, jurisprudencialmente, en el ámbito nacional encontramos los emitidos por la Corte Constitucional, que entre otros señala:

> *"(…) Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con aquello se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva?, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente, en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto"*[9].
>
> *"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 (…)"*[10] *(Las negrillas no son del texto).*
>
> *"Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de* ***manera razonable, lógica y comprensible,*** *así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto"* [11](Las negrillas no son del texto).

En este mismo ámbito también tenemos los diferentes pronunciamientos emitidos por la Corte Nacional de Justicia a través de los Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de los cuales destacamos los siguientes:

> *"[La motivación es] una obligación que racionaliza el proceso al ser requisito esencial y luego una causal de nulidad de los actos que no cumplen este derecho del procesado. Sin embargo, la motivación, no solamente se refiere a la vinculación de los hechos con normas jurídicas, sino que radica en la subordinación del poder judicial a la Constitución cuando justifica los razonamientos del órgano jurisdiccional por los que se ha alcanzado la*

[9] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. **003-10-SEP-CC**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117, de 27 de enero de 2020.

[10] Ecuador. Corte Constitucional.Sentencia No. **069-10-SEP-CC**, publicada en el Registro Oficial 372, de 27 enero de 2011.

[11] Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. **227-12-SEP-CC**, caso 1212-11-EP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 777, de 29 de agosto de 2012.

resolución adoptada (…) debiéndose, por tanto, mantener coherencia lógica entre las alegaciones de las partes, la prueba y las conclusiones expresadas por el órgano jurisdiccional en su decisión"[12] (Las negrillas no son del texto).

"La ausencia de motivación se refiere a la '[…] ausencia de una exposición de motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma de ese hecho, y que comprenda todas las cuestiones'. Es obligación de las juezas y jueces hacer constar en sus resoluciones una *exposición de los motivos por los cuales adoptan la resolución que contenga la descripción de los hechos analizados (en el caso de las sentencias que contengan los hechos y actos probados en la audiencia de juicio), las normas jurídicas aplicables, la relación lógica entre los hechos analizados, las normas jurídicas y las conclusiones"*[13](Las negrillas no son del texto).

"El tema de la motivación ha sido ampliamente tratado por los distintos órganos competentes para analizar el respeto a las normas constitucionales y legales, tanto en el ámbito nacional cuanto en el supranacional, cuyos pronunciamientos conforman los denominados estándares de la motivación que deben ser utilizados por los juzgadores; entre ellos encontramos los de razonabilidad, lógica y comprensibilidad que deben observar las resoluciones jurisdiccionales, sobre los cuales se ha señalado, que consisten en: razonabilidad, las decisiones deben encontrarse fundamentadas en principios y normas constitucionales, convencionales, legales, a más del apoyo de la doctrina y la jurisprudencia aplicable; lógica, que exige la debida coherencia entre las premisas, la conclusión y la decisión a la que arriba el juzgador; y, comprensibilidad, atinente a la claridad que debe presentar el fallo, a fin de que sea de fácil entendimiento para quien lo analiza".[14]

Igualmente, sobre la obligación de la motivación de las resoluciones, en el plano supranacional encontramos algunos pronunciamientos, fundamentalmente dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así tenemos:

"Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido ***debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes*** *y que el conjunto de pruebas ha sido* ***analizado rigurosamente****, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado"*[15](Las negrillas no son del texto).

"El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los ***alegatos de las partes*** *y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas* ***han sido oídas*** *y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso"* [16](Las negrillas no son del texto).

2.6.2.3 En el mismo orden de ideas encontramos el pronunciamiento de estudiosos sobre el tema de la motivación, tal es el caso de Jorge Zavala Baquerizo, quien señala:

"(…) Lo que el Estado no permite es la decisión, cualquier clase de decisión, definitiva o no, sin fundamentos, pues ello da lugar a la arbitrariedad y, por ende, pone en peligro la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Motivar significa desarrollar y exponer el pensamiento de quien motiva a través de ***argumentos***

[12] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, caso **504-2014,** Sentencia de 16 de septiembre de 2014.
[13] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, caso **191-2011,** Sentencia de 29 de agosto de 2013.
[14] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, caso **00006-2017**, Sentencia de 30 de mayo de 2017.
[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso **Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador,** Sentencia de 21 de noviembre de 2007.
[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso **Apitz Barbera y otros vs. Venezuela**, de 5 de agosto de 2008.

y razones *que justifiquen la resolución adoptada. Para que una motivación sea constitucional debe comenzar por establecer los* ***antecedentes*** *del asunto sobre el cual se debe resolver. El antecedente presenta el caso y sirve de base para el desarrollo de los* ***argumentos*** *en que se debe sustentar la decisión. En el antecedente se debe establecer la relación circunstanciada del hecho sobre el cual se debe resolver a fin de que se haga saber el motivo de la decisión, la razón de ser de ésta. Luego del antecedente se debe exponer de manera precisa, concisa, pero explícita, los argumentos que deben fundamentar la decisión. El principio constitucional exige que la resolución de los poderes públicos debe enunciar 'las normas y los principios jurídicos' que sustenten los argumentos que sirven de premisa a la decisión. No basta hacer enunciados generales, imprecisos, abstractos, sino que es necesario que se expongan las razones jurídicas que permiten la decisión fundada en el Derecho. Entre la parte motivada y los antecedentes debe existir* ***congruencia, relación lógica****, esto es, que consignándose en el antecedente los hechos que motivan la decisión, los argumentos para decidir deben estar directamente relacionados con esos hechos; debe haber pertinencia -identidad jurídica- entre el hecho y el argumento lógico-jurídico que se desarrolla como premisa de la decisión. La argumentación es el núcleo de la decisión y es en dicha argumentación en donde quien decide debe exponer los fundamentos y razones jurídicos que exhibe para pronunciarse sobre el hecho contenido en el antecedente. (…)*"[17] (Las negrillas no son del texto).

Así también, entre otros criterios doctrinarios se encuentra aquel que señala que, en cuanto a la institución jurídica de la motivación, pueden presentarse varias clases de la misma; así tenemos básicamente cuatro tipos de violaciones a la garantía de la motivación y son: 1. Ausencia de motivación; 2. Motivación contradictoria; 3. Motivación anfibológica o ambigua; y, 4. Falsa motivación[18].

Al respecto señala el tratadista Orlando Rodríguez, que en los tres primeros tipos de violación a la motivación, corresponde declarar la nulidad de la sentencia, lo cual se ajusta a las normas transcritas inicialmente, pues constituyen en estricto rigor técnico errores in procedendo, en los que no se satisfizo los estándares motivacionales analizados ut supra, mientras que en la falsa motivación existe propiamente un error in iudicando respecto al cual el Tribunal de Casación debe pronunciarse, resolviendo sobre el fondo del proceso, es decir sobre los cargos casacionales planteados; esta falsa motivación, a la que también se denomina motivación sofística aparece cuando la motivación se aparta o no corresponde a los hechos probados en el juicio, incurriendo el juzgador de instancia en una valoración distorsionada de la prueba actuada, cayendo por tanto en una decisión arbitraria; en definitiva, la decisión adoptada no recoge ni refleja la realidad de lo probado en el juicio.

En cuanto a los demás casos o tipos de violaciones a la garantía de la motivación, se considera que ausencia de motivación es la falta total o parcial de los motivos que justifican la convicción a la que ha llegado el juez, respecto de los hechos y el derecho, que le llevan a la aplicación de determinada norma a los antecedentes de hecho; por su parte la motivación contradictoria, según el referido tratadista *"(…) es cuando existe un insanable contraste entre los fundamentos que se aducen, o entre estos y la parte resolutiva, de tal modo que se excluyen entre sí y se neutraliza, por lo que el fallo queda así, sin motivación; o, cuando en las mismas se hacen argumentaciones de exculpación y de responsabilidad de manera simultánea, situación que se evidencia en casos en los que se reconoce la existencia de una causal de 'ausencia de la responsabilidad', pero al mismo tiempo se argumenta en favor de la responsabilidad del procesado"*[19]; y, la motivación anfibológica o ambigua, que se presenta cuando no existe claridad en lo manifestado por el juzgador en su resolución, a tal punto que debido a la obscuridad de los criterios expuestos por el juez, no se puede determinar su pensamiento, y conforme señala Orlando Rodríguez, *"Cuando el sentenciador no expone unas razones decisorias claras, precisas, y por el contrario, recurre a la ambigüedad o*

[17] Jorge Zavala Baquerizo, El Debido Proceso Penal, Edino, Guayaquil –Ecuador, 2002, pp. 137-138 vta.
[18] Orlando A. Rodríguez, Casación y Revisión Penal, Evolución y Garantismo, Temis, Bogotá –Colombia, 2008, pp. 320-325
[19] Ibídem, p. 325

a lo farragoso, indudablemente está afectando esta garantía por el usuario de la administración de justicia".

2.6.3 Analizados de esta forma los estándares de la motivación, el presente Tribunal de Casación, en atención al cargo propuesto por el procesado Giovanny Alejandro Criollo Mayorga y debidamente admitido, ha procedido a estudiar la sentencia impugnada, a fin de determinar si el tribunal de apelación, al resolver el caso, ha aplicado correctamente los estándares o requisitos referidos ut supra, en especial al motivar el obiter dicta y la ratio decidendi; y, para ello fundamentalmente se ha tomado como base, por así haber sido planteado por el encartado, lo establecido por la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, en cuanto a la obligatoriedad de que la sentencia contenga razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

2.6.3.1 El impugnante Giovanny Alejandro Criollo Mayorga, centrándose en el considerando Octavo de la sentencia, cuestiona lo resuelto por el tribunal ad-quem, en los siguientes puntos:

i) Señala el recurrente que en cuanto al estándar de razonabilidad, el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal establece como requisito para su configuración, que el daño produzca un problema de funcionalidad en cualquiera de los ámbitos ahí señalados, siendo estos el laboral, personal, escolar, familiar, etc.; más, en ninguna parte de la sentencia, ni en ninguna de las pruebas valoradas, en especial periciales, habría establecido la existencia de afectaciones en dichos ámbitos. En este punto hace referencia a la resolución N° 073FG-2014 dictada por Fiscalía General del Estado atinente a lo que tienen que evaluar las pericias, concluyendo que ningún tipo de daño ha sido declarado expresamente por un perito, y que el juzgador no ha analizado si las conductas constantes en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal han sido probadas, esto es las amenazas, perturbación, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, etc.

Hace referencia al peritaje psicológico analizado por el tribunal ad-quem, efectuado por la doctora Alexandra Montalvo, que señala que la víctima sufre una afectación moderada a su salud mental, pero considera que no establece que dicha afectación sea en los ámbitos previstos en la norma, por lo que al aplicar el juzgador de instancia la disposición legal sin que se haya probado la afectación, se vulnera el estándar de la razonabilidad.

Dentro del tema que fundamenta el encartado, hace referencia también a que de conformidad con el artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, debe existir un nexo causal entre la prueba y la responsabilidad penal, más éste no existe porque ninguna prueba ha establecido una responsabilidad penal de su parte, ya que no se ha probado el perjuicio en los ámbitos laboral, social, familiar de la víctima.

ii) En cuanto al estándar de la lógica, señala el señor Criollo Mayorga, que no existió una valoración adecuada de las pruebas, refiriéndose para ello a la prueba pericial de la doctora psicóloga Martha Chochos, quien efectuó un examen psicológico al procesado; manifiesta que esta prueba no ha sido confrontada ni analizada como se requiere, al igual que su testimonio en que se hacía referencia a otras pruebas que no han sido valoradas, y que no existe razonamiento de por qué esa prueba no se utilizó.

iii) Respecto al estándar de la comprensibilidad, el acusado Giovanny Criollo Mayorga, señala que el razonamiento empleado por el tribunal provincial, las conclusiones y sobre todo la decisión final, no cumplen con este requisito, toda vez que en el numeral 8.5 de la sentencia, se evita el análisis de la confrontación probatoria, lo que resulta un análisis incompleto y violación a la presunción de inocencia, y sobre todo que no existe valoración adecuada de la prueba ni razonamientos lógicos congruentes; considera que de haberse realizado el análisis debido, se hubiera determinado si existe o no la afectación prevista en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, esto es a las esferas individual, familiar, laboral, afectiva, y por el contrario, al no haber realizado el análisis de las conductas y del resultado material requerido, se llega a una conclusión equivocada, ilógica e irrazonable.

Igualmente, señala que el caso empezó con una formulación de cargos por el artículo 157.1 del Código Orgánico Integral Penal, pero se le terminó sancionando por el artículo 157.2 ibídem, sin que se haya realizado la reformulación de cargos, y que tampoco existe el análisis para hacer el cambio de tipo penal.

2.6.4 El Tribunal de Casación ha revisado la sentencia de apelación impugnada, y sobre los estándares motivacionales y la fundamentación del recurso planteado, realiza el siguiente análisis:

i) Conforme lo han señalado las Cortes Constitucional y Nacional de Justicia, el estándar de la **razonabilidad**, exige que la sentencia se encuentre fundamentada en la normativa aplicable al caso, que incluye disposiciones constitucionales y legales, nacionales y supranacionales, a más de la

doctrina y jurisprudencia que es atinente al caso que se juzga; situación que difiere con la forma como el recurrente Giovanny Criollo Mayorga ha desarrollado su fundamentación, que se encamina, ante todo, a cuestionamientos de carácter probatorio, e inconformidad con lo resuelto. Revisada la sentencia de fecha 02 de diciembre de 2016, las 15h56, se encuentra que a partir del considerando Séptimo se ha dado cumplimiento al requisito motivacional de la razonabilidad, acorde a la conceptualización referida, pues en la misma se ha empleado normativa constitucional, legal, e inclusive convencional atinente a varios temas en ella tratados, de relevante importancia para los procesos de violencia como es el caso de la Convención Belem do Pará, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, además de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de igual forma, se ha traído a colación jurisprudencia adecuada sobre varios temas, provenientes principalmente de la Corte Constitucional del Ecuador y Corte Nacional de Justicia que a su vez hacen referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, finalmente, en algunos considerandos de la sentencia se ha empleado el uso de la doctrina, que complementa el sustento de la resolución, con lo cual este Tribunal de Casación ratifica que se cumple con el estándar de la razonabilidad como ha sido conceptualizado, siendo por tanto desechada la alegación de que este requisito se halla ausente.

ii) Corresponde ahora observar si la sentencia cuenta con el estándar motivacional de la **lógica**, respecto al cual se ha dicho que consiste en la subsunción de los hechos al derecho, o la vinculación entre las premisas mayor y menor obteniendo la conclusión, es decir la decisión final; al respecto, concordando con lo manifestado por Fiscalía General del Estado, la premisa mayor es la normativa que se aplica, mientras que la premisa menor la constituyen los antecedentes de hecho y el aporte probatorio, o en otras palabras los hechos probados, de donde se produce la subsunción de estos hechos al derecho, debiendo llegar a una conclusión que sea lógica, coherente, que sea congruente.

Conforme al acervo probatorio que ha sido valorado por el tribunal de apelación, se ha comprobado que en el caso in examine, ha existido por parte del señor Giovanny Alejandro Criollo Mayorga, manifestaciones de violencia contra su cónyuge señora Diana Gabriela D' Ambrosio Camacho, que le han causado perjuicio en la salud mental, concretamente por actos de perturbación, humillación y hostigamiento, con afectación moderada, básicamente en el área de funcionamiento personal, y que requiere de tratamiento especializado en salud mental, lo que se subsume en el tipo penal constante en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, correspondiendo por tanto sancionar al infractor con la pena establecida en la disposición legal, como así lo ha hecho el tribunal *ad*-quem; así se observa cuando dicho juzgador analiza puntualmente la prueba atinente a la materialidad del ilícito constante en el numeral 8.4, en que analiza el testimonio de la víctima, que refiere los hechos de violencia acaecidos el día 8 de septiembre de 2014, esto es *"estando en el segundo piso descansando con su mamá, escuchó que su hijo Olek lloró durísimo y su esposo le gritó por su nombre, bajó y vio a su hijo llorando, preguntó qué pasó y el niño le dijo que su papá le pegó y que le había botado los cuadernos y lápices al piso, que dijo a su hijo que se tranquilice y que suba al segundo piso, que más tarde le ayudaría con sus deberes, mientras dirige al niño a las gradas, su esposo la empuja contra un pilar interno de la casa, la toma de los brazos y la bota contra el pilar, se golpeó el hombro derecho y seguido le dio dos bofetadas en el lado izquierdo con la misma mano, mientras hizo esta acción le dijo que ahí queda con su hijo que está cansado de ellos, toma varios adornos de la sala como jarrones, figuras, estatuas, los puso entre sus brazos y cuando salía le dijo que era una maldita, perra, infeliz"*. Igualmente, el testimonio del policía Oscar Eduardo Rodríguez Velásquez, cuando señala que en la referida fecha acudió al domicilio de la pareja por llamado de la Central de Radio, *"ingresaron y se encontraron con la señora Zenaida quien indicó ser la administradora del Conjunto y le indicó que el señor Giovanny Criollo quería ingresar a su departamento indicando que la señora D Ambrosio tenía una boleta en contra del señor, le indicaron al señor Criollo que no podía ingresar por la boleta a lo que él respondió, que esa boleta ya no estaba vigente y que él incluso tenía la resolución de dicha boleta, (…)"*. También ha analizado el testimonio de la perito psicóloga Dra. Alexandra Montalvo*, quien expresa entre otras cosas, que "la señora se encontraba ansiosa, angustiada, tenía un llanto intermitente, se encontraba nerviosa; la referencia de los síntomas que ella estaba mostrando, en ese momento manifestaba que se encontraba deprimida, que experimentaba desconfianza (…) que también tenía dificultades en el sueño, en el apetito, baja de peso y*

una disminución en el interés por las cosas que forman parte de su entorno y que de hecho debieron ser importantes para ella; (…) la señora ***tiene una afectación de tipo moderado****, (…), recomienda que la señora debe entrar en un proceso de psicoterapia tanto ella como sus tres hijos".* El tribunal ad-quem, luego del análisis y valoración probatoria en su conjunto, concluye que el procesado*, "al proceder a ejecutar contra la víctima actos de violencia, como agredirle física, verbal y psicológicamente, intimidarle de tal manera que se vea obligada a cerrar con candados las puertas y pida auxilio a los vecinos, para evitar que su agresor regrese al hogar y vuelva a cometer en su contra nuevos episodios de violencia, hasta el punto de causarle una afectación psicológica de tipo moderado, es decir realizar actos principales, directos, inmediatos al acto punible, enmarcó su conducta en calidad de autor directo del delito tipificado y sancionado en el Art. 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, (…) que ella puso candados en la puerta por temor a que regrese su cónyuge y continúe con nuevos hechos de violencia física y psicológica en su contra, (…)".*

Analizada la sentencia para verificar si se ha realizado una debida subsunción de los hechos probados a la norma que tipifica la conducta penal con la cual se ha sancionado, aún más cuando de parte del impugnante Giovanny Alejandro Criollo Mayorga se ha cuestionado la adecuación típica del hecho, respecto a que no correspondería a la constante en el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal, sino a la del artículo 157.1 ejusdem, observándose normativas distintas, con elementos objetivos y subjetivos diferentes; este Tribunal de cierre encuentra que, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en virtud del principio constitucional del iura notiv curia, *"el juez conoce el Derecho"*[20], ha adecuado los hechos que luego de su tarea de valoración probatoria considera debidamente probados, a la normativa aplicable al caso, corrigiendo el error de derecho en que ha incurrido el tribunal a-quo, en aplicación a la competencia privativa que tienen los jueces para esta actividad por mandato constitucional; en otras palabras, el tribunal *ad-quem* ha acoplado en forma debida, la premisa mayor que es la norma correcta, a la premisa menor que son los hechos probados, arribando a la conclusión lógica, coherente y congruente que se refleja en la *ratio* decidendi adoptada; por lo que la alegación de falta de lógica, no ha sido debidamente justificada.

iii) En cuanto al estándar de la **comprensibilidad**, corresponde analizar si el juez pluripersonal se ha hecho entender al plasmar su razonamiento en la sentencia, si el contenido del fallo es comprensible para el auditorio social al que está dirigido, y en especial a los sujetos procesales, y revisada la misma este Tribunal de Casación observa que goza de claridad absoluta, contempla una estructura estandarizada que permite un mejor entendimiento, ya que en lo principal contiene sus partes expositiva, considerativa y resolutiva, las cuales con congruentes entre sí, y fundamentalmente, entre los hechos, la prueba y la resolución; en lo principal, consta de nueve considerandos, que tratan, el Primero sobre la jurisdicción y competencia, el Segundo respecto a la validez procesal, el Tercero con un breve antecedente de hecho, para pasar a tratar luego sobre las actuaciones de las partes en la audiencia de apelación, empezando en el considerando Cuarto con la fundamentación del recurso del procesado Giovanny Criollo Mayorga, con las respectivas contestaciones de Fiscalía y defensa técnica de la víctima; a continuación, en el considerando Quinto se trata sobre la fundamentación del recurso de apelación de Diana Gabriela D' Ambrosio Camacho igualmente con la contradicción del procesado y el criterio de Fiscalía, pasando enseguida al análisis de toda la prueba practicada en la audiencia de juicio, todo dentro del considerando Sexto, pero en una forma organizada, en el orden de Fiscalía, víctima y procesado. Finalmente, el tribunal realiza su examen, empezando en el considerando Séptimo con una fundamentación dogmática, para en el Octavo realizar su estudio del caso concreto, finalizando en el numeral Noveno con la decisión de la causa.

Como se dijo, todo el contenido de la sentencia es absolutamente claro, inteligible, sin lenguaje obscuro, sino por el contrario, con la debida congruencia entre sus partes considerativa y resolutiva a más de pertinente, tornándose igualmente en comprensible la conclusión a la que el juzgador de instancia ha arribado, por lo que este órgano

[20] Enciclopedia Jurídica Omeba virtual

juzgador considera que se ha respetado el estándar motivacional de la comprensibilidad, por lo que no procede su alegación.

2.6.5 Como se puede observar en el considerando que antecede, los estándares de motivación analizados, tienen una significación muy diferente a la que el impugnante Giovanny Alejandro Criollo Mayorga ha pretendido darle, en especial en lo que se refiere al cuestionamiento de la prueba, que nada tiene que ver con los requisitos estudiados; sin embargo, sobre lo que ha manifestado el recurrente es menester analizar y señalar, en cuanto a que el artículo 157.2 del Código Orgánico Integral Penal establece como requisito que el daño produzca problema de funcionalidad en los ámbitos personal, laboral, escolar, familiar o social, y que el juzgador de instancia en ninguna parte de la sentencia ni en las pruebas valoradas ha establecido dicha afectación, más por el contrario, tomando en consideración que la disposición legal no exige que sean todos los ámbitos, sino al utilizar la letra *"o", "conj. disyunt. Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas"*[21], basta con que se cumpla una de las alternativas, lo cual sí se encuentra en la sentencia de marras conforme se analizó en el ítem ii) del numeral que antecede. Similar situación ocurre con lo atinente a las conductas observadas por el encartado, que de igual manera se analizó ut supra y se encuentra asentado por el tribunal de apelación.

Ha sido una constante en la fundamentación del recurso, que el procesado considera no se ha valorado debidamente, o no se ha analizado la prueba de su valoración psicológica efectuada por la doctora Martha Chochos, ni su propio testimonio, afirmación que no se corresponde con la verdad procesal, puesto que el tribunal ad-quem hace constar en la sentencia el contenido de estas pruebas y las examina, analiza y valora, sin que las considere suficientes para destruir la prueba de cargo en su contra, siendo improcedente su alegación.

El recurrente hace hincapié en que la formulación de cargos se hizo por el artículo 157.1 del Código Orgánico Integral Penal, pero que se le ha sentenciado por el artículo 157.2 ibídem, por lo que a su criterio se requería de una reformulación de cargos; sin embargo, sobre este tema es necesario anotar que, el ciudadano Giovanny Criollo Mayorga, en sede de apelación, realizó una alegación totalmente contraria, conforme se desprende del numeral Cuarto de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha:

> *"(…), la formulación de cargos se hizo en ese momento y se me acusó de la infracción contenida en el Art. 157.2 del COIP, la audiencia preparatoria de juicio se llevó a cabo y se me sentenció por el Art. 157.1 del COIP, violentando lo establecido en el Art. 603 del COIP, es decir sin que haya mediado audiencia de reformulación de cargos para el cambio de tipificación penal, pues el COIP obliga que se realice la reformulación de cargos cuando se hayan encontrado nuevos elementos, más no se lo hizo y se me procesó por el Art. 157.1; (…)".*

Sobre este tema el tribunal *ad-quem* ha realizado una clara explicación en el acápite v) del considerando 8.6 de su sentencia, al explicar el error de subsunción en que incurrió el tribunal a-quo, manifestando:

> *"Al respecto, es pertinente citar la sentencia No. 827-2013 de la Corte Nacional, que acoge el criterio emitido sobre el principio de congruencia en materia penal, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala: '…a) Principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia. 67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la 'acusación' en el debido proceso penal vis-a-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada, contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de*

[21] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Rotapapel S.L., 2001, Tomo 7, p. 1086.

defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales, previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre los hechos o circunstancias contempladas en la acusación…'".

En efecto, los "*hechos*" materia del enjuiciamiento, no se han alterado en ninguna etapa del proceso, y la sentencia versa respecto de ellos, conforme se explicó en el ítem ii) del considerando 2.6.4 ut supra, ya que en aplicación del principio iura novit curia, ha sido subsanada por el tribunal ad-quem, con el respectivo análisis de la prueba, con el cual este Tribunal de Casación concuerda. 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, de conformidad con el artículo 657.5.6 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad, resuelve declarar improcedente el recurso de casación planteado por el procesado GIOVANNY ALEJANDRO CRIOLLO MAYORGA, al no haber justificado debidamente el cargo de falta de motivación de la sentencia de apelación, sin que se haya advertido por parte de este Tribunal de cierre, errores de derecho que en virtud a su facultad oficiosa pueda declarar.- 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); Doctores Marco Rodríguez Ruiz. JUEZ NACIONAL; y, Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL.

XI
Juicio Nro. *17282-2017-01674*
Resolución Nro. *1275-2019*
Fecha: *jueves 8 de agosto del 2019, las 16h03*

TEMA: Si se ha comprobado la existencia de una circunstancia agravante, en este caso el haber actuado en pandilla, y tal como manda la norma, se ha aplicado para el autor el máximo de la pena privativa de libertad aumentada en un tercio, de ahí se debe partir para el cálculo de la pena que corresponde al cómplice.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

EL Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 17 de mayo de 2018, las 15h10, dictó sentencia en la que declaró a XXX, culpable en calidad de autor del delito de Homicidio tipificado y sancionado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42.1.a) ibídem, y al haberse justificado la circunstancia agravante establecida en el artículo 47.5 del mismo cuerpo normativo, se le ha impuesto la pena privativa de libertad de diecisiete (17) AÑOS cuatro (4) MESES, y multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general; y, en tanto que a los procesados XXX y XXX, culpables en calidad de cómplices del delito de Homicidio tipificado y sancionado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 43 ibídem, imponiéndoles la pena privativa de libertad de cuatro (4)AÑOS cuatro (4) MESES a cada uno y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general. Además, el pago de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US$10.000) al autor y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US $2500) a cada uno de los cómplices, por concepto de reparación integral. De este fallo, Fiscalía, acusación particular y el procesado XXX, interpusieron recurso de apelación

SÍNTESIS DE APELACIÓN

El 9 de octubre de 2018, las 11h19, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, negó los recursos interpuestos en consecuencia confirmó la sentencia subida en grado. En torno al análisis de la prueba realizada por el ad quem, determinó que la conducta de los sentenciados XXX y XXX, fue la de imposibilitar a los familiares del sujeto pasivo para que no impidieran el delito; es por ello que, aquello, no corresponde a una participación directa en el hecho, señalando enfáticamente que quien ejecutó la acción de matar fue el autor del hecho, quedando las demás acciones, bajo una complicidad, pues el sentido resolutivo del ad quem evidencia que los actos no constituían un aporte necesario para el resultado del delito, que se hubiese consumado muy a pesar de que los cómplices no hubieren participado; y con esas conclusiones que la Sala ha desarrollado, deja justificada la decisión sobre la subsunción del hecho al derecho en el tipo penal de homicidio que corresponde al caso; ya que, para el delito de asesinato, el Código Orgánico Integral Penal, contiene varias circunstancias que se deben cumplir, las mismas que se encuentran detalladas en el artículo 140 ibídem. El procesado y la acusación particular interponen recurso de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, resolvió declarar inadmisible el recurso de casación presentado por el procesado XXX; en tanto que, se admitió el recurso interpuesto por la acusadora particular XXX, únicamente al cargo atinente a la indebida aplicación de los artículos 43; 47 numeral 5; y, 144 del COIP.
El Tribunal de Casación evidencia que, en el razonamiento del Tribunal de Apelación, no se desprende que probatoriamente haya verificado aquellas circunstancias que el tipo penal de asesinato refiere para su configuración; por lo tanto, las alegaciones en torno a este primer punto analizado a raíz de las pretensiones de la impugnante, son improcedentes. En lo que tiene que ver al segundo aspecto, se ha ratificado una pena al autor del hecho correspondiente a diecisiete años, cuatro meses, en tanto que a los sentenciados por complicidad una sanción de cuatro años, cuatro meses. Entonces, tomando en cuenta el razonamiento del ad quem, en torno a la pena, considerando que se demostró una circunstancia genérica de la infracción como es el haber actuado en pandilla; al imponerse la pena mencionada en líneas anteriores respecto a los cómplices, constituye una indebida aplicación del artículo 43 del COIP parte final (el cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.); toda vez que, por la circunstancia agravante contenida en el artículo 47.5 ibídem, aplicada al autor del hecho, también debió ser tomada en cuenta para el grado de complicidad (norma a aplicarse); resultado de lo cual, el cálculo considerarse es la imposición de la pena de cinco años nueve meses, a los cómplices de la infracción por la agravante correspondiente; por lo que, este segundo reproche, si está debidamente justificado.
En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el artículo 657.5.6 del Código Orgánico Integral Penal, por unanimidad, acepta parcialmente el recurso interpuesto, por lo que se casa el fallo dictado el 9 de octubre de 2018, las 11h19, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al verificarse una indebida aplicación de la parte final del artículo 43 del COIP, cuando debió considerarse lo dispuesto en el artículo 47.5 ibídem para imponer la pena a los procesados como cómplices.
En virtud de aquello enmendando el error de derecho en cuanto a la dosificación punitiva, particularizada a los partícipes en grado de cómplices, se impone a los procesados, la pena privativa de libertad de cinco años nueve meses.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17282-2017-01674

Juez Ponente: Dr. Luis Enríquez Villacrés

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, jueves 8 de agosto del 2019, las 16h03.

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 Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, el 17 de mayo de 2018, las 15h10, dictó sentencia en la que declaró a CARLOS FERNANDO BARRIGA CARRILLO, culpable en calidad de autor del delito de Homicidio tipificado y sancionado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 42.1.a) ibídem, y al haberse justificado la circunstancia agravante establecida en el artículo 47.5 del mismo cuerpo normativo, se le ha impuesto la pena privativa de libertad de diecisiete (17) AÑOS cuatro (4) MESES,

y multa de sesenta salarios básicos unificados del trabajador en general; y, en tanto que a los procesados KEVIN DAVID QUINAPALLO TIPÁN y MARCO AURELIO JIMÉNEZ TORO, culpables en calidad de cómplices del delito de Homicidio tipificado y sancionado en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 43 ibídem, imponiéndoles la pena privativa de libertad de cuatro (4) AÑOS cuatro (4) MESES a cada uno y multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general. Además el pago de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US$10.000) al autor y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US $2500) a cada uno de los cómplice, por concepto de reparación integral. De este fallo, Fiscalía, acusación particular y el procesado Kevin David Quinapallo Tipán, interpusieron recurso de apelación.

1.2. El 09 de octubre de 2018, las 11h19, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, negó los recursos interpuestos en consecuencia confirmó la sentencia subida en grado.

Los hechos detallados conforme el Tribunal Ad-quem, medularmente se circunscriben a lo siguiente:

"(…) ANTECEDENTES: 3.1. Según la teoría del caso de Fiscalía, el día 18 de abril del 2017, a las 02h30, el señor Marco Antonio Abata, estaba descansando en su domicilio ubicado en las calles Balao y Palestina, sector del Panecillo, al escuchar que varias personas libaban en el exterior, dicho ciudadano salió para solicitarles que se retiren del lugar, momento en el cual los señores identificados como Chuky, Cepeda y colombiano, posteriormente identificados como Carlos Fernando Barriga Carrillo, Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro, lo llevan a una parte medianamente alumbrada, y le propinan 8 puñaladas retirándose del lugar, adecuando su conducta en el delito de asesinato, tipificada en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal, en el grado de coautores, quienes actuaron en pandilla y sobre seguro.- Por su parte la acusadora particular María Cristina Abata López, a través de su defensa técnica manifestó que demostrará que los señores Carlos Fernando Barriga Carrillo, Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro, adecuaron su conducta a lo establecido en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal, es decir en el delito de asesinato en contra del señor Marco Antonio Abata.- El procesado Marco Aurelio Jiménez Toro, a través de su defensa técnica manifestó que va a demostrar que su defendido el señor Marco Jiménez, se reunió con el señor Kevin Quinapallo y el señor Carlos Barriga para adquirir droga al señor Marco Antonio Abata y al recibir reclamos por no entregarles droga, el hoy occiso lo agredió con un machete a Carlos Barriga, mientras que Marco Jiménez intervino para evitar que Carlos Barriga sea agredido.- El procesado Carlos Fernando Barriga Carrillo, por intermedio de su defensa técnica manifestó que los señores Carlos Fernando Barriga Carrillo, Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro son consumidores por lo que acudieron donde el señor Marco Abata para adquirir la sustancia estupefaciente, en eso el señor Abata les dijo que lo esperen, posteriormente regresó sorpresivamente con una arma blanca en sus manos, agrediendo al señor Carlos Barriga, quien se defendió legítimamente actuado en legítima defensa.- El procesado Kevin David Quinapallo Tipán, a través de su defensa técnica manifestó que el señor Abata fue quien agredió al señor Carlos Barriga, sin tener él ninguna participación en la conducta acusada por Fiscalía.". (**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 08 de noviembre de 2018, las 10h13, dictado por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, por medio del cual se concede el recurso de casación interpuesto por el procesado Quinapallo Tipán Kevin David y la acusadora particular María Cristina Abata López.
- Sorteo de 26 de diciembre de 2018, realizado de la causa penal No. 17282-2017-01674, por la Presidencia de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, mediante el cual quedó radicada la competencia en éste Tribunal de Casación.
- Auto de fecha 29 de marzo de 2019, las 09h42, dictado por este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la que se resolvió declarar inadmisible el recurso de casación presentado por el procesado Kevin David Quinapallo Tipán; en tanto que, se admitió el recurso interpuesto por la acusadora particular

María Cristina Abata López, únicamente al cargo atinente a la indebida aplicación de los artículos 43; 47 numeral 5; y, 144 del COIP.

- Audiencia oral, pública y contradictoria de sustentación del recurso de casación, en la que fueron escuchados: El doctor Rigoberto Ibarra Arboleda y Ab. Cristina Molina, defensores de la acusadora particular; la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la señora Fiscal General del Estado; Abogada Mónica Campuez, defensora del procesado Kevin David Quinapallo Tipàn; el doctor Wilson Camino, Defensor Público en representación del procesado Carlos Barriga Carrillo; y, el doctor David Ballesteros, defensor del procesado Marco Aurelio Jimenez Toro.

1.3.1. Fundamentación del recurso por parte de la recurrente María Cristina Abata López, Acusadora Particular, por intermedio de su abogado defensor Dr. Rigoberto Ibarra Arboleda, quien señaló:

a) Que recurre de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 09 de octubre de 2018, las 11h19, con la que ratifica la sentencia dictada por el tribunal de juicio. En el caso, la persona que actúa como autor principal es el procesado Carlos Barriga Carrillo, a quien se le sentenció a diecisiete años de privación de libertad en por el delito de Homicidio, además al pago de diez mil dólares como reparación integral; no así a los otros dos procesados Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro a quienes se los ha sentenciado en calidad de cómplices del delito mencionado, de lo cual, existe una violación de derecho, por cuanto en la sentencia atacada, en su numeral séptimo, parte pertinente indica que es indudable que el procesado Kevin Quinapallo Tipán al igual que Marco Jiménez Toro impidieron a los familiares del occiso que lo saquen y así evitar su muerte, hecho incuestionable como lo justificaron los familiares del señor Abata, como son la señora Patricia Ruth Pazmiño, Karla Gabriela Cáceres Cruz, Patricio Santiago Cáceres Cruz, Oscar Togtaguano en sus testimonios, por ello el Tribunal A-quo los condenó en calidad de cómplices por el delito de Homicidio, por sus actos segundarios anteriores o simultáneos a la ejecución de la infracción y la aplicación que hace la Sala Penal es el artículo 43 en calidad de cómplices.

b) Existe una contravención expresa cuando se dicta la sentencia para el autor directo, al señor Carlos Barriga Carrillo y se le impone la pena de 17 años 4 meses, mientras que a los cómplices se les impone 4 años 4 meses, es decir que no existe una regulación en la parte definitiva de la sentencia, no se hace ninguna relación del por qué se rebaja la pena de esa manera, cuando lo correcto y actuando con congruencia, la pena sería de 9 años de la privación de la libertad para las dos personas cómplices, pero aplican el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, cuando lo correcto era aplicar el artículo 42 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, lo cual es una coautoría, esto por cuanto, el día 18 de mayo del 2017, a las 02h30 de la madrugada, en primera instancia llega el señor Quinapallo y el señor Jiménez hasta el domicilio del señor Abata, en el sector del Panecillo, quienes tratan de sacarle al señor Abata del domicilio, sin embargo, y al no hacerles caso, se retiran y regresan nuevamente acompañados del señor Carlos Barriga, en la cual vienen los tres procesados a cometer el acto delictivo. Cuando la víctima sale, lo atacan con arma blanca insertándole ocho puñaladas y los tres testigos manifestaron que las tres puñaladas coinciden con el arma del señor Barriga y que las otras cinco no coinciden, por tanto, se debió aplicar el artículo 42 numeral 3, que es el sancionarles como coautores del delito de asesinato y no por homicidio, conforme la gravedad de los hechos y la planificación del asesinato.

c) Existe una indebida aplicación de la Ley en la sentencia, es decir que se aplicó el artículo 43 en calidad de cómplices, cuando lo correcto era el articulo 42 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, pero además de ello en la sentencia principal al señor Carlos Barriga se refiere a que se le aplica el articulo 47 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, esto es una agravante, pero no se lo aplica a los procesados Quinapallo ni Jiménez, por tanto está claro que existe una indebida aplicación de la Ley en la sentencia.

d) No se está de acuerdo con la sentencia en la aplicación del artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, tipo penal de Homicidio, se debió aplicar el artículo 140 del COIP, ya que se colocó a la víctima en indefensión, inferioridad y se aprovecharon de la situación, esto es la madrigada, fueron tres personas armadas con el ánimo de quitarle la vida, en ese sentido, el numeral 4 de dicho artículo 140, establece el buscar con dicho propósito la noche y el despoblado; el numeral 6 establece el aumentar el dolor en la victima, cual es las ocho puñadas que el ocasionaron la muerte e impidieron a los familiares que le auxilien, de todo lo dicho, no corresponde el artículo 144 del COIP, sino el artículo 140 numerales 2, 4 y 6 del mismo cuerpo normativo.

En su derecho a la réplica manifestó que, Fiscalía ha dejado en claro que al autor principal del homicidio se lo ha sancionado con una pena privativa de libertad de 17 años 4 meses, como consecuencia de la agravante, pero que la misma no ha sido aplicada para los otros procesados.

Que la defensa del señor Marco Jiménez Toro ha hecho referencia a varios hechos, considerando que no es asesinato, sino homicidio, pero sobre ese error de derecho incurrido por el tribunal de juicio se ha tratado en otras instancias. Se ha manifestado que solamente las dos personas fueron a la casa del señor Abata, a comprar droga, eso no es lo correcto ya que tal argumentación no aparece en ninguna parte de la sentencia; la pelea y todas esas cosas no están claras, pero si se ha determinado que el autor es Aurelio Barriga, y con estos antecedentes ha quedado claro la indebida aplicación del artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, cuando lo correcto era la aplicación del 140 de la misma norma.

Solicita que se case la sentencia y se acepte el recurso de casación en favor de la acusadora particular.

1.3.2. Intervención de la Abogada Mónica Campuéz, en representación del procesado Kevin David Quinapallo Tipán:

a) Tanto el tribunal penal como la Corte Provincial, han mantenido una pena referente a Kevin Quinapallo, pena que ha sido analizada en su época debida, en tal sentido, se debe mantener la pena impuesta.

En su derecho a la réplica señaló que, si bien es cierto existe un tercer testigo que no tiene nada relación con los procesados, ni con la acusadora particular, ha manifestado, ha manifestado que quien tuvo el acceso directo a la pelea fue el occiso con el señor Carlos Barriga Carrillo, que en ningún momento este testigo ha manifestado que los señores impidieron, más aún con un cuchillo, que ayudaran al occiso, al contrario, habla de ayuda que prestó Kevin Quinapallo a favor del occiso, pero de ello nada se ha hablado.

1.3.3. Intervención del Doctor Wilson Camino, Defensor Público, en representación del procesado Carlos Barriga Carrillo:

a) Que la conducta de su defendido se encuentra establecida en el artículo 140 Código Orgánico Integral Penal, y no en la del artículo 144 ibídem. La recurrente trata de que se analice la prueba, pretende que se analice los hechos, lo cual no es pertinente.

b) La recurrente debía indicar el cómo influye en la sentencia el error alegado, lo cual no ha sucedido, no ha indicado el por qué y de qué forma influye en la decisión, por lo tanto, falta uno de los requisitos que menciona la misma Corte Nacional sobre la admisión del recurso. Es claro que se está hablando de dos tipos penales diferentes y en relación a la pena se debía haber establecido por parte del recurrente que no estaríamos frente a un delito de homicidio sino de asesinato, que las circunstancias se debieron a una planificación, pero que el mismo debía ser demostrado con anterioridad, el cómo se planifico el supuesto delito de asesinato, hecho que no ocurrió porque el occiso baja de su vivienda con un machete y ataca al señor Carlos Barriga, es decir no existió una planificación, tanto es así que su defendido tiene heridas de defensa. No se puede indicar que se ha cometido el delito de asesinato colocando a la víctima en estado de indefensión porque la pelea fue entre el hoy occiso y mi defendido. El procesado subió a proveerse de drogas puesto que el occiso era quien proveía de esas substancias a las personas.

En su derecho a la réplica, señaló que de la sentencia del Tribunal, no se observan circunstancias agravantes constitutivas el delito de asesinato, por lo que se ratifica en que no existió ninguna agravante.

Solicita que no se acepte el recurso de casación y se confirme la sentencia.

1.3.4. Intervención del Doctor David Ballesteros, en representación del procesado Marco Aurelio Jiménez Toro:

a) Conforme la exposición de la acusadora particular, busca la modificación del grado de participación de su defendido, el señor Marco Aurelio Jiménez Toro, esto es de cómplice a coautor, lo cual deviene en improcedente por la simple y llana razón de que no se puede cambiar los hechos que fueron motivo del fallo que se dictó en primera y segunda instancia; que al manifestar que tuvo una participación mayor a la que ya se dio por probada, pidiendo que al procesado se lo condene por un hecho de mayor gravedad, lo cual de ninguna manera se estaría de acuerdo ya que los hechos fueron demostrados en su debido momento. Que el grado de participación de su defendido fue de cómplice y así se lo consideró en el Tribunal de primera y segunda instancia. Se estableció que el señor Marco Aurelio Jiménez Toro lo que hizo fue impedir que los familiares del occiso intervengan para socorrer a la víctima, y esos hechos están ya debidamente dilucidados en su instancia correspondiente. Se demostró así mismo que mi defendido no tuvo participación en la muerte como tal, por lo tanto no incidió en agresiones en contra del occiso, sino solo impidió a través de un cuchillo sosteniendo y amedrentando a la gente que estaba en la parte superior de las escaleras para que no intervengan en favor del occiso que lógicamente murió gradas más abajo, por la participación directa únicamente del señor Carlos Barril. Se ha pedido por parte de la acusación particular que se incremente la pena porque se ha manifestado que no guarda relación con el grado de complicidad del delito de homicidio con la agravante genérica del artículo 47.5 del Código Orgánico Integral Penal y al respecto la Corte Provincial estableció en su fallo de segunda instancia, y era en ese momento en que la acusación particular debía pedir que se incremente la pena; que se señala en la sentencia de la Corte Provincial como alegación de la acusadora particular que, "si no se hubiera impedido su ayuda, no se hubiera ocasionado su muerte", por lo que el actuar de los señores Kevin Quinapallo Tipán y Marco Jiménez Toro no se encuadraría como coautores; circunstancias que la Corte Provincial ha indicado que no fue materia de la impugnación en su debido momento, y como tal, el Tribunal de alzada no puede modificar la pena por lo que no se puede pretender en casación, considerar un argumento que no fue planteado en el momento oportuno.

b) Que la sentencia de la Corte Provincial contiene un silogismo lógico entre los hechos que fueron probados y la conclusión a la que han llegado, imponiéndole a su defendido la pena de 4 años 4 meses en calidad de cómplice.

En su derecho a la réplica señaló que, no se debe declarar admisible un recurso de casación que contenga pedidos de revisión de hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba, se pretende que se cambie de cómplice a coautor la participación de su defendido, lo que implica determinar la existencia de nuevos hechos que en su momento ya fueron dilucidados en la instancia correspondiente; además se pretender que se cambie el tipo penal a asesinato lo que significa añadir nuevos hechos. Con respecto al quantum de la pena, es la correcta, de acuerdo a la calidad de cómplice con la que ha sido sentenciado su defendido, que no existió agravantes constitutivas del delito de asesinato.

Solicita que la pretensión de la recurrente sea rechazada, y se confirme la sentencia subida en grado en todas sus partes.

1.3.5. Intervención de la doctora Paulina Garcés Cevallos, delegada de la Fiscalía General del Estado:

a) Con los argumentos expuestos, de que está probado que el señor Marco Aurelio Jiménez Toro impidió a los familiares de la víctima que puedan defenderlo y evitar su muerte; que el médico legista ha establecido que de todas las puñaladas que tiene la víctima, solamente tres corresponden al arma de quien está señalado como autor directo y el resto de puñaladas corresponden a las otras personas; que los testigos han indicado que el señor Jiménez Toro y el señor Quinapallo Tipán utilizaron también estas armas, circunstancias que nos ponen frente a otra realidad que pasa a ser error de derecho, al existir autoría directa y no secundaria, por

tanto hay una indebida aplicación del artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, cuando lo correcto era aplicar el artículo 42 de ese mismo cuerpo legal.

b) La acusadora particular, a través de sus abogados, tendría razón al momento en que señala que la participación de estas personas no fue una participación secundaria, sino directa, tal como lo ha señalado la defensa de uno de los procesados, que los elementos de la participación no han sido analizados dejándolos a un lado, cuando claramente se establece una participación en la forma de la coautoría que es quienes coadyuven a la ejecución de un modo principal practicando deliberada e intencionalmente un acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción, cuando se menciona que una persona evitó que las personas fueran a auxiliar a la víctima. Se ha referido también que hay una pena impuesta de 4 años 4 meses, pero se debió aplicar lo que dispone el artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal, de ahí que se tendría que aplicarse la pena establecida como coautores del delito de homicidio, lo que debe ser modificada más allá del respeto al principio del *no reformatio in peius*; siendo la acusación la única recurrente, se podría modificar la pena.

c) También se ha indicado la norma del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal, como circunstancias agravantes genéricas y en este caso, se ha señalado que son circunstancias agravantes el cometer la infracción entre dos o más personas, esto es pandilla, y esto fue destacado por el acusador particular, al respecto, el error de derecho proviene desde la sentencia del Tribunal de Garantías Penales donde se considera para el autor, el señor Barriga Carrillo, se ha justificado la agravante establecida en el 47.5 del cuerpo normativo del Código Orgánico Integral Penal, pero para el caso de los señores Quinapallo Tipán y Jiménez Toro, para ellos en cambio no existe esa agravación de pandilla, lo cual es un error de derecho evidente, porque las circunstancias agravantes debían haber sido aplicadas a todos los partícipes del hecho.

Concluye solicitando que se rectifique los errores de derecho evidenciados, aceptando el recurso interpuesto por la acusadora.

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 Edgar Flores Mier, 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 656 del Código Orgánico Integral 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.

El autor 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 Rave, en la obra Procedimiento Penal Colombiano, agrega que el recurso extraordinario de casación "*es el que se utiliza contra sentencias de segunda instancia que se consideran violatorias de la ley. No origina una tercera instancia que no existe; en casación no pueden volverse a debatir los hechos que ya han sido juzgados en las dos instancias. Simplemente se trata de un recurso mediante el cual se confronta la sentencia con la ley para concluir si aquella se ciñó a ésta y tiene validez jurídica*."[2].

En 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 la defensa de la recurrente María Cristina Abata López, Acusadora Particular.

Para proporcionar un análisis completo sobre el fundamento del recurso, es pertinente agolpar en un hilo argumentativo, todas las pretensiones impugnatorias que giran en torno al objetivo de quien ha objetado el fallo de apelación; así tenemos que:

El argumento expuesto por la defensa de la recurrente, a fin de justificar las alegaciones admitidas a trámite, esto es, indebida aplicación de los artículos 43; 47 numeral 5; y, 144 del COIP, consistió en determinar que la pena impuesta al procesado Carlos Barriga es de 17 años de privación de la libertad cuestionando sobre la reparación integral. Se refirió sobre las otras 2 personas que fueron procesadas y que tuvieron la calidad de cómplices. Refiere que en el considerando séptimo de la sentencia es donde se enfoca la argumentación. Hace una exposición fáctica indicando que fueron las dos personas declaradas como cómplices los que imposibilitaron a los familiares de la victimas a intervenir y participar para que se ejecute el acto, y le aplicaron en sentencia la descripción de participación como cómplices de esa actuación. Destaca que la pena que se les impuso fue de 4 años 4 meses a los cómplices, recalcando que la pena no debía ser esa, sino una pena superior porque considera que el grado de participación era de autores. En ese contexto, se debía aplicar lo que dispone el artículo

[1] Orlando Rodríguez Choconta, "CASACIÓN Y REVISIÓN PENAL", Editorial Temis, Bogotá, 2008, pág. 67.
[2] Gilberto Martínez Raye. 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.

42.3 del Código Orgánico Integral Penal porque de acuerdo al criterio del recurrente coadyuvaron eficientemente para la realización de la infracción de la privación de la vida. También, destaca la recurrente que efectivamente al señor Barriga se le consideró la existencia de una circunstancia agravante genérica en su contra, la cual fue el haber actuado en pandilla, no operando lo mismo con las otras dos personas procesadas.

En consecuencia, considera que el tipo penal por el cual debió haberse declarado la culpabilidad era lo dispuesto en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, el delito de asesinato, y no como se los declaró culpables por el delito de homicidio.

Filtrando aquellas argumentaciones con el objeto de extraer el fin perseguido por la parte recurrente, tenemos dos aspectos que se pueden relievar:

I. La participación de los sujetos intervinientes, en su conjunto fue de coautores, lo que implica que aquello se ajusta a lo que dispone el artículo 42.3 del COIP, respecto de un delito de asesinato y no de homicidio, por existir varias agravantes constitutivas de la infracción.

II. La pena aplicada a los cómplices no es la correcta, pues dadas las circunstancias de la infracción; ésta debe ser superior.

Resumido aquello, en cuanto al primer punto, debemos partir del contenido normativo de lo que dispone el artículo 43 del COIP, que señala:

> "Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. (…). El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor."

En relación a lo señalado, la acción que despliega el autor del hecho será siempre típica, por así estar normado en el Código, como una conducta penalmente relevante; entonces, en la intervención sobre la comisión de un delito, no es que se considere desde el punto de vista del sistema unitario, autor a todo interviniente en el hecho, sino, según las características del acto del sujeto o sujetos que intervienen, que para el contenido de la norma citada *supra*, implica que las acciones de la persona que no son quienes cometen la infracción, ejecutan ciertos actos simultáneos, anteriores o secundarios a la ejecución del delito, siempre que de aquellos actos no dependa el resultado final, que implica que éste, se produce en el tiempo y espacio, aún sin la intervención del resto de sujetos, ya que éstos tuvieron una participación limitada (no de ejecución directa del acto).

Entonces, tenemos que el delito por el cual fueron sentenciados los procesados en distintos grados de participación, es el contenido en el artículo 144 del COIP, que señala:

> *"La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años."*

Tipicidad de la conducta: En su parte objetiva del tipo, está constituida por aquella acción de matar (verbo rector) ligados por una relación de causalidad, con el ingrediente subjetivo dolo[4], que implica conocimiento y voluntad de aquellos elementos objetivos, que justifica la voluntad de haber querido dar muerte a otra persona, y seguido a ello, en el esquema de la **antijuridicidad** se pueda considerar que aquel acto sea contrario a derecho pues se está lesionando un bien jurídicamente protegido (vida), tanto formal (mera oposición a la norma -desvalor de acto-) y materialmente, que constituye la lesión propiamente dicha del bien tutelado (desvalor de resultado); y, finalmente se pueda reprochar aquella acción como un juicio de reproche dentro del esquema de la **culpabilidad**, por verificarse los elementos de imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad del acto.

Así las cosas, aquel análisis siempre se hará en relación a la conducta de cada uno de los intervinientes en el acto, pues, aquello es el objeto de análisis de la autoría y participación, lo que implica que, desde el punto de vista del razonamiento jurídico de subsunción del hecho al derecho, es donde se debe estudiar cada acto ejecutado; en ese contexto, en el presente caso tenemos que en el fallo recurrido, para desvanecer la tesis de que la infracción se trata de homicidio y no asesinato se ha expuesto

[4] Código Orgánico Integral Penal. "Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño."

que no han existido circunstancias para que el delito más grave se haya configurado, por cuanto, del caudal probatorio que se ha valorado por parte del *ad quem* en especial de la prueba testimonial se han expuesto varias situaciones entre ellas:

- Que el hoy occiso estuvo sobre el autor del delito, habiéndole propinado lesiones a su humanidad, puesto que, la víctima salió de su domicilio armado con un palo.
- Que los acusados de cómplices impidieron a los familiares de la víctima intervengan en la situación de pelea que se llevó a cabo entre el autor y el sujeto pasivo de la infracción.

Merced de lo dicho, tales situaciones se las puede verificar plasmadas en el razonamiento aplicado en el fallo, donde se ha analizado esencialmente un testigo que presenció el hecho por haber estado a poca distancia de éste, y justamente aquello se desprende en el contenido del considerando OCTAVO, de donde se puede leer lo siguiente:

> {"Testimonio de Oscar Giovanny Toctaguano Navarrete, que contradice lo aseverado por los familiares del occiso: Patricia Margoth Cruz Pazmiño, esposa de Marco Abata; Karla Gabriela Cáceres Cruz; y, Patricio Santiago Cáceres Cruz, en sus respectivos testimonios, en los que refirieron en resumen que Kevin Quinapallo y Marco Jiménez Toro, les amenazaron con cuchillos, y que Carlos Barriga dijo "valió verga este hijo de puta", por lo que bajaron corriendo Kevin Quinapallo y Marco Jiménez para apuñalarle y patearle a Marco Abata, quien se encontraba en el descanso, a unas 60 gradas de distancia. Nótese que el testigo presencial Oscar Giovanny Toctaguano Navarrete que se encontraba a 3 metros de distancia de donde se encontraban Patricia Margoth Cruz Pazmiño, esposa de Marco Abata; Karla Gabriela Cáceres Cruz; y, Patricio Santiago Cáceres Cruz, así como los procesados Kevin Quinapallo y Marco Jiménez, no observó que éstos tengan cuchillos, lo que sí visualizó y escuchó es que todos ellos discutían pero arriba de las gradas, mientras que el homicidio se perpetró a unas 65 gradas de distancia (abajo) contadas a partir del descanso de la casa del occiso, pudiendo visualizarse en el lugar a unos 10 metros de distancia por la falta de alumbrado público como lo refirió en su testimonio David Alberto Gutiérrez Cando, y según lo mencionó Oscar Giovanny Toctaguano Navarrete, el lugar estaba nublado. Por todo lo expuesto, es indudable que el recurrente Kevin Quinapallo Tipán al igual que Marco Jiménez Toro, impidieron que los familiares del occiso lo socorran para evitar su muerte, esto es un hecho incuestionable, y así lo justificaron los familiares de Marco Abata, señores: Patricia Margoth Cruz Pazmiño, Karla Gabriela Cáceres Cruz; y, Patricio Santiago Cáceres Cruz Oscar Toctaguano, en sus testimonios, por ello, el Tribunal A quo los condenó en calidad de cómplices del delito de homicidio, dado que en forma dolosa realizaron actos secundarios anteriores o simultáneos a la ejecución de la infracción penal, de tal forma que aún sin esos actos, la infracción se habría cometido. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por Kevin Quinapallo Toro, mediante el cual pretende que se le ratifique su estado de inocencia, pero si se toma en cuenta la segunda pretensión del recurrente que tiene que ver a que "en el peor de los casos se confirme la sentencia venida en grado"} (sic.).-

Y seguido a ello, se concluyó con lo que sigue:

> "En relación al recurso de apelación planteado por la acusadora particular María Cristina Abata López, ésta constriñó su recurso en el hecho de que el tipo penal por el que sentenció el Tribunal no está acorde con la realidad, ya que se cumplen los presupuestos del Art. 140, numerales 2 (colocar a la víctima en indefensión), 4 (buscar a propósito la noche o el despoblado), 5 (utilizar medios para causar grandes estragos) y 6 (aumentar deliberadamente e inhumanamente el dolor de la víctima) del COIP. Y al hecho de que no está de acuerdo con el grado de complicidad de Kevin Quinapallo y Marco Jimenez, quienes según lo previsto en el Art. 42 numeral 3 del COIP, coadyuvaron a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción, que es lo que ejecutaron los dos procesados, considerados como cómplices, por lo que solicita que se revoque la sentencia para que les sentencie a los señores Marco Jiménez y Kevin Quinapallo en el grado de coautores. Y que existen las

suficientes pruebas para declarar la culpabilidad de los tres procesados del delito antes indicado. En esta misma línea sustentó el recurso de apelación el Dr. Ramiro Freire Valdiviezo, Fiscal de Pichincha, quien manifestó que el Tribunal A quo, declaró la culpabilidad de los procesados en base a un tipo penal que no se ajusta a la realidad procesal; que Carlos Barriga le propinó puñaladas a Marco Abata, y le dijo "este viejo ya vale verga", luego los otros dos procesados bajaron y apuñalaron a Marco Abata y le escupieron, es decir, los tres procesados le apuñalaron, hecho que fue observado por familiares del occiso y por Patricio Caiza y Christian Llumiquinga. Fiscalía acusó por el delito de asesinato previsto en el Art. 140 los numerales 4 (buscar de propósito la noche y el despoblado) del COIP; No. 5. Cometer la infracción con presencia de dos o más personas; No. 6, así también se aumentó deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima; No. 7. Cometer la infracción con ensañamiento; y, se aprovecharon de las condiciones personales de la víctima por su edad y por el hecho que el procesado no tenía dos dedos. Argumentos de la acusadora particular y del Fiscal que determinaron, que soliciten que la sentencia sea revocada por considerar que el tipo penal aplicable al caso es el de asesinato; y, en lo que corresponde a Kevin Quinapallo y Marco Jiménez, los dos recurrentes antes mencionados solicitaron que se les sentencie por el delito de asesinato, al igual que a Carlos Barriga, a quienes se les debería imponer el máximo de la pena aumentada en un tercio por existir agravantes. Petición a la que se opusieron los procesados, así, Kevin Quinapallo dijo no haber intervenido en el delito por lo que solicitó que se declare su estado de inocencia; el procesado Marco Jiménez, dijo que su actuación fue impedir que los familiares y moradores socorran a la víctima, pero que el señor Carlos Barriga pudo terminar con la vida de Marco Abata así él no hubiese intervenido; y, el procesado Carlos Barriga, manifestó que él fue agredido por Marco Abata, por eso tenía heridas causadas por un instrumento de borde y filo. Analizadas estas argumentaciones, las mismas que han sido confrontadas con la sentencia impugnada, especialmente con las pruebas de cargo y de descargo presentadas por los sujetos procesales en la audiencia de juicio, este Tribunal de Alzada, empieza refiriéndose a la principal alegación de los recurrentes (acusadora particular y Fiscal) de que el tipo penal aplicable al caso es el de asesinato, previsto en el Art. 140, numerales 2 (colocar a la víctima en indefensión), 4 (buscar a propósito la noche o el despoblado), 5 (utilizar medios para causar grandes estragos) y 6 (aumentar deliberadamente e inhumanamente el dolor de la víctima) del COIP, y no el delito de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 144 del COIP por el cual sentenció el Tribunal A quo a los tres procesados, en sus diferentes grados de responsabilidad; así, Carlos Fernando Barriga Carrillo, fue considerado autor directo del mencionado delito, por lo que se le impuso la pena de 17 años 4 meses de privación de libertad por existir la agravante del Art. 47 numeral 5 del COIP, mientras que los procesados Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro, fueron considerados cómplices del mencionado delito por lo que se les impuso la pena de 4 años 4 meses de privación de libertad. Al respecto este Tribunal de Alzada considera que de la prueba de cargo presentada por Fiscalía, especialmente con los testimonios de los familiares del occiso Marco Abata Maigua, señores: Patricia Margoth Cruz Pazmiño, Karla Gabriela Cáceres Cruz, Patricio Santiago Cáceres Cruz y del menor de edad Marco Antonio Abata Cruz, se desprende que los hechos se suscitaron el día 18 de abril del 2017, en horas de la madrugada y que los procesados Carlos Barriga y Marco Jimenez, a eso de las 02h30 aproximadamente, acudieron al domicilio de Marco Abata Maigua, ubicado en el sector de El Panecillo, a provocarle para que salga, al no hacerlo se han retirado y han vuelto acompañados de Kevin Quinapallo, como lo refirió en su testimonio Karla Gabriela Cáceres Cruz; así también Patricio Santiago Cáceres Cruz, en su testimonio refirió que el día de los hechos, se encontraba en la casa ubicada en el Panecillo cuando escuchó que golpeaban la puerta y que preguntaban por Marco, manifestándoles su hermana que no estaba,

retirándose esas personas, pero luego de 15 minutos han regresado gritando "sal Marco Abata", buscando pelea, procediendo Marco Abata a salir con un palo para decirles que no hagan bulla y que no fumen droga, produciéndose un enfrentamiento con Carlos Barriga y producto del mismo Carlos Barriga le propinó puñaladas a Marco Abata, diciendo Barriga "valió verga este viejo", heridas letales que le produjeron a Marco Abata laceración de pulmón y de corazón que desencadenaron en una hemorragia interna que le ocasionó la muerte, siendo Carlos Fernando Barriga Carrillo, autor directo del delito de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 144 del COIP; delito que fue presenciado por los señores Paúl Patricio Chicaiza Cueva y Christian Santiago Llumiquinga Anangonó, quienes manifestaron que el día de los hechos, fueron a cobrar un dinero por lo que se dirigieron al Panecillo en una moto, luego subieron unas gradas y observaron que existía una pelea entre dos personas que bajaban las gradas, estuvieron a unos ocho metros de distancia aproximadamente y vieron como una persona apuñalaba la una a la otra, y que le dijo "este viejo valió verga", y que en el lugar habían otras personas. Testimonios de todos los testigos presenciales que determinan que Carlos Fernando Barriga Carrillo fue quien mató a Marco Abata Maigua, el día y hora de los hechos, situación que la confirmó la señora Adriana Maigua Jerez, quien en resumen dijo que su conviviente Carlos Barriga el día 18 de abril del 2017, a eso de las 03h00, llegó y le dijo que venía matando a su tío Marco (Abata), y que a las 08h00, su conviviente le apuñaló a ella. La pretensión de la acusadora particular y del señor Fiscal se refirió específicamente a que el tipo penal aplicable al caso es el de asesinato, previsto en el Art. 140, por configurarse los numerales 2, 4, 5 y 6 del COIP, y no el delito de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 144 del COIP por el cual sentenció el Tribunal A quo a los tres procesados. Al respecto, de la prueba analizada no se observan circunstancias agravantes constitutivas del delito de asesinato, por ello, el tipo penal aplicable al caso es el de homicidio tipificado y sancionado en el Art. 144 *ibídem*, porque en el presente caso se cumplió el verbo rector "matar" a otra. No constituyó una pretensión de la acusadora particular y del señor Fiscal que se incremente la pena en un tercio, a los procesados Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro, en sus calidades de cómplices como los consideró el Tribunal A quo en la sentencia impugnada-, tomando en cuenta para ello, la pena máxima prevista en el tipo penal, como lo establece el Art. 44 inciso tercero del COIP, ya que al procesado Carlos Fernando Barriga Carrillo, autor del delito de homicidio, se le aplicó la agravante no constitutiva o modificatoria de la infracción, establecida en el Art. 47.5 del COIP, por tal motivo este Tribunal de Alzada no puede pronunciarse sobre tal aspecto, porque se debe resolver en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas por las partes como lo determina el Art. 654 numeral 6 del COIP, en concordancia con el Art. 140 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, y lo mencionado no fue objeto de la impugnación." (sic.)

Entonces a nivel probatorio, lo que el Tribunal de Apelación ha justificado es la conducta de matar, ejecutada por el procesado Carlos Barriga Carrillo; puesto que, en el momento en que se estaba desarrollando la infracción, este recibió lesiones por parte del hoy occiso; de ahí que, conforme la prueba así lo señala en torno al análisis que ha realizado el *ad quem*, los sentenciados Kevin David Quinapallo Tipán y Marco Aurelio Jiménez Toro, su conducta fue de imposibilitar a los familiares del sujeto pasivo para que no impidieran el delito; es por ello que, aquello, no corresponde a una participación directa en el hecho, ya que el Tribunal de segundo nivel ha sido enfático en señalar que quien ejecutó la acción de matar fue el autor del hecho, quedando las demás acciones conforme se ha señalado anteriormente, bajo una complicidad, pues el sentido resolutivo del *ad quem* evidencia que los actos no constituían un aporte necesario para el resultado del delito, que se hubiese consumado muy a pesar de que los cómplices no hubieren participado; y con esas conclusiones (estudio factico y probatorio que este Tribunal de Casación no puede volver a valorar por prohibición expresa) que la Sala ha desarrollado, deja justificada la decisión sobre la sub-

sunción del hecho al derecho en el tipo penal de homicidio que corresponde al caso; ya que, para el delito de asesinato, el Código Orgánico Integral Penal, contiene varias circunstancias (entre ellas las que la recurrente ha citado como realizadas en la infracción) que se deben cumplir, las mismas que se encuentran detalladas en el artículo 140 ibídem:

> "1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano. 2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación. 3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas 4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado. 5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos. 6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima. 7. Preparar, facilitar, consumar u ocultar otra infracción. 8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción. 9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública. 10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido."

En la obra de Derecho Penal de Edgardo Alberto Donna, respecto de este tipo de infracción, se encuentra el siguiente criterio: *"(…) El concepto básico de este tipo penal puede definirse como la causación de la muerte de un hombre por otro, sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio(…)"*[5]; seguido a ello, el tratadista sobre las circunstancias agravantes del homicidio que en nuestra normativa se tipifican como delito de asesinato, explica en la página 111 de la citada obra que: "*(…) El autor debe haber querido matar con el medio que crea un peligro común (…)";* de ahí que, en el razonamiento Tribunal de Apelación, no se desprende que probatoriamente haya verificado aquellas circunstancias que el tipo penal de asesinato refiere para su configuración; por lo tanto las alegaciones en torno a este primer punto analizado a raíz de las pretensiones de la impugnante, son improcedente. En lo que tiene que ver al segundo aspecto, se tiene que se ha ratificado una pena al autor del hecho correspondiente a diecisiete años, cuatro meses, en tanto que a los sentenciados por complicidad una sanción de cuatro años cuatro meses; entonces, tomando en cuenta el razonamiento del *ad quem* para haber declarado la verificación del delito cometido, aquella ratificación plasmada en el contenido del fallo, en torno a la pena, considerando que se demostró una circunstancia genérica de la infracción como es el haber actuado en pandilla; al imponerse la pena mencionada en líneas anteriores respecto de los cómplices, aquello constituye una indebida aplicación del artículo 43 del COIP parte final (El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.); toda vez que, por la circunstancia agravante contenida en el artículo 47.5 ibídem, aplicada al autor del hecho, esta situación también debió ser tomada en cuenta para el grado de complicidad (norma a aplicarse); resultado de lo cual, el cálculo considerarse es la imposición de la pena de cinco años nueve meses, a los cómplices de la infracción por la gravante correspondiente; por lo que, este segundo reproche, si está debidamente justificado.

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 y 6 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve:

a) Aceptar parcialmente el recurso interpuesto, por lo que se casa el fallo dictado el 9 de octubre de 2018, las 11h19, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de

[5] DONNA, Alberto: Obra citada, Parte Especial, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 3ra Edición act., 2007 pág. 21.

Pichincha, al verificarse una indebida aplicación de la parte final del artículo 43 del COIP, cuando debió considerarse lo dispuesto en el artículo 47.5 ibídem para imponer la pena a los procesados como cómplices.

b) En virtud de aquello enmendando el error de derecho en cuanto a la dosificación punitiva, particularizada a los partícipes en grado de cómplices, se impone a los procesados KEVIN DAVID QUINAPALLO TIPÁN y MARCO AURELIO JIMÉNEZ TORO, la pena privativa de libertad de cinco años nueve meses.

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. Edgar Flores Mier, JUEZ NACIONAL; Dr. Miguel Jurado Fabara, JUEZ NACIONAL.

XII
Juicio Nro. *18281-2016-00094*
Resolución Nro. *1602-2019*
Fecha: *miércoles 18 de diciembre del 2019, las 15h05*

TEMA: En el delito de secuestro, para que prospere la acusación y posterior condena, debe darse por probado conforme a los hechos materia del enjuiciamiento, que el procesado actuó con conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo del injusto, esto es privar de la libertad, retener, ocultar, arrebatar o trasladar a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El 11 de junio del 2015 en la ciudad de Baños, la familia XXX, se pone de acuerdo en brindar atención psicológica a la señora XXX, por los trastornos de conducta que presentaba desde hace varios años atrás, ya que en más de una ocasión había proferido violencia, tanto física, cuánto verbal en contra de su madre y una de sus hermanas. En ese contexto se la trasladó a la Clínica" La Fortaleza", lugar donde pasó 17 días, en los cuales se realizaron actividades propias para su rehabilitación. En los testimonios rendidos por sus hijos, mencionaron que durante los 17 días de internamiento en dicho centro, hablaron dos o tres veces con ella, porque sabían dónde estaba internada y que incluso cuando se encontraba bien, salían de paseo los fines de semana.

El 19 de junio de 2017, las 15h38, el Tribunal de Garantías Penales, con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, ratifica el estado de inocencia de los procesados XXX, por cuanto su actuar no se adecúa al tipo penal de secuestro ya que no existió dolo; no existiendo por lo tanto los elementos de tipicidad y antijuricidad de los que se les acusa. De dicha sentencia, tanto el agente fiscal, como la acusadora particular, interponen recurso de apelación.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

El 8 de noviembre de 2017, las 16h17, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, acepta los recursos de apelación, por cuanto lo argumentado por los procesados al referir que obraron para ayudar a la víctima, equivaldría a tener derecho para privar de la libertad a cualquier persona, como por ejemplo en la comisión de un delito flagrante, o con orden de autoridad competente. Se ha discutido también de que la víctima consintió o no en dirigirse al centro de rehabilitación, circunstancia que no se ha probado, pues el testimonio de la víctima, fue corroborado por testigos, cuyos testimonios no han sido impugnados, ni objetados, además hay el respaldo científico del testimonio del Dr. XXX, para determinar que lo declarado por la víctima se compadece con su pericia, dejando a todas luces comprendido que no hubo consentimiento ni en el traslado ni en la permanencia en el Centro de Rehabilitación denominado La Fortaleza, pues se trata de un delito cuya esencia está en ir en contra de la voluntad de la víctima, que se manifiesta en la voluntad de oposición, y más aún en la ausencia de una voluntad favorable.

El Tribunal revoca la sentencia subida en grado; y, en su lugar, dicta sentencia condenatoria en contra de los procesados, por considerarles autora mediata y autores directo,

del delito tipificado y sancionado en el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal; en tal virtud, tomando en cuenta la agravante contemplada en el artículo 47.5 ibídem, les impone a todos los procesados la pena privativa de libertad de nueve años, cuatro meses y el pago de la multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme lo prevé el artículo 70.8 del COIP; además, a manera de reparación integral, el tribunal a quo ordena el" pago a la víctima para su tratamiento Psicológico hasta el total restablecimiento, el de dos mil dólares americanos, y el de pedir disculpas públicas en el diario de mayor circulación de la provincia de Tungurahua". Inconformes con esta decisión, los procesados, así como la acusadora particular, plantean recursos de casación.

SÍNTESIS CASACIÓN

Mediante auto expedido el 2 de julio de 2019, las 10h46, el Tribunal de Casación admitió a trámite los recursos formulados por los procesados, por el cargo de contravención expresa del texto de los artículos 29 y 455 del COIP; así como también de otro de los procesados, por el reproche de errónea interpretación del artículo 161 ibídem; en tanto que, inadmitió el recurso casacional propuesto por la acusadora particular. El Tribunal en sentencia de mayoría, desecha los recursos de casación, y de oficio casa la sentencia, indicando que el Tribunal de Apelación no logró configurar y justificar razonadamente todos los elementos constitutivos del delito de secuestro, en especial,el elemento de la tipicidad subjetiva, relativo al dolo. El Tribunal de Casación encontró que no se ha acreditado que alguno de los casacionistas haya tenido el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo del injusto de secuestro; por el contrario, los recurrentes frente al comportamiento agresivo de la supuesta víctima, estimaron pertinente reinsertarla en el seno familiar, para lo cual coadyuvaron a que reciba tratamiento médico especializado. De oficio se casó la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, por indebida aplicación del artículo 161 del COIP,cuando la norma correcta que debió utilizar el juzgador ad quem, es el artículo 76.2 de la CRE; ratificando así el estado de inocencia de los procesados.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 18281-2016-00094

Juez Ponente: Dr. Marco Rodríguez Ruiz

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, miércoles 18 de diciembre del 2019, las 15h05.-

VISTOS:

ANTECEDENTES: El 19 de junio de 2017, las 15h38, el Tribunal de Garantías Penales, con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, ratifica el estado de inocencia de los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman.

De dicha sentencia, tanto el agente fiscal, como la acusadora particular Jesús Carmen Cárdenas Freire, interponen recurso de apelación.

El 8 de noviembre de 2017, las 16h17, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, acepta los recursos de apelación, revoca la sentencia subida en grado; y, en su lugar, dicta sentencia condenatoria en contra de los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, por considerarles autora mediata y autores directos, respectivamente, del delito tipificado y sancionado en el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); en tal virtud, tomando en cuenta la agravante contemplada en el artículo 47.5 ibídem, les impone a todos los procesados la pena privativa de libertad de nueve años, cuatro meses y el pago de la multa de doce salarios básicos unificados del trabajador

en general, conforme lo prevé el artículo 70.8 del COIP; además, a manera de reparación integral, el tribunal a quo ordena el *"pago a la víctima para su tratamiento Psicológico hasta el total restablecimiento el de dos mil dólares americanos, y el de pedir disculpas públicas en el diario de mayor circulación de la provincia de Tungurahua"* (sic).

Inconformes con esta decisión, los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, así como la acusadora particular Jesús Carmen Cárdenas Freire, plantean sendos recursos de casación.

Mediante auto expedido el 2 de julio de 2019, las 10h46, el Tribunal de Casación admitió a trámite los recursos formulados por los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres, por el cargo de contravención expresa del texto de los artículos 29 y 455 del COIP; así como también del procesado Pedro Jorge Vargas Salman, por el reproche de errónea interpretación del artículo 161 ibídem; en tanto que, inadmitió el recurso casacional propuesto por la acusadora particular Jesús del Carmen Cárdenas Freire.

Luego de haberse llevado a cabo la audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación de los recursos de casación, siendo el estado de la causa, el de dictar sentencia por escrito, los doctores Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente; y, José Layedra Bustamante, Conjuez Nacional (e), emiten su fallo de mayoría, 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 del COFJ, así como con las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia Nos. 01-2015 de 28 de enero de 2015, 01-2018, de 26 de enero de 2018 y 02-2018, de 1 de febrero de 2018 y la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura No. 197-2019; y, está conformado por el señor doctor Marco Rodríguez Ruiz, Juez Nacional Ponente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 COFJ, así como por los señores doctores Iván León Rodríguez, Juez Nacional (e) y José Layedra Bustamante, Conjuez Nacional (e), este último en reemplazo del señor doctor Wilman Terán Carrillo, Juez Nacional (e), mediante oficio No. 2383-SG-CNJ-ROG, de fecha 4 de diciembre de 2019, 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 de la 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. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN:

3.1. Los procesados recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres:

Los procesados recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres, a través de su defensa técnica, abogado Tomás Barrionuevo Baca, en síntesis, manifestaron lo siguiente:

Reprochan la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, el 8 de noviembre de 2017; a manera de antecedentes, anotan que la supuesta víctima, en más de una ocasión había proferido violencia, tanto física, cuánto verbal en contra de su madre y una de sus hermanas, lo que llevó a que la señora Luisa Freire Rodríguez, con la ayuda de sus hijos, busquen ayuda psicológica para la supuesta víctima; y, en este contexto se le llevó a la supuesta víctima a la Clínica "La Fortaleza", en donde pasó 17 días, en los cuales se realizaron actividades propias para su rehabilitación. La sentencia condenatoria habla de presunciones, pero la única presunción de derecho que se conoce es la presunción de inocencia que, para desvirtuarla no pueden existir más presunciones, así como tampoco pueden haber interpretaciones extensivas respecto de las normas que rigen al derecho penal.

Los procesados recurrente agregan que el artículo 455 del COIP exige que el nexo causal entre materialidad y responsabilidad, debe ser probado de manera expresa y clara; pero la sentencia impugnada alude a presunciones; en un delito de secuestro, *"cuya esencia está en contra de la voluntad de la*

víctima", fiscalía y tribunal ad quem *"suponen que existió una oposición por parte de la víctima, respecto a ser movilizada e internada en esa casa de salud"*; además, que Rommel Cárdenas Freire actuó con conciencia y voluntad, privándola de su libertad ambulatoria a la supuesta víctima y que el procesado debe demostrar que no cometió violencia, lo cual, constituye un cargo que debe justificar fiscalía. Asimismo, el tribunal de alzada supone que la mayoría de edad, implica que todas las actuaciones de los procesados son dolosas y a partir de aquello analiza la categoría dogmática de la antijuridicidad artículo 29 del COIP-, que para el profesor Devis Echandía, es *"el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en la que se lesione o ponga en peligro, sin derecho alguno el interés jurídicamente tutelado en el tipo penal"*.

En tal virtud, la defensa solicita se acepte el recurso de casación y se ratifique el estado de inocencia de los procesados.

3.2. Procesado recurrente Pedro Jorge Vargas Salman:

El procesado recurrente Pedro Jorge Vargas Salman a través de su defensa técnica, Raúl Camacho Falconí, en resumen, dijeron lo que sigue:

La sentencia que recurre es la dictada por la Corte Provincial de Tungurahua el 8 noviembre de 2017, por errónea interpretación del artículo 161 del COIP; el yerro consta en considerando cuarto del fallo impugnado, en donde consta que su defendido, al omitir el cumplimiento de los deberes jurídicos, adecuó su conducta a la norma penal imputada por fiscalía, en el grado de autor; la sentencia dice que el señor Pedro Vargas omitió el cumplimiento de ciertos requisitos determinados en el Manual de la Organización Mundial de la Salud; entonces, se determina que su defendido ha sido condenado por el delito de secuestro por la omisión de un procedimiento administrativo, constante en un manual que no tiene ningún tipo de carácter penal, ni punitivo. El delito de secuestro es de acción, no de omisión; además, admite únicamente el dolo como forma o como elemento subjetivo, no la omisión, ni la culpa, por lo que determinar que puede ser culposo, va en contra de la naturaleza misma del tipo penal. El tratadista Muñoz Sánchez dice que el delito de secuestro debe llevar consigo el animus, esto es el elemento doloso de causar un perjuicio. Por otro lado, los verbos rectores del delito de secuestro son el "retener, ocultar, arrebatar o trasladar", pero según la sentencia recurrida, su defendido adecuó su conducta por omitir, lo que no está contemplado en el tipo penal del artículo 161 del COIP.

Solicita que, de ser pertinente, se considere también lo determinado en el artículo 157.6 del COIP.

3.3. Contradicción:

3.3.1. Fiscalía General del Estado:

La doctora Zulema Pachacama Nieto, en representación de la Fiscalía General del Estado, en suma, señaló lo siguiente:

En relación al recurso de casación presentado por los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Romel Marcelo Cárdenas Freire y Rolando Viteri Torres, de acuerdo al testimonio de la víctima, ha sido trasladada a un centro de rehabilitación llamado *"La Fortaleza*" contra su voluntad, por lo que, la conducta de los referidos procesados, se adecua al artículo 161 del COIP; además, en la sentencia recurrida también constan los testimonios de las personas que estuvieron en el momento en el cual la víctima fue subida a una camioneta contra su voluntad; inclusive los mismos procesados manifiestan que planificar trasladar a la víctima a un centro de salud, para supuestamente ser tratada psicológicamente; en esta circunstancia, no existe contravención expresa del artículo 29 (del COIP) porque sus conductas están previamente escritas y sus comportamientos debieron haber sido otros. De otro lado, el cargo de contravención expresa del artículo 455 del COIP, no ha sido desarrollado por la defensa, sin embargo, el nexo causal, se encuentra justificado en base a la norma jurídica.

Por lo expuesto, fiscalía solicita que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por dichos procesados.

En cuanto al recurso de casación presentado por el procesado Pedro Vargas Salman, fiscalía advierte que su conducta está enmarcada dentro del artículo 161 (del COIP), *"pero al haberse omitido ciertos procedimientos, también omitió el consentimiento de la víctima*" (sic), por lo que los *"verbos rectores del artículo 161, en su totalidad, no se encuentran prácticamente cumplidos, por lo que a criterio de fiscalía, solicito que la conducta del hoy procesado, sea enmarcada dentro del artículo 43 del COIP"* (sic).

3.3.2. Acusación particular:

La sentencia impugnada es el resultado de la convicción relativa a que se encuentran configurados los fundamentos de la acusación, relacionados con la materialidad de la infracción y con la responsabilidad de los procesados; no hay duda que se

aplique a su favor; la defensa de los señores Freire, Cárdenas y Viteri reconoció que la familia se reunió, acordó, resolvió y consumó, *"llevarle a la señora a un centro social";* en el fallo recurrido consta que su única intención fue la de secuestrar a la víctima, es decir, hay un reconocimiento expreso del delito; en cuanto al señor Vargas Salman, *"fiscalía ha expuesto con claridad total y absoluta",* por lo que, se suma al pedido de fiscalía.

3.4. Réplicas:

Procesados recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Macelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres:

Solicitan que se case la sentencia, por no haberse comprobado, conforme a derecho, la existencia del delito de secuestro tipificado en el artículo 161 del COIP.

Procesado recurrente Pedro Jorge Vargas Salman:

Solicita que se case la sentencia y si su fundamentación ha sido errónea, que se case de oficio y se ratifique el estado de inocencia de su defendido.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

4.1. Sobre el recurso de casación:

La casación constituye un medio impugnatorio extraordinario que se constriñe a la existencia de un error *in iudicando* devenido de una de las causales especificadas en el artículo 656 del COIP; tales yerros emanan de la forma en la que el tribunal de alzada aplica el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, de tal suerte que los errores pueden suscitarse en dos escenarios de esa actividad.

El primer escenario constituye la subsunción, que tiene relación con la adaptación del relato fáctico obtenido de la valoración probatoria que ha efectuado el órgano jurisdiccional, al supuesto de hecho que requiere una norma jurídica para su aplicación, a partir de lo cual, son dos los yerros que pueden acaecerse de la subsunción: la falta de aplicación de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho concuerda con la narración del contenido fáctico (contravención expresa del texto de la ley); y, la indebida aplicación de una norma de derecho, cuyo supuesto de aplicación no se ha generado en el caso sometido al juzgamiento del tribunal de instancia.

El segundo escenario del error *in iudicando*, tiene vínculo directo con las consecuencias jurídicas que son previstas por la norma, en aquellos en los que efectivamente corresponde su aplicación. En este tablado, solo puede presentarse la errónea interpretación, cuyo contenido demanda de parte del proponente, la aceptación de que la norma utilizada para resolver es la correcta, en la medida en que la objeción que se hace sobre la sentencia se dirige solo al sentido y alcance que el tribunal de apelación les ha dado a las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas utilizadas para resolver.

En esta inteligencia, el recurso de casación irrumpe como una herramienta de protección de los sujetos procesales, que tiene como objetivos ulteriores alcanzar la justicia, recuperar las tan anheladas paz social y seguridad jurídica, por medio del ejercicio del derecho de impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la CRE, en relación con los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así las cosas, a través de este medio impugnatorio corresponde el examen del fallo, materia de casación, con el fin de establecer posibles conculcaciones a la ley, ya por contravención, indebida aplicación o errónea interpretación, de acuerdo a lo prescrito por el mentado artículo 656 del COIP.

Por lo demás, cabe puntualizar que la casación tiene una función nomofiláctica, para asegurar la aplicación uniforme del principio de legalidad, tanto a nivel sustantivo, como adjetivo, y así evitar la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los diversos órganos jurisdiccionales, así lo comenta la profesora Teresa Armenta,[1] correspondiendo tal facultad a la Corte Nacional de Justicia.[2]

---

[1] Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Marcial Pons, 4ta. Edición, Barcelona, p. 278.

[2] Ecuador, Corte Nacional de Justicia. Juicio penal No. 884-2011. Sentencia de 23 de julio de 2014: *"(…) es un recurso extraordinario mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico, de derecho, sobre sentencias que no han adquirido el carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes carácter de firmes, ejecutoriadas, con el propósito de hacer efectivo a las partes procesales el derecho sustantivo y las garantías del debido proceso, como criterio auxiliar del derecho, la jurisprudencia nacional; y, reparar los agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado; de allí que se señala que este recurso se trata de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad."*

4.2. Fundamentación de los recursos y vulneraciones legales invocadas por los recurrentes:
Los impugnantes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres, a través de su defensa técnica, acusaron el cargo de contravención expresa del texto de los artículos 29 y 455 del COIP, bajo el criterio relativo a que el juzgador *ad quem* les habría condenado en base a presunciones; en tanto que, el censor Pedro Jorge Vargas Salman alegó como reproche la errónea interpretación del artículo 161 ibídem, planteando como sustento que, el juzgador de alzada le habría condenado, por "omitir" el cumplimiento de requisitos determinados en el Manual de la Organización Mundial de la Salud, cuando el tipo penal de secuestro, es de carácter doloso y no culposo.
Con el cometido ulterior de desembarazar los reparos relatados en el párrafo inmediato anterior, los cuales, en principio, se ajustan a las causales de casación previstas en la ley, de manera concreta a la contravención expresa, así como a la errónea interpretación, también conocidas como *error de omisión o error de interpretación, respectivamente*; en primer lugar, se puntualiza que se entiende por contravención expresa, 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; en tanto que, por errónea interpretación, se concibe cuando el juzgador selecciona correctamente la norma y la adecua al caso concreto, sin embargo, equivoca el sentido y alcance de la norma aplicada.
En este orden de ideas, y luego del estudio pormenorizado del fallo objetado, ninguna de las censuras casacionales prosperan, no solo debido a que todos los recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, incumplieron con su obligación de argumentar jurídicamente el recurso, sino además, porque de los hechos que se dan por probados, no se verifica error de omisión de los artículos 29 y 455; asimismo, tampoco se devela que exista error de interpretación del artículo 161 del COIP, más aún si se pone de manifiesto que el objetante Pedro Jorge Vargas Salman, en ningún momento de su intervención oral especificó cuál era el sentido y alcance que el juzgador de apelación debía dar a la mentada norma legal.
Efectivamente, este Tribunal advierte que los casacionistas, al fundamentar sus recursos, no cumplieron con las exigencias técnico-legales para su procedibilidad, pues hay que considerar que para que el recurso de casación, de carácter extraordinario, sea declarado procedente, en estricta observancia del principio de taxatividad, exige no solo la determinación de la o las normas jurídicas alegadas como infringidas por el juzgador de apelación y la invocación de una causal de casación, sino también cumplir con la argumentación jurídica del recurso, así como con el principio de trascendencia, lo cual, no ha sido observado por ninguno de los impugnantes.
Al respecto, y en virtud del principio dispositivo contemplado en los artículos 168.6 CRE y 19 del COFJ, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ha dejado claro que:

> *"es obligación de quien impugna una sentencia vía recurso de casación, especificar en qué error de derecho ha incurrido el juzgador al dictar la sentencia, señalando detalladamente qué norma jurídica, qué artículo de la ley, ha sido violado y en qué forma, así como determinar cómo esta violación ha incidido en la sentencia, tanto que si no se hubiera cometido, otra hubiera sido la decisión judicial."* [3]

En esta línea de pensamiento, se enfatiza que ninguno de los censores cumplieron con la obligación de confrontar entre el razonamiento del juzgador de alzada y los errores de aplicación o de interpretación que se debió dar a las normas jurídicas consideradas como conculcadas, acerca de lo que esta misma corporación, ha dicho en varios de sus fallos, lo siguiente:

> *"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 el Tribunal. Esta actividad, que se*

[3] Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Recurso de Casación, juicio No. 331-2013.

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 de debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada".[4]

Así las cosas, las aludidas omisiones en las que incurren los objetantes, comprometen la prosperidad de sus reparos, no solo carentes de un análisis coherente entre las normas infringidas con las causales de casación invocadas; sino además, sin desarrollar adecuada y suficientemente los cargos de sustentación del recurso, que incluye el deber de exponer con precisión y claridad los argumentos de su inconformidad.

Por consiguiente, resulta inobjetable que los prenombrados objetantes no han acertado al momento de escoger las causales de casación, lo que produce *ipso jure*, la improcedencia de los recursos.

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;"*[5] de ahí que, en cuanto a la casación de oficio, hay que remitirse al artículo 657.6 del COIP, que dice*: "Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá"*.

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 la conducta de los censores Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman no se subsumió al ilícito tipificado en el artículo 161 del COIP, conforme se analizará en párrafos posteriores.

En primer lugar, se advierte que el yerro evidenciado consta en el considerando *"CUARTA.- Análisis del Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua"* del fallo recurrido, en el que se lee, lo siguiente:

"(…) En el presente caso, se entiende que el delito imputado que tiene que ver con el recurso, cumple con las categorías dogmáticas de tipicidad Art. 161, antijuricidad vulnera el derecho a la libertad ambulatoria constante en el numeral 14 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, la culpabilidad, son procesados, mayores de edad, conscientes de lo que han planificado y de lo obrado, sabiendo que *esta conducta riñe con el orden jurídico, por lo cual causa daño o perjuicio a la víctima como lo ha concebido el perito psicólogo Dr. Víctor Hugo Yanzapanta Paredes, del cual se evidencia el dolo (…) Los procesados han argumentado que han obrado para ayudarle a la víctima que equivaldría a tener derecho para privar de la libertad, como por ejemplo en la comisión de un delito flagrante, o con orden de autoridad competente. Se ha discutido también de que la víctima consintió o subió voluntariamente al transporte para dirigirse al Centro La Fortaleza, circunstancia que no se ha probado, pues el testimonio de la víctima Jesús Carmen Cárdenas Freire, corroborado por las testigos Elvia Angelita Guevara Guevara y Martha Alexandra Herrera Herrera, cuyos testimonios no han sido impugnados, ni objetados menos objeto de tacha o duda, que además hay el respaldo científico del testimonio del Dr. Víctor Hugo Yanchapanta Paredes, para determinar que lo declarado por la víctima se compadece con su pericia, dejando a todas luces comprendido que no hubo consentimiento ni en el traslado ni en la permanencia en el Centro de Rehabilitación denominado La Fortaleza (…) Estas disposiciones (del REGLAMENTO PARA LA*

[4] Sentencia
[5] Orlando A. Rodríguez, *Casación y Revisión Penal,* Editorial S.A., Bogotá, 2006, p.138.

REGULACIÓN DE LOS CENTROS DE RECUPERACIÓN PARA TRATAMIENTO A PERSONAS CON ADICCIONES O DEPENDENCIAS A SUSTANCIAS PSICOACTIVAS) han sido inobservadas por el procesado Pedro Jorge Vargas Salman, por lo que al proceder hacer el contrato de prestación de servicios con la señora Mercedes Luisa Freire Rodríguez, no contaron con el consentimiento de la víctima, que como observamos del Manuel de la Organización Mundial de la Salud, que recoge también el Reglamento que consta en líneas anteriores, por manera que no existió consentimiento de la víctima para ser internada o encerrada en el indicado Centro de Rehabilitación La Fortaleza, consecuentemente éste procesado al omitir el cumplimiento de los deberes jurídicos adecuo su conducta a la norma penal imputada por Fiscalía en el grado de autor (…) Con estas premisas en el caso concreto, los procesados por medio de sus defensores técnicos, afirman que por acuerdo entre los familiares de la víctima Jesús Carmen Cárdenas Freire, decidieron conducirle al Centro de Rehabilitación denominada La Fortaleza, se han justificado con los testimonios de cargo que el día jueves 11 de junio del 2015, a las 11H00, en las calles Eloy Alfaro y Rocafuerte de la ciudad de Baños, le interceptan, en forma violenta dos personas de sexo masculino le han agredido físicamente y le han subido a una camioneta blanca con rayas verdes, dentro de la camioneta se encontraban su hermano Rommel Marcelo Cárdenas Freire, llevándole contra la voluntad de ella, que en el trayecto le sujetaron con una cuerda color negro, que sacaron de la gaveta de la camioneta; que al llegar a San Pedro del cantón Cevallos, a un lugar denominado "Centro de Adicciones La Fortaleza" cuyo propietario es el señor Pedro Jorge Vargas Salman, encajando sus conductas al tipo penal del Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal; que dice: "Secuestro.- La persona que prive de la libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años." En orden a la categoría dogmática de tipicidad, tenemos el Art. 161 del COIP que se verifica el principio de seguridad jurídica que consta en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador. En la especie, se aprecia que Rommel Marcelo Cárdenas Freire, actúo con conciencia y voluntad, que pudo haber evitado su actuar, con el designio de ocasionar daño o perjuicio en la víctima, por el hecho de desarraigar del núcleo familiar a la víctima, privándola de su libertad ambulatoria, por lo mismo se evidencia la antijuricidad, por haber violentado a los indicados derechos constitucionales, que la prueba anunciada, ordenada y practicada o evacuada en la audiencia de juicio, que se procede a analizar: que la prueba anunciada, ordenada y practicada o evacuada en la audiencia de juicio, de la misma que no se evidencia causa de justificación o como argumenta la defensa al haber obrado en la necesidad de ayudar a la víctima a superar el problema de conducta. El Art. 32 del Código Orgánico Integral Penal especifica: "Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho." Por lo que quedó en meros enunciados de la defensa del procesado Rommel Marcelo Cárdenas Freire, quien estuvo presente cuando dicen que acordaron encerrarle en el Centro de Rehabilitación; esto es ha planificado, para la privación de la libertad, acompañó en el traslado y dejó en el lugar denominado Centro de Recuperación de Adicciones LA FORTALEZA. Que según el testimonio del perito Psicólogo Dr. Víctor Hugo Yanchapanta Paredes, quien refiere: "…la señora Jesús manifestó que el 11 de Junio del 2015 en Baños fue interceptada por dos personas que le subieron a una camioneta y fue llevada en dirección a Ambato, era su hermano Marcelo Cárdenas, tuvo un estado de angustia, pidió auxilio, preguntó al hermano donde le llevaba y él manifestó que le van a encerrar, dentro del trayecto fue amarrada las manos y llevada a un Centro de Rehabilitación, 17 días vive situaciones de angustia, desesperación, frente a esta situación se desarrolla síntomas compatible con trastorno de estrés post traumático…tiene voluntad para poder decidir sobre sí misma, no encontró problema mental…"; es precisamente que cumple el principio de lesividad, y el dolo con que actúo; y por lo mismo se determina carácter de culpabilidad, para responsabilizarle de su actuar en la comisión del este ilícito, en calidad de autor directo conforme señala el numeral 1 del Art. 42 del Código Orgánico Integral Penal. De igual manera el procesado Gregori Rolando Viteri Torres,

quien dice haber actuado solo invitándole a que suba al vehículo, para llevarle al Centro La Fortaleza del cantón Cevallos, que no forcejeó, sin embargo no existe otra prueba que acredite que la víctima Jesús Carmen Cárdenas haya subido a la camioneta por su propia voluntad, cuanto más que el local de comercio de la misma estuvo abierta y no le permitieron ir a cerrar para pensar que fue voluntaria o con consentimiento de ella que subió al vehículo, que contrasta con los testimonios de cargo prestados por Elvia Angelita Guevara Guevara, que no ha sido desacreditada en su testimonio, por lo mismo es creíble, porque además se compadece con el testimonio de Martha Alexandra Herrrera Herrera, las mismas que aseguran que le cogieron de los brazos y le subieron a la camioneta, al no ser creíble la declaración de este procesado, en cuanto a que obedeció a una invitación para abordar el vehículo, se valora la prueba de cargo, únase a ello la afirmación de que estuvo en el lugar de los hechos y que fue quien "invitó", que en el trayecto conforme al testimonio de Klever Mauricio Guerrero Espinoza, chofer de la camioneta, dice haberle amarrado a la víctima, cuando indicó "…sacaron una cosa como hilo para amarrar las manos, el dueño de la clínica llamó a una chica para que le haga bajar a la señora, a la señora le metieron a un cuarto.". En el testimonio de Henry Fabián Vargas Mazo, explica que "…Marcelo es un compañero de recuperación, llevan algunos años en ese proceso; dijo que la hermana tenía problemas familiares y de alcohol, él ya tenía todo planificado, los hermanos y la policía"; este testimonio hace entender que no fue voluntario el traslado de la señora Jesús Carmen Cárdenas al Centro La Fortaleza, por tanto fue privada de la libertad ambulatoria, dolosamente, por los procesados, sin que haya causa de justificación para su obrar delictivo, como pretende la defensa técnica argüir; por lo que se establece que existió participación como autor directo en la privación de la libertad ambulatoria de la señora Jesús Carmen Cárdenas Freire. De acuerdo al propio testimonio de la procesada señora Luisa Mercedes Freire Rodríguez, quien acepta su participación en el hecho imputado, al aconsejar y pedir que le encierren a su hija Jesús Carmen Cárdenas Freire, como en la parte pertinente señala: "… a su hijo Marcelo le rogó que le lleve a la clínica en Cevallos;…", que tiene la edad de ochenta años, sin embargo que la edad no exime de responsabilidad, tampoco puede decirse que no puede haber dolo por ser madre de la víctima, esta declaración hace responsable en el grado de autora mediata como indica el Art. 42.2 del Código Orgánico Integral Penal, ya que tal decisión determinó que el procesado Rommel Marcelo Cárdenas Freire, acuda a otros procesados para ejecutar la privación de la libertad ambulatoria de la víctima, encuadrando así su conducta a lo establecido en el Art. 161 del Código referido. Los testimonios del Mayor de Policía Mauricio Lenin Santamaría Salazar, quien fue informado por el procesado Rommel Marcelo Cárdenas que iban a llevar a la hermana de éste por consumir sustancias, y no lo que realmente sucedió, que lo trasladaron por supuesto problema de conducta, por manera que ordenó al Cabo Primero Tasgacho estar pendiente de este caso; es como ha obrado el miembro policial, es por lo que el testimonio de la víctima cuando indica que pedía auxilio a la Policía, el Cabo solicitó únicamente documentos al chofer y no prestó atención a la víctima; a pesar que en el testimonio del Cabo indicado afirma que la señora pidió que le dé cerrando su local, como se aprecia en la declaración del Cabo de Policía Tasgacho Condo Juan Carlos, nadie corrobora con esta afirmación textual: "…interceptó a la camioneta en la avenida Amazonas, procedió a verificar si se trataba de Carmen de Jesús y la señora dijo que le dé viendo el local, verificando que todo estaba normal se retiró del local,…", no merece credibilidad por cuanto ni siquiera los demás procesados ha referido al hecho de que la señora haya encargado el cuidado del local. (…) Con el testimonio presentado por los propios procesados como es el de Elvia del Pilar Cárdenas Freire se afianza la prueba de cargo en contra de su mamá Mercedes Luisa Freire Rodríguez y Rommel Marcelo Cárdenas, cuando dice: "…se reunieron toda la familia y dijeron que la Carmen está mal, está de mandarle a un centro para que se cure poniendo otra cuota…" En cuanto al procesado Pedro Jorge Vargas Salman, su participación se ha probado con su testimonio en lo pertinente afirma: "…en la Fortaleza había Psicóloga, médico, el señor Pedro que es terapista, y el guardia; la señora a veces estaba bien a veces estaba mal, tenía el carácter variable, los fines de semana fueron de paseo las cinco chicas que estaban internas en la clínica, el primer paseo a un complejo de pesca en Patate y el segundo a la laguna de Yambo de donde fueron a Salcedo a las fritadas y regresaron a la clínica, viajaban solo con la declarante y el chico guardia,…", esta

afirmación hace entender que nunca estuvo sola para que pueda abandonar el Centro "La Fortaleza", pues el guardia siempre le acompañaba, para evitar posible escape, por lo que se deduce estaba retenida y privada de la libertad ambulatoria contra su voluntad. El testimonio de Edwin Roberto Silva Freire doctor en Bioquímica y Farmacia, tiene un laboratorio clínico llamado Pasteur, tiene tres locales, dos en Ambato y uno en Pelileo en la Antonio Clavijo y Calicuchima, en lo referente al caso dice: "…a Carmen Cárdenas se le ha realizado examen de orina, de heces y de sangre por pedido del doctor César Cañizares; se mantiene el dialogo básico con quien acude a realizarse los exámenes, si se nota algo anormal se toma en cuenta;…no está seguro sí fue él o su asistente que tomó la muestra a Jesús Cárdenas. No ha observado paciente que se haya encontrado llorando o que le haya dicho que sucedía algo anormal…" (…)" (sic)

Como se deja entrever del texto transcrito, resulta evidente que el juzgador de alzada no logró configurar y justificar razonadamente todos los elementos constitutivos del delito de secuestro, en especial, el elemento de la tipicidad subjetiva, relativo al dolo; esto es que, existe yerro en el juicio de tipicidad subjetiva que fue elaborado por el *ad quem,* toda vez que, no construyó un ejercicio analítico que logre configurar tal elemento subjetivo, entendido como el designio de causar daño, tal como lo prevé el artículo 26 del COIP.

Precisamente, para el autor ecuatoriano Ramiro García Falconí, la palabra "designio", abarca los elementos cognitivo y volitivo, cuando subraya lo siguiente:

"El dolo ha sido deficientemente definido en el COIP como "designio de causar daño", pues los elementos cognitivo y volitivo no se encuentran expresamente señalados, aunque debe entenderse la palabra designio, como abarcadora de dichos conceptos. Solo puede tenerse el designio de realizar algo, si se conoce que es ese algo y se quiere hacer ese algo. La descripción es deficiente, pues el dolo no se dirige a causar el daño, sino a la realización del tipo objetivo con conocimiento y voluntad y es así como debe entenderse. Por una parte el concepto de dolo exige que se cumpla el requisito del conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere. "Esta parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal, pues no es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo eso sí diferente la intensidad de la conciencia según si se trata del fin de los medios o de una circunstancia concomitante", esto es aquellos que pertenecen al tipo básico, como los que conforman las circunstancias agravantes o atenuantes. Es decir para la doctrina finalista y mayoritaria se comprende al dolo como parte de la fase subjetiva del tipo de injusto y es requisito para realizar el análisis de la antijuridicidad d la conducta. Como consecuencia se sostiene que el dolo requiere exclusivamente de un conocimiento de los elementos objetivos del tipo, pero no consciencia de la antijuridicidad o prohibición, que es un requisito distinto al dolo, el cual pertenece a la culpabilidad."[6]

En tales circunstancias, el examen de la sentencia de segundo nivel, arroja que este Tribunal de Casación reafirme que existe error en el proceso lógico subsuntivo que realizó el juzgador de segundo nivel, pues al no haberse justificado el elemento subjetivo del dolo, mal podía seguir abordando los demás elementos de las categorías dogmáticas del delito relativos a la antijuridicidad y culpabilidad. A partir de la anotada premisa, al hacer la abstracción al caso que nos ocupa, en donde acorde a los hechos que constan como probados, en la sentencia objeto mismo de este recurso, se tiene que no se ha acreditado que alguno de los casacionistas haya tenido el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo del injusto de secuestro; por el contrario, los recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez y Rommel Marcelo Cárdenas Freire, madre y hermano de la acusadora particular Jesús del Carmen Cárdenas Freire, frente al comportamiento agresivo de esta, estimaron pertinente reinsertarla en el seno

[6] Ramiro J. García F., *Código Orgánico Integral Penal Comentado, Tomo I, Arts. 1 AL 78, Principios y Parte General,* Segunda Edición, Latitud Cero Editores, Quito, noviembre 2014, pp. 318 y 319.

familiar, para lo cual, conjuntamente con el censor Gregori Rolando Viteri Torres, coadyuvaron a fin de que la acusadora particular reciba tratamiento médico especializado en el Centro de Recuperación "La Fortaleza", en donde efectivamente recibió soporte médico, lo cual, fue supervisado por el Director de aquel Centro, el impugnante Pedro Jorge Vargas Salman; tal contenido fáctico, no solo se vincula directamente con los testimonios de los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, sino que también guarda relación con todo el acervo probatorio, entre lo que se cuentan, los testimonios rendidos en la audiencia de juicio por el psicólogo clínico Víctor Hugo Yanchapanta Paredes, así como por los policías Mauricio Lenin Santamaría Salazar, Juan Carlos Tasgacho Cando y Nelson Enrique Ocaña Alvarado; e inclusive, por las señoras Elvia Angelita Guevara Guevara, Martha Alexandra Herrera Herrera, acusadora particular Jesús del Carmen Cárdenas Freire y los hijos de esta Josue Villalba Cárdenas y Natalia Tenemaza Cárdenas, con base a los cuales el juzgador de apelación dictó sentencia condenatoria en contra de los mentados casacionistas.

En tales circunstancias, de oficio, se casa la sentencia recurrida, por indebida aplicación del artículo 161[7] del COIP, cuando el juzgador de apelación debió haber aplicado, conforme a los hechos probados, el artículo 76.2[8] de la CRE, en la medida en 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,** en fallo de mayoría, resuelve lo siguiente:

1. Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos por los impugnantes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, por falta de fundamento jurídico;
2. Casar, ex oficio, la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2017, las 16h17, por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, por indebida aplicación del artículo 161 del COIP, 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 recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman; y,
4. Levantar todas las medidas cautelares de orden real y personal que hayan sido dictadas en contra de los ciudadanos Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, lo cual, se encargará el tribunal de ejecución.

Notifíquese y devuélvase al tribunal inferior para los fines legales pertinentes.-

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván León Rodríguez, CONJUEZ NACIONAL (e); Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (e) (V.S.)

---

[7] Artículo 161 COIP: *"Secuestro.- La persona que prive e la libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años."*

[8] 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."*

VOTO SALVADO
Juicio No. 18281-2016-00094
Dr. Iván Xavier León Rodríguez

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.- Quito, miércoles 18 de diciembre del 2019, las 15h05.

VISTOS: Los ciudadanos: Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman (procesados), interponen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, de fecha 8 de noviembre de 2017, las 16h17; la cual, aceptando los recursos de apelación formulados por Fiscalía General del estado (FGE) y por la víctima (Jesús Cárdenas Freire), revoca el fallo subido en grado y, al considerar que se ha probado tanto la existencia material de la infracción [delito de secuestro, tipificado y sancionado en el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), con la agravante del artículo 47.5 ejusdem; declara a: Mercedes Luisa Freire Rodríguez, autora mediata; Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y, Pedro Jorge Vargas Salman, autores directo; imponiéndoles, inter alia, la pena de privación de la libertad de 9 años y 4 meses. Al haberse agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de dictar la sentencia por escrito, para hacerlo se considera:

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- Hechos

Los hechos que dieron inicio a esta causa, según lo que consta fijado en la sentencia de primer nivel (Tribunal de Juicio), son los siguientes:

> *"(…)* ***TERCERO: ALEGATO DE APERTURA DEL SEÑOR FISCAL:*** *El Dr. Dennis Ocampo, cumpliendo con lo dispuesto en el Art. 614 del Código Orgánico Integral Penal, manifestó que sin tener problema de trastorno de conducta Jesús Cárdenas Freire fue internada en un centro de rehabilitación para personas con problemas de adicciones y trastornos de conducta, transgrediendo el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia así como a entrar y salir libremente del País; por la denuncia que presenta Jesús Carmen Cárdenas Freire llega a conocer que el día jueves 11 de Junio del 2015 a eso 11H00, desde calles Eloy Alfaro y Rocafuerte del cantón Baños, frente a su lugar de trabajo, fue interceptada de forma violenta por dos personas quienes le habrían agredido y subido a una camioneta aparentemente de una cooperativa, en el interior de camioneta se encontraba su hermano Rommel Marcelo Cárdenas Freire, en la parte posterior los dos sujetos que le interceptaron, le trasladaron hasta el cantón Cevallos a la clínica de rehabilitación para adictos llamada Fortaleza que no tenía permiso de funcionamiento, la ingresan y le mantienen por 17 días retenida contra su voluntad, el Director establece que no tiene ningún tipo de adicción, llama a los hermanos y retiran a la ofendida; en el transcurso de Baños a la clínica fue agraviada física, verbal y psicológicamente; (…)"*[9]

1.2.- Actuaciones procesales relevantes

A la presente sentencia, que pone fin al recurso de casación presentado por los encartados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman, le anteceden los siguientes actos procesales, que denotan su validez:

i.Sentencia de primer nivel dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, de 19 de junio de 2017, las 15h38, que ratifica el estado de inocencia de los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman.

ii.Sentencia de segundo nivel, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, de 8 de noviembre de 2017, las 16h17, que acepta los

[9] Ver sentencia de Tribunal de Juicio que obra de fs. 276 a 288 vta. (cita a fs. 277 vta. y 278)

recursos de apelación presentados por FGE y la víctima; revoca el fallo subido en grado y, declara a los encartados, Mercedes Luisa Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y, Pedro Jorge Vargas Salman, culpables del delito de secuestro (art. 161 COIP, con la agravante del art. 47.5 *ejusdem*), en calidad de: autora mediata, la primera; y, autores directos los demás; imponiéndoles la pena de 9 años y 4 meses de privación de la libertad; el pago de USD $ 2000.oo, como reparación integral, a favor de la víctima para su tratamiento psicológico; disculpas públicas en el diario de mayor circulación de la provincia de Tungurahua; y, multa de 12 salarios básicos unificados del trabajador en general.

iii.Auto de 21 de diciembre de 2017, las 14h30, mediante el cual se dispone remitir a la Corte Nacional de Justicia, el recurso de casación interpuesto por los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire, Gregori Rolando Viteri Torres y Pedro Jorge Vargas Salman; así como, por la acusadora particular Jesús Carmen Cárdenas Freire.

iv.Mediante sorteo de 13 de marzo de 2018, las 15h48, ante la Presidencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; se conformó el Tribunal de Casación para conocer la presente causa; tribunal que de manera primigenia quedó integrado por los doctores: Marco Rodríguez Ruiz, como Juez Nacional Ponente; Luis Enríquez Vilacrés y Miguel Jurado Fabara, Jueces Nacionales.

v.Mediante auto de fecha 2 de julio de 2019, las 10h46, el Tribunal de Casación, resuelve: **i)** admitir a trámite los recursos de casación interpuestos por los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres, únicamente por el cargo de contravención expresa de los artículos 29 y 455 COIP; **ii)** admitir a trámite el recurso de casación presentado por el encartado Pedro Jorge Vargas Salman, exclusivamente por el cargo de contravención de errónea interpretación del artículo 161 COIP; y, **iii**) inadmitir el recurso de casación interpuesto por la acusadora particular Jesús Carmen Cárdenas Freire, por incumplir los requisitos del artículo 656 COIP.

vi. Mediante resoluciones No. 188-2019 y 197-2019, dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura y oficios Nos. 2279-SG-CNJ-ROG, y 2366-SG.CNJ-ROG, de 19 de noviembre, 19 noviembre y 3 de diciembre de 2019, respectivamente, suscritos por la señora doctora Paulina Aguirre Suarez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se encarga a los señores doctores: Wilman Terán Carrillo e Iván León Rodríguez los despachos de los ex jueces nacionales Luis Enríquez Villacres y Miguel Jurado Fabara.

vii. Mediante Oficio No. 2383-SG-CNJ-ROG de 4 de diciembre de 2019, suscrito por la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, se llama al doctor José Layedra Bustamante, Conjuez Nacional, para que asuman el despacho del magistrado Wilman Terán Carrillo ante la licencia a él concedida.

viii.Mediante auto de 5 de diciembre de 2019, el Tribunal Casacional convoca a los sujetos procesales a la audiencia oral pública y de contradictorio de fundamentación del recurso de casación.

ix.Audiencia oral, pública y de contradictorio de fundamentación del recurso, evacuada el 12 de diciembre de 2019, en la que intervinieron: el abogado Tomas Edison Barrionuevo Baca, como defensa técnica de los procesados recurrentes Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres; el abogado Raúl Esteban Camacho Falconí, en representación del encartado recurrente Pedro Jorge Vargas Salman; la doctora Zulema Pachacama Nieto, delegada de la señora Fiscal General del Estado; y, el doctor Ernest Alvarez Robert, defensor privado de la acusadora particular Jesús Carmen Cárdenas Freire.

1.3.- Audiencia de fundamentación del recurso de casación

1.3.1.- Fundamentación del recurso interpuesto por los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres.

Durante la audiencia oral, pública y de contradictoria de fundamentación del recurso, el abogado Tomas Edison Barrionuevo Baca, en representación de los indicados procesados y recurrentes, con relación al cargo admitido a trámite: ***"contravención expresa de los artículos 29 y 455 COIP"***, arguyó -en lo medular-: -

- *"(…) El recurso de casación es un reproche presentado en contra de la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, el 8 de noviembre de 2017. (…)" (acto seguido se hace un relato de los hechos)*
- *"(…) Se emite una sentencia por parte de la Corte Provincial de Justicia, misma que habla*

sobre presunciones, y como se conoce que en el Ecuador existen presunciones de hecho y de derecho y una presunción de derecho quizás la única Constitucional que se conoce es la presunción de inocencia, (…) el derecho penal establece que, para desvirtuar la presunción de inocencia no pueden existir más presunciones y que no *puede haber interpretaciones extensivas respecto de las normas que rigen al derecho penal, ya que es una regla o un pilar fundamental de esta rama del derecho.(…)"*

- *"(…) existe contravención expresa del artículo 29 y 455 del Código Orgánico Integral Penal. El artículo 455 del Código Orgánico Integral Penal, establece que para que se dé el nexo causal entre la materialidad del supuesto hecho y la responsabilidad de una persona, y ese nexo causal debe ser probado de manera expresa y clara (…)* [se da lectura a la sentencia del Tribunal *Ad quem*] la Corte Provincial).
- *"(…) La Corte Provincial de Justicia, en más de una de sus partes hace alusión a presunciones y que la víctima subió voluntariamente al vehículo; se manifiesta que se trata de un delito de secuestro cuya esencia está en contra de la voluntad de la víctima, por tanto la Fiscalía y el Tribunal de la Corte Provincial de Justicia supone que existió una oposición por parte de la víctima respecto a ser movilizada e internada en esa casa de salud. (…)".*
- *"(…) se aprecia que Romel Marcelo Cárdenas Freire actúa con conciencia y voluntad y que pudo haber evitado su actuar con el designio de ocasionar daño o perjuicio en la víctima por el hecho de desarraigar el núcleo familiar a la víctima privándola de su libertad ambulatoria. El tribunal de la Corte Provincial aborda el elemento de la antijuridicidad el cual es el artículo 29 sobre contravención expresa. (…)"*
- *"(…) El procesado debe demostrar que no cometió un delito, que no cometió violencia, la cual no es la responsabilidad del mismo, sino es cargo del acusado y de Fiscalía General del Estado. (…)"*
- *"(…)) En el presente caso, se entiende que el delito imputado que tiene que ver con el recurso, cumple con las categorías dogmáticas de tipicidad el cual se encuentra en el artículo 151, antijuridicidad, el cual vulnera el derecho a la libertad ambulatoria, constante en el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución; son procesados mayores de edad conscientes de lo que han planificado y de lo obrado, sabiendo que esta conducta riñe con el orden jurídico, por lo cual, causa daño o perjuicio a la víctima como lo ha concebido el perito doctor Yanzapanta, del cual se evidencia el dolo. El hecho de ser mayor de edad, ya implica que todas las actuaciones son dolosas y que con eso se demuestre la antijuridicidad; (…)"*
- "(…) la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, es aquella que configura el dolo; la señora Mercedes aconseja y pide que le encierren a su hija Jesús Carmen Cárdenas Freire; la Corte Provincial de Justicia asume que ella es responsable, por un lado, el hecho de ser mayor de edad y por ende la antijuridicidad y el hecho de ser una persona de más de 80 años se manifiesta que desaparece todas las causas de justificación. (…)" [se hace referencia a un criterio doctrinario (Reyes Echandia), sobre la antijuridicidad]
- *"(…) a la señora se le trasladaba hacia la clínica de rehabilitación y es ahí donde un policía detiene la marcha del vehículo, mismo que le pregunta expresamente si la señora estaba bien, misma que supo argumentar que todo se encontraba bajo control y bien. (…)"*

Pretensión:

"Solicit[a] se acepte el recurso de casación y se ratifique el estado de inocencia de los ***procesados."***

1.3.2.- Fundamentación del recurso interpuesto por el encartado Pedro los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres.

El abogado Raúl Esteban Camacho Falconí, en representación del referido procesado y recurrente, con relación al cargo admitido a trámite***: "errónea interpretación del artículo 161 COIP"***, arguyó -en lo medular-:

- *"(…) La sentencia que recurro es la dictada por la Corte Provincial de Tungurahua el 8 noviembre de 2017, por una errónea interpretación del artículo 161 del Código Integral Penal; "(…)*
- *"(…) para cazar esta sentencia, es suficiente leer el considerando cuarto;* "(…) [se da lectura]
- *"(…) por un lado se tiene el delito de secuestro y por otro lado la omisión de deberes jurídicos. Cuando la Sala dice que omitió los deberes jurídicos, el señor Pedro Vargas, omitió el cumplimiento de ciertos requisitos determinados en el manual de la Organización Mundial de la Salud; se determina que el procesado*

recurrente ha sido condenado por un delito de secuestro por la omisión de un procedimiento administrativo constante en un manual que no tiene ningún tipo de carácter penal, ni punitivo(…)".

-"(…) El delito de secuestro tiene sus propios elementos, en primer lugar es un delito de acción, no es un delito de omisión; el delito de secuestro admite únicamente el dolo como forma o como elemento subjetivo; el delito de secuestro no admite ni la omisión, ni la culpa como elemento subjetivo, sin embargo el Tribunal o la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, en la sentencia recurrida, determina claramente cómo se encuentra tipificado; y, actualmente el artículo 161 abre la posibilidad de que ahora el secuestro puede ser culposo; este hecho va en contra de la naturaleza misma del tipo penal. (…)"

- "(…)El Código Integral Penal, sostiene que el delito de secuestro es un delito de acción y es un delito que necesariamente debe conllevar dolo más no culpa, es un tipo doloso activo o doloso de comisión del delito de secuestro podrá ser un delito de omisión de un delito culposo. (…)" [se hace referencia a un criterio doctrinario (Muñoz Sánchez) en torno al delito de secuestro, y señala que es ?indispensable que para que exista debe llevar consigo el animus, debe llevar consigo el elemento doloso de causar un perjuicio, debe llevar consigo la efectiva intención de causar daño,…"]

- "(…) estos hechos nuevamente nos pone en el campo de la acción más no de la omisión y en el campo del dolo más no de la culpa, como ha determinado el Tribunal; (…)"

- "(…) los verbos rectores del delito de secuestro son el retener, ocultar, arrebatar, trasladar, y según la sentencia recurrida el procesado adecuó su conducta por omitir y la omisión no está dentro del tipo penal del artículo 161 del COIP; (…)"

- "(…) es evidente también que la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, [no] solamente mal interprete el artículo 161, sino que se extralimitó en su administración; (…)"

Pretensión:

"(…) solicit[a] en caso de haber cometido algún error- señores jueces se considere lo determinado en el artículo 157 numeral 6 del COIP."

1.3.3.- Contradicción por parte de Fiscalía General del Estado

La doctora Zulema Pachaca, Nietos, delegada de la señora Fiscal General del Estado, manifestó en lo principal-:

- Con relación al recurso de los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Romel Marcelo Cárdenas Freire y Rolando Viteri Torres. –

- "(…)su defensor el abogado Barrionuevo ha iniciado indicándonos los elementos fácticos por el que se investigó, procesó y sentenció a los hoy recurrentes; sin embargo, de lo que ha manifestado señores jueces lo que no ha dicho este momento la defensa técnica de los procesados recurrentes es que en la sentencia que hoy se recurre, dictada por la sala penal de la Corte Provincial de Justicia del Tungurahua, es que, de acuerdo al testimonio de la víctima, ella ha sido trasladada a un centro de rehabilitación llamado la ?Fortaleza? contra su voluntad, (…)"

-"(…) en los elementos fácticos que constan en la sentencia, al no haber sido con el consentimiento de la víctima trasladada a dicho centro, la conducta de los procesados, claro que efectivamente se adecua al artículo 161 del COIP, (…)"

- "(…) por otra parte, ha dicho que si existe una contravención expresa del artículo 29 y 455 del COIP y en esta audiencia únicamente se ha referido a la antijuridicidad del artículo 29, sobre los elementos que constituyen el 455 no ha manifestado nada y ha indicado que no existe violencia, (…)"

- "(…) [en cuanto a que no existe nexo causal] si leemos la sentencia encontramos debidamente constante escritos los elementos en los cuales fiscalía se basó y estos son el testimonio de la víctima y los testimonios de las personas presentes que estuvieron prácticamente en el momento en el cual la víctima fue subida a una camioneta contra su voluntad, pues inclusive los mismos procesados, en su testimonio manifiestan que acordaron, planificaron por parte de su familia, trasladarlo a un centro de salud, en este caso al de la Fortaleza para supuestamente ser tratada psicológicamente, aduciendo que su comportamiento no era el correcto contra su madre y su hermana, en esta circunstancia, la fiscalía y por ende, los jueces que analizaron los elementos fácticos y jurídicos contrarrestados con los elementos probatorios respecto de la conducta de los hoy procesados recurrentes, claramente lo adecuan a dicho texto jurídico, en esta circunstancia, (…)"

- *"(…) no existe la contravención expresa del artículo 29 porque, su conducta está previamente escrita y pues su comportamiento debió haber sido otro y por lo tanto lo que hicieron en dicha época constituye un delito con el cual se encuentran juzgados los procesados, (…)"*
- *"(…) [En cuanto a que han sido juzgados en base a presunciones] no han sido juzgado en base a presunciones, sino en base a pruebas elementos que se encuentran totalmente probados; (…)"*
- *"(…) no podemos hablar de que exista una contravención expresa de los artículos 29 y 455 del COIP, de qué el 455 no fue esbozado en esta audiencia, pues el nexo causal, se encuentra claramente justificado en base a la norma jurídica (…)"*
- "(…) fiscalía solicita que se declare improcedente el recurso de casación interpuesto por los hoy procesados. (…)"

• Con relación al recurso del encartado Pedro Vargas Saldan

- *"(…) se ha referido a la errónea interpretación del artículo 161 del Código; y, para que exista una errónea interpretación de la norma, claramente saben ustedes que la norma se encuentra correctamente aplicada, pero que el alcancé con los cuales han sido analizados los elementos facticos, probatorios no llegan a un razonamiento lógico, en el que así, como han llegado los jueces (…)"*
- *"(…)para justificar está errónea interpretación de la norma, claramente nos ha manifestado, de que en el considerando cuarto, para llegar previamente a analizar lo manifestado por la defensa técnica, del recurrente Pedro Vargas, es pertinente señalar que completando lo manifestado por la defensa técnica que le antecedió, es necesario señalar que el señor Pedro Vargas Salma, era el dueño o es el dueño, no sé, del centro la Fortaleza y donde fue recibida la víctima, pues ha indicado que los jueces, para llegar a su análisis y adecuar su conducta al artículo 161, han razonado indicando de que el hoy recurrente Pedro Vargas Salman, al ser el propietario de dicho centro de rehabilitación, ha omitido ciertos procedimientos reglamentarios del manual de la Organización de la Salud, (…) "*
- *"(…)dicho razonamiento se encuentra en sentencia, sin embargo, debo decir que está enmarcado dentro del Art. 161, como autor directo, como lo dice la sentencia hoy recurrida, pero al haberse omitido ciertos procedimientos, también omitió ahí el consentimiento de la víctima, sin embargo, los verbos rectores del artículo 161 en su totalidad no se encuentran prácticamente cumplidos por lo que a criterio de fiscalía solicito que la conducta del hoy procesado, sea enmarcada dentro del artículo 43 del COIP, por cuánto los verbos rectores del artículo 161 no serían, los correctos a aplicarse; (…)"*
- *"(…)por otra parte, ha indicado de que el secuestro es de acción y no de omisión como así lo señalan los jueces de la Corte Provincial de Tungurahua, por lo tanto también indica de que no hubo dolo, no se causó daño y que al contrario en el tiempo que la persona estuvo internada en dicho centro, prácticamente colaboró y jamás indicó a ninguna persona de que ella se encontraba retenida contra su voluntad, afirmación que en la sentencia tampoco consta. (…)"*

1.3.5.- Contradicción por parte de la acusación particular

El doctor Ernest Alvarez Robert, en representación de a acusadora particular Jesús Carmen Cárdenas Freire, manifestó en lo principal que:

- *"(…) La sentencia dictada por Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Tungurahua, es resultado de convicción y del criterio de que se encuentran configurados de manera clara y precisa los fundamentos de la acusación, relacionados con la materialidad de la infracción y con la responsabilidad de que el delito de secuestro se cometió, no hay duda para que se apliquen en favor de los procesados (…)"*
- *"(…)la defensa de los señores Freire, Cárdenas y Viteri, al momento de hablar de los antecedentes, reconoció en forma expresa que la familia se reunió, acordó, resolvió y consumó, llevarle a la señora a un centro social, (…)"*
- *"(…) hay un reconocimiento expreso del delito sin que se les haya obligado a criminalizarse, conocieron como también lo reconocieron cuando se rindieron sus declaraciones, (…)"*
- "(…) [con relación a la situación del señor Vargas Salman] la Fiscalía ha expuesto con claridad total y absoluta; sin embargo, ya que su malestar, contrató al señor Pedro Vargas Salman, con la señora Carmen Freire, para la asistencia de un centro supuestamente de

rehabilitación, tanto que jamás contó con el permiso de ninguna naturaleza, (…)"

- "(…) en los términos que se lo ha fundamentado [los recursos de casación], la consideró, que está pasando de lo que es materia de recursos técnicos, la casación es la norma infringida de la sentencia, de tal suerte, me sumo al pedido de la señora fiscal."

2.- ANÁLISIS JURÍDICO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

2.1.- Competencia

i.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 (COFJ) en su artículo 183, sustituido por la Ley Orgánica Reformatoria al COFJ, 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.

ii. 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 (CRE), artículo 10 inciso 2, 184 y 186.1 del COFJ; y, artículo 656 y siguientes del COIP.

iii. Conforme ya quedara referido los numerales vi y vii del subpunto 1.2, el Tribunal al cual le ha correspondido conocer y resolver el presente medio de impugnación ha quedado integrado por los doctores: Marco Rodríguez Ruiz (Juez Nacional Ponente), José Layedra Bustamante e Iván León Rodríguez, Conjuez y Juez (e) Nacionales.

2.2.- Trámite

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera del COIP, 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 en el referido código Orgánico.

2.3. Validez procesal

El presente recurso de casación se ha tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 656 y siguientes COIP, en observancia de lo contemplado en el artículo 76.3 de la CRE, por lo que se declara su validez.

2.4.- Reflexiones acerca del recurso de casación

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 CRE[10]; es por ello, que en efecto, las personas tienen el derecho a reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta, en la realidad, cierta situación jurídicamente relevante que puede afectar a sus intereses y derechos. Dentro del proceso judicial, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

De lo advertido deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso. [11]

[10] La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado"… [que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela?? [Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009].

[11] Samuel Ramírez Poveda en su obra ?Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal? (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: ?La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario,

El recurso de casación, como un recurso extraordinario, a diferencia de los recursos ordinarios que se ejercen en las instancias, tiene finalidades específicas determinadas en la ley (violación de la ley, ya por: **i)** contravención expresa de su texto; **ii)** indebida aplicación; y/o, **iii)** errónea interpretación); circunscritas a la reparación de los yerros en el fallo impugnado.

En cuanto a las "causales" para que opere este recurso extraordinario, aquellas han sido descritas por este órgano jurisdiccional, de la siguiente forma:

> (…) **a)** Error de omisión, que es al que se refiere el mentado 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. **(…)**[12]

2.5.- Examen de Casación

Ubicados que han quedado, por un lado, el escenario causal de los argumentos de los recurrentes; así como, por otro, los parámetros de este medio de impugnación, se procederá a despejar y/o dar respuesta a los cargos esbozados, desde el marco de las causales establecidas en la ley.

2.5.1.- El suscrito Tribunal Casacional, desde su rol como 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-; previo a despejar los argumentos de los casacionistas -lo cual se hará más adelante-, habida cuenta que el proceso que ahora nos ocupa, traído hasta esta sede casacional deviene del delito de ?secuestro?, considera pertinente realizar el abordaje de este tipo penal, a fin de comprender el sub júdice; y, sobre todo para determinar con claridad meridiana si en la sentencia impugnada existe o no algún error de derecho que amerite ser casado.

En el COIP, este tipo delictual se encuentra tipificado en y sancionado en el artículo 161 que señala: *"La persona que prive de la libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena de prisión de 5 a 7 años."*

Cabe mencionar, que el "secuestro" tiene vigencia desde los tiempos primitivos cuando, según la tradición, hubo casos innumerables de secuestros de

mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (?) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."

[12] **CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO**. Resolución Nro. 942-2013, mediante la cual se resuelve el recurso de casación signado con el Nro. 508-2013.
El tema medular de la casación es la violación de la ley ya sea por: i) contravención expresa de su texto; lo cual implica la comparación de la narración con el supuesto fáctico. Hay que señalar que cuando se alega esta causal, lo que el recurrente indica es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador; es por ello, que en este sentido, se debe hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el juzgador y el supuesto fáctico de la norma, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error; ii) indebida aplicación (error de pertinencia); la indebida aplicación es el yerro que comete el juzgador al aplicar una norma jurídica cuyo supuesto de hecho no corresponde a la narración fáctica de la conducta que se intenta juzgar en el fallo. Al igual que el error anterior, se debe hacer una contraposición de estos dos elementos, si la norma jurídica no se adecua a la narración del juzgador, y pese a esto, él la ha aplicado para resolver, la vulneración se habrá configurado; y, iii) errónea interpretación (error de interpretación propiamente dicho); que implica el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma; este yerro a diferencia de los anteriores, no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; cuando el recurrente alega esta causal, se acepta que la norma utilizada por el juez es la correcta, empero, se impugna la manera en la que éste ha interpretado el sentido y alcance de sus consecuencias jurídicas.

príncipes, princesas, etc., no solamente con el propósito de obtener beneficios y recompensas en especie y dinero, sino también para fijar condiciones de guerra[13]

Etimológicamente hablando, la palabra secuestro tiene su origen en el vocablo latino secuestraré, que significa "apoderarse de una persona para exigir rescate, o encerrar a una persona ilegalmente"[14]

El concepto de secuestro ha merecido la atención de connotadas doctrinas, así tenemos a Francisco Carrara quien dice: *"es la sustracción de una personas con fines de lucro o venganza, hecho por medio de la violencia o fraude";* Guissepe Maggiore señala: que *"consiste en someter a una persona al propio poder, reduciéndola a un estado de sujeción";* para Etcheverry dice que el secuestro consiste en encerrar o detener a otro sin el derecho, privándolo de la libertad.[15]

De las definiciones señaladas y la determinación tipificada en el artículo 161 del COIP, podemos colegir que el delito de secuestro consiste en privar ilegalmente de la libertad a una persona en contra de su voluntad. Ahora bien, entendido a breves rasgos lo que es el secuestro, cabe señalar también que, acorde con nuestra legislación, existen alguna clases de secuestro; y, entre ellas tenemos: el secuestro extorsivo (que se halla tipificado en el artículo 162 COIP); dentro del cual, a su vez, se encuentra: el secuestro económico[16]; iii) el secuestro express[17]; el secuestro profesional[18] el secuestro improvisado[19] y, el secuestro de aeronaves[20]

Dentro del secuestro, también es de suma importancia destacar lo que se conoce como la simulación de secuestro, contenida en el artículo 163 COIP, que nos dice que este tipo de simulación lo realiza "La persona que simule estar secuestrada, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años."

Este tipo penal afecta directamente a la libertad individual, entendida como *"la facultad que tiene el hombre de ejercer las propias actividades, tanto físicas como morales, en servicio de sus necesidades y con el fin de alcanzar un destino en la vida terrenal"*[21]; para Bramont Arias este tipo penal protege la libertad personal pero en su manifestación como libertad ambulatoria o de locomoción, es decir, la capacidad del sujeto de trasladarse de un lugar a otro[22].

El tipo objetivo de lo injusto, así como la conducta típica consiste en privar a una persona de su libertad sin derecho; tratándose, claro está, de una detención ilegal, en lo cual, para ello la víctima ha de hallarse privada de libertad y privada de reintegrarse a su hábitat habitual; el comportamiento consiste en privar a una persona, sin derecho, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro aunque lo importante no es la capacidad física de moverse por parte del sujeto pasivo, sino la de decidir el lugar donde quiere o no estar, a pesar de que se le deje cierto ámbito de desplazamiento que la víctima, no obstante, no puede físicamente traspasar, supuesto en el que se configura el delito, precisamente, por la existencia de tales límites impeditivos.

2.5.2.- Una vez que ha sido abordado el tipo penal del "secuestro", que han quedado, claro sus elementos; cabe ahora remitirse y/o despejar los

---

[13] Hacia el año 1500 antes de Cristo, el secuestro había creado hondas raíces en Grecia, Libia, Egipto y Sicilia, lo que le proporcionaba bases significativas para ampliar el crimen que se cometía en el mar; y casi legalizar el sistema. En esos momentos iníciales fue cuando el "secuestro" llegó a su apogeo y se consolidó como sistema económico. (PULIDO BARRANTES Carlos Alberto, El Secuestro, Revista, pág. 35]

[14] MAGIORE, GUISSEPE *"Derecho Penal"*. De: Times Buenos Aires-Argentina 1.995, II, Pág. 57.

[15] ETCHEVERRY Alfredo *"Derecho Penal Parte Especial"*, Tomo III, 1987, pág. 134.

[16] Esta modalidad es la más usual, realizan este tipo de secuestro a personas dedicadas a negocios o que se desenvuelven en el ambiente de las finanzas, la industria, el sector agrícola e incluso la política. Estas actividades los ubican como potenciales víctimas y oportunidades para que los plagiarios obtengan valiosas cuantías.

[17] Se puede definir como la retención de una o más personas por un período corto de tiempo (horas o días), durante el cual, los delincuentes exigen dinero a los familiares de las víctimas para su liberación.

[18] Ejecutado por la delincuencia organizada, presentándose en áreas urbanas y semi-urbanas, teniéndose en cuenta que la ejecución se hace bajo el seguimiento cabal de un patrón de comportamiento.

[19] Estos secuestros también son planeados y llevados a cabo por menores de edad que no tienen experiencia delictiva.

[20] Esta modalidad delictiva se presenta como una nueva forma de terrorismo, aún más peligrosa que el secuestro individual, puesto que se expone al peligro un número mayor de personas. Su ejecución siempre ha estado bajo la autoría de grupos extremistas, que con sus acciones exageradas han puesto al mundo a la expectativa.

[21] BRAMONT Arias Torres. *Manual de Derecho Penal*, parte especial. Lima Editorial San marco. Pág. 169.

[22] QUERAL JIMENEZ Joan *Derecho Penal español*. Barcelona. Editorial Boch 1996. Pág. 117.

argumentos entiéndase alegaciones o reproches planteados por los casacionistas-, desde la óptica estricta de las causales casacionales o errores *in iure* que prevé la norma, esto es: **"error de omisión o contravención expresa"** reprochado por los encartados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres; y, **"error de interpretación o errónea interpretación propiamente dicho"** alegado por el procesado Pedro Jorge Vargas Salma; es así que:

2.5.2.1.- Cabe dejar precisado, una vez más, que el medio de impugnación que ahora nos ocupa se trata, primero, de un recurso extraordinario y, segundo, de uno de orden eminentemente técnico, que obliga al casacionista a desarrollar un esfuerzo técnico-jurídico en la manera de cómo presentar los cargos[23] casacionales.

La Corte Nacional y la ex Corte Suprema de Justicia a hecho esfuerzos en cuanto a explicar cuál es la técnica adecuada para la debida presentación y sustentación del recurso, conceptualizando cada una de las causales y explicando la manera correcta de cada una de ellas.

2.5.2.2.- En cuanto al reproche de: "contravención expresa a los artículos 29 y 455 del COIP" alegado por los procesados: Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres.

Conforme quedó ya precisado en el numeral 1.3.1 de este fallo, para lo cual, en lo medular se ha esgrimido: que se habría vulnerado lo previsto en los artículos 29 y 455 COIP; que existió una vulneración en la aplicación de la antijuridicidad; que la privación de la libertad no existió y que a la vez existió un acto humanitario; que a la víctima se la llevo voluntariamente a un centro de rehabilitación; que en los 17 días que estuvo internada recibió ayuda psicológica, médica y legal; que no se justificó la antijuridicidad; y, que no se estableció el nexo causal entre la valoración probatoria respecto de la materialidad y responsabilidad.

Planteada así la alegación, para despejar la misma, es menester señalar que el presente reproche se lo ha realizado bajo la causal de contravención expresa (error de omisión); de allí que, resulta pertinente señalar que este tipo de yerro in iure desde el marco de la técnica jurídica necesaria- implica obligatoriamente la comparación de la narración realizada por el juzgador en su sentencia versus el supuesto fáctico que prevé la norma (en este caso los artículos 29 y 455 COIP); ahora bien, se debe reparar que, cuando se alega esta causal o cargo, lo que el recurrente debe indicar, imperiosamente, es que una norma del ordenamiento jurídico no ha sido aplicada por el juzgador (falta de aplicación); es por ello que, en este sentido, huelga reiterar, que se debió hacer una comparación entre la narración de los hechos que hace el Tribunal *Ad quem* juzgador y el supuesto fáctico de la norma; y, si ambos coinciden y la norma jurídica no fue considerada para resolver, se encontrará configurado el error, caso contrario no.

Es así que, una vez precisado que ha quedo el yerro in comento, acorde con lo alegado por los casacionistas y que consta detallado en el punto 1.3.1; insistiendo en que el error de derecho denominado contravención expresa al igual que todos los demás- demanda de su debido tecnicismo, ya que no cualquier alegación puede ser planteada bajo el reproche general de contravención expresa, y tiene que hacerse alusión a los casos que la jurisprudencia y la misma norma sugieren en cuanto a lo que constituye tal error *in iure*; y, de lo alegado por la defensa técnica de los recurrentes, aquello no ha ocurrido, pues, simplemente se ha hecho una exposición de la inconformidad de lo que su decir-, ha sido la forma como ha sido aplicada la norma, lo cual no debe necesariamente desemboca en una violación directa de una norma; y, es más se ha pretendido que se revisen los hechos y se revalore el acervo probatorio, lo cual se encuentra vedado para este escenario casacional por expresa prohibición del artículo 656, inciso segundo COIP .

Es por ello que, el presente reproche anterior al no haber sido fundamentado de manera adecuada, no permite a este Tribunal prosperar en un análisis casacional, y hace que el cargo resulte improcedente.

2.5.2.3.- En cuanto al reproche de: *"errónea interpretación del artículo 161"* alegado por el encartado Pedro Jorge Vargas Salman.

[23] Entendiendo tal concepto como la manifestación de la inconformidad del recurrente, en contra de un razonamiento especifico del juzgador que ha emitido la sentencia impugnada.

La defensa técnica del recurrente conforme consta precisad en el numeral 1.3.2 de este fallo-, desarrolla su argumento, nuclearmente, a partir de: que el secuestro es un delito de acción; que no se justifica que haya lesividad o daño al encerrar a la víctima con el ánimo de que reciba tratamiento psicológico y médico; que es relevante lo manifestado por la propia acusación particular en cuanto a que no exista un permiso de funcionamiento de la clínica; que no son elementos propios del delito penal que exista el permiso.

Planteado así este reproche; y, manteniendo el mismo hilo conductor desarrollado en el sub punto anterior al despejar el cargo planteado por los recurrentes anteriores; este Tribunal hace referencia de manera primigenia al tipo de error in iure alegado, que en este caso es el de ¿errónea interpretación?, debiendo preciarse que, cuando se alega tal yerro (errónea interpretación de un precepto), más allá de que, conforme ya ha sido precisado por la doctrina y varios fallos de este órgano jurisdiccional, la errónea interpretación presupone que la norma aplicada por el juzgador de última instancia ha sido la correcta (en este caso el artículo 161 COIP que tipifica el delito de secuestro) y, la falla que comete el juzgador estriba en el sentido o extensión que se le ha dado a la norma; este error debe subyacer en el análisis del sentido y alcance de las consecuencias jurídicas de la norma y, a diferencia de los otros errores de derecho (de omisión y pertinencia), no se provoca en la adecuación de la narración fáctica que hace el juzgador con el supuesto de hecho de la norma; es decir reiterando-, 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.

Es así que, una vez que queda en claro el alcance y la forma en que amerita ser argüido este cargo casacional, al despejar lo alegado por la defensa técnica del recurrente Vargas Salman y que yace precisado *ut supra*; se tiene que, desde la técnica casacional implicaba que el casacionista puntualice con claridad, con precisión meridiana, cuál es la interpretación que dio la Sala de la Corte Provincial de Tungurahua (Tribunal *Ad quem*); para luego hacer la mención de cuál es la interpretación correcta que se debió haber dado; para evidenciar así, como resultado en comparación de estos dos elementos, el error en la interpretación que ha cometido el juzgador de última instancia; lo cual, en el presente caso, y conforme ha quedado suficientemente señalado no ha ocurrido.

Ahora, si bien en es cierto que se ha hecho una exposición pretendiendo explicar el caso, los hechos y las pruebas, empero, no es menos cierto que desde el punto de vista técnico, no se ha desarrollado ninguna argumentación sólida que permita a este Tribunal Casación, determinar el por qué, cómo, cuándo, o dónde subyace tal yerro de derecho; esto es, en el sentido de puntualizar exactamente cuál fue el sentido equivocado que se dio de interpretación al artículo 161 COIP y cuál era el sentido correcto que se debió haber dado; adicionalmente, y desde el parámetro de la "trascendencia" -esto es, como elemento relevante que debe contener el recurso de casación, lo que se conoce como relevancia del yerro-, es decir, cómo afecto en la sentencia el equívoco y cómo hubiera cambiado la decisión al momento de hacer la correcta aplicación, tampoco ha sido desarrollado por el casacionista.

Amerita reparar que, una de las causales que implica mayor complejidad en su justificación es precisamente la errónea interpretación, en tanto y en cuanto se adentra -imperiosamente- en un campo muy subjetivo en torno al razonamiento jurídico que hacen los juzgadores de instancia; de allí que, lejos de aquello, lo cual, en la forma que ha sido alegado este reproche no permite a este Tribunal prosperar en un examen casacional, y hace que se lo declare improcedente, por falta de fundamentación.

2.5.2.4.- Como corolario, y a manera de comentario general, hay dejar precisado que los cargos casacionales tienen que ver con el derecho sustantivo más no con el derecho procesal, toda vez que este escenario no instancia- versa sobre violaciones de derecho, no de hecho que son motivo de otro recurso en este caso el de revisión; de otro lado, se debe tener presente la prohibición expresa para este medio de impugnación extraordinario, en cuanto a que se encuentra vedado en este escenario la revisión de hechos y revaloración probatorio; es por ello que, en la forma cómo han sido planteados los reproches -ya despejados-, incluso, cabe considerar ameritaría que este Tribunal se adentre en la revisión y valoración del acervo probatorio, pues se pretende, que se revisen testimonios, documentos, etc.; lo cual no es procedente.

3.- RESOLUCIÓN

Sobre la base de lo queda expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar,

Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", al tenor del artículo 657 del Código Orgánico Integral Penal, resuelve:

3.1.- Declarar improcedentes los recursos de casación interpuestos, por un lado, por los procesados Luisa Mercedes Freire Rodríguez, Rommel Marcelo Cárdenas Freire y Gregori Rolando Viteri Torres.; y, por otro, por el encartado Pedro Jorge Vargas Salman; al no haber justificado, conforme a derecho, sus argumentaciones y sin que pueda evidenciarse algún error de derecho que pueda ser corregido de acuerdo a la facultad oficiosa que tiene este Tribunal.

3.2.- Una vez ejecutoriado el fallo de casación, devuélvase el expediente al órgano jurisdiccional de origen. Notifíquese y Cúmplase.

f) Dr. Marco Rodríguez Ruiz, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dr. Iván León Rodríguez, JUEZ NACIONAL (e) (VOTO SALVADO); Dr. José Layedra Bustamante, CONJUEZ NACIONAL (e).

Gaceta Judicial

año 2019

SALA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 09359-2015-03253
Resolución Nro. 0011-2019
Fecha: 04 de enero de 2019, a las 14h33

TEMA: Despido intempestivo de una mujer en periodo de lactancia y en estado de embarazo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora propone juicio laboral en contra de la entidad demandada, quien argumenta que ingresó a prestar sus servicios en calidad de jefa de importación, que fue despedida de su trabajo, al momento del despido se encontraba en período de lactancia y cursando en la quinta semana de embarazo, y desde esa fecha su empleadora no le cancela su liquidación. Que en el acta de finiquito generada por el empleador se le reconoce: el pago de las indemnizaciones previstas en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo, pero en el mencionado documento no consta el pago de rubros laborales pendientes, entre los que reclama: pago de la décimo tercera y cuarta remuneración, vacaciones del último período laborado, la actora dentro del juicio no solicita la declaratoria de despido ineficaz, como tampoco el reintegro a su puesto de trabajo. Sin embargo la actora reclama por las indemnizaciones de los Arts. 154 y 195.3 del Código Laboral. En la especie a partir de la aplicación de la Ley Orgánica Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se abolió la indemnización del Art.154 del Código del Trabajo, y a partir de esa fecha, para acogerse a los beneficios del Art. 195.3, debe solicitarse que se declare la ineficacia del despido y el reintegro a su puesto de trabajo de la mujer en estado de embarazo como medida cautelar; y en el caso de haberse declarado la ineficacia del despido, y pese a ello la trabajadora no hubiese querido incorporarse al trabajo, allí recién nace el derecho de acogerse a la indemnización prevista en el Art. 195.3 del Código del Trabajo.- En consecuencia, por estas consideraciones, el juez de primera instancia, declara que no es procedente ordenar las indemnizaciones previstas en los Arts. 154 y 195.3 del Código del Trabajo.- Entre sus reclamos está el pago de utilidades, procesalmente no existe constancia alguna que la empresa demandada haya generado utilidades. Para efectos de la liquidación a practicarse, se tendrá como tiempo se servicio, el constante en el juramento deferido rendido por la actora, esto es, 2 años, 4 meses,17 días, y la remuneración percibida (USD….)$.- Por lo descrito el Juez de primera instancia declara parcialmente con lugar la demanda y dispone que la demandada, por sus propios derechos y por los que representa de la compañía, pague a la actora, los valores que se liquidan a continuación: Por despido intempestivo, desahucio, proporcional de décimos tercera y cuarta remuneración, días de sueldo adeudado; con el triple de recargo.-

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la sentencia de primer nivel la actora y el demandado, interponen recurso de apelación. La parte accionante en su demanda expresa que fue despedida de forma intempestiva.- La accionante reclama el pago de los beneficios sociales, tales como décimo tercera remuneración, décimo cuarta remuneración, vacaciones del último periodo

laborado; pues de conformidad a lo que determina el numeral 1 del Art. 42 del Código de Trabajo, era obligación de la parte demandada probar el pago de estos beneficios y no habiendo constancia procesal que la demandada haya cancelado los valores reclamados, se ordena el pago de la décima tercera y décima cuarta remuneración, así como el pago de vacaciones, con los intereses de ley previstos en el Art. 614 del Código del Trabajo; además el pago de la remuneración correspondiente de junio a julio del 2015, y no habiendo constancia procesal que su empleadora haya cumplido con la cancelación de la fracción de la última remuneración, se ordena el pago con el recargo previsto en el Art. 94 del CT e intereses de ley previstos en los Arts. 94 y 614 del Código del Trabajo. Con respecto al pago de la indemnización por su estado gestacional, se reconoce el derecho de la actora a percibir esta indemnización, siendo que nada priva de su derecho a percibir este rubro el hecho de que haya optado por la vía más larga para percibirlo, esto es, el trámite ordinario de procedimiento oral contemplado en el artículo 575 y siguientes del Código del Trabajo. Es pretensión de la actora el pago de lo establecido en el artículo 154 del Código de Trabajo inciso tercero en el cual se contempla que la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico por un profesional del IESS, y a falta de esta por otro facultativo; en el siguiente inciso del citado artículo, se establece que en caso de despido o desahucio de la mujer embarazada, se ordenará al empleador a pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten. El Tribunal declara justificado el derecho de la actora de percibir la indemnización prevista en el artículo 154 del Código del Trabajo con sustento en la partida original de nacimiento de su hijo, siendo este hecho, con base en la fecha del despido intempestivo, evidentemente conocido por la parte empleadora, la actora se encontraba en goce de su derecho de lactancia garantizado en el artículo 332 de la Constitución Ecuatoriana en concordancia con lo dispuesto en los artículos 154 y 155 del Código del Trabajo por lo que es procedente el pago de dicha indemnización.-No consta en el proceso que la parte empleadora hubiere obtenido utilidades. El Tribunal de apelación, en los términos de este fallo, ordena que la entidad demandada pague a la actora de este proceso, los valores que se liquidan a continuación: Por despido intempestivo, desahucio, proporcional de la décima tercera y cuarta remuneración. Por 17 días de sueldo adeudado el tripe recargo previsto en el Art. 94 del Código del Trabajo, y lo que estipula el Art. 154 Código del Trabajo es decir por despido ineficaz.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado interpone recurso de casación, recurso que fue admitido a trámite por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, considera que el tribunal ad quem infringió los Arts. 76 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador, y 154 del Código del Trabajo. En su recurso afirma" que los jueces de segunda instancia incurrieron en aplicación indebida del Art. 154 del Código del Trabajo al declarar justificado el derecho de la actora a recibir la indemnización prevista en la norma referida, sin considerar que desde el 20 de abril de 2015, se reformó la normativa laboral por tanto el texto dispositivo no prevé ninguna indemnización. Al respecto, el Tribunal precisa que la demanda laboral suscrita por la actora fue presentada con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, y en consecuencia son aplicables al caso in examine las reformas introducidas por aquella al Código del Trabajo. De este modo, se evidencia que al tiempo de la controversia, si bien

el artículo 153 del Código del Trabajo, protegía la estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de gestación; el artículo 154 ibídem, ya no contenía el mandato de pagar indemnización alguna por despido intempestivo o desahucio a la mujer embarazada, por lo que el tribunal ad quem al haber declarado procedente la cancelación de una indemnización prevista en una norma reformada y específicamente en esa parte derogada, si bien no ha incurrido en la infracción acusada -aplicación indebida, puesto que no se verifica un error en la selección de la norma, ya que aquella es una de las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque normativo aplicable al supuesto fáctico en estudio (protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo o en cualquier condición de gestación o maternidad), ha incurrido en un error al no considerar las reformas introducidas por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Respecto a que la actora no ha demostrado dentro del proceso que el empleador conocía de manera previa la situación de embarazo de la trabajadora, cabe destacar que consta como un hecho probado dentro del proceso, que la legitimada activa era madre de un niño y que se encontraba en goce de su derecho de lactancia cuando fue despedida intempestivamente, por lo que se le otorgó la indemnización equivalente al valor de su último sueldo multiplicado por 12 meses (un año); en consecuencia, el referido rubro fue pagado por haber sido la trabajadora despedida durante el período de lactancia y no por su estado de gestación y en tal sentido la acusación formulada por la casacionista deviene en improcedente. DECISIÓN Por lo expuesto, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, en los términos de este fallo no casa la sentencia dictada por el tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2015-03253

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, viernes 4 de enero del 2019, las 14h33.

VISTOS.

ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio de trabajo seguido por Ruth Arianna Carpio Briones en contra de María Ernestina Muñoz Álvarez por sus propios derechos y por los que representa en la compañía SERVICES & MARINE TRANSPORT ESTAMARS S.A., en calidad de Gerente General; la parte demandada 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, el 9 de mayo de 2017, las 15h05, que reforma la sentencia dictada por el juez de primer nivel, así como la liquidación practicada y dispone que la parte demandada en la forma en que ha sido requerida pague a la actora los siguientes valores: "Por el Art. 185 USD $ 184.48; Por el Art. 188 USD $ 1,106.91; Por el Art. 111, proporcional, USD$ 217.28; Por el Art. 113 proporcional, USD$ 118.00; Por el Art. 71 proporcional, USD$ 69.16; Por 17 días de sueldo adeudado USD$ 209.08; por el triple recargo previsto en el Art. 94 del Código del Trabajo, USD$ 627.25, Art. 154 Código del Trabajo USD $ 4427,64 TOTAL USD $ 6959,80.- Sin costas ni honorarios que regular en esta instancia…". b) Actos de sustanciación del recurso: Mediante auto de 30 de mayo de 2018, las 12h30, la doctora Janeth Cecilia Santamaría Acurio, Conjueza de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, resolvió admitir parcialmente a trámite el recurso interpuesto. c) Cargos admitidos: El recurso de casación propuesto por la parte demandada, fue admitido a trámite únicamente por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL
PRIMERO.-
Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las doctoras María Consuelo Heredia Yerovi; Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en atención al Oficio N° 691-SG-CNJ-ROG de 26 de abril de 2018; y, Katerine Muñoz Subía (ponente), es competente para conocer y resolver el recurso de casación de conformidad con las Resoluciones Nº 004-2012 de 26 de enero de 2012; N° 01-2018 de fecha 26 de enero de 2018; y, 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 prevé: "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 613 del Código del Trabajo; y, del acta de sorteo cuya razón obra a fs. 6 del cuaderno de casación.
SEGUNDO.- Fundamentos del recurso de casación: La demandada y recurrente considera que el tribunal *ad quem* en el fallo de apelación infringió los artículos 76 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador; y, 154 del Código del Trabajo; así como la sentencia dictada el 31 de enero de 2008 en el proceso 409-2005 y publicada en el Registro Oficial N° 13 de 27 de agosto de 2009.
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…"[1]. 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".[2] Al respecto se debe precisar que, el reconocimiento del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, consagró cambios profundos en

[1] La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 35
[2] Sentencia N° 161-16-SEP-CC. Caso Nº 1792-13-EP, de 18 de mayo de 2016, p. 11 y 12)

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:

4.1. Acusaciones con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación: La casacionista con cargo a esta causal, realiza las siguientes acusaciones:

4.1.1. Considera que "…la sentencia recurrida incurre en falta de aplicación del Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República que indica '… Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento'…" ya que en su criterio al haber reclamado la actora de este juicio la indemnización por despido ineficaz, no podía seguir el trámite ordinario de procedimiento oral contemplado en el artículo 575 y siguientes del Código del Trabajo, sino el previsto a partir del artículo 195.1 ibídem, inobservancia que según afirma "…medra drásticamente el derecho constitucional a la seguridad jurídica que me asiste, al haber ejercido mi derecho a la defensa ante una pretensión planteada en una vía improcedente…".

4.1.2. Afirma que los jueces de segunda instancia incurrieron en aplicación indebida del artículo 154 del Código del Trabajo, al declarar justificado el derecho de la actora a recibir la indemnización prevista en la norma referida, sin considerar que desde el 20 de abril de 2015, se publicó el Registro Oficial Suplemento N° 483 -entiéndase la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar- que reformó dicho artículo, y por tanto el texto dispositivo no prevé ninguna indemnización. En este contexto manifiesta que el tribunal de alzada incurrió también en la aplicación indebida de la sentencia dictada el 31 de enero de 2008 en el proceso 409-2005 y publicada en el Registro Oficial N° 13 de 27 de agosto de 2009, ya que a su decir no era aplicable al caso específico "…dada su temporalidad, toda vez que a la fecha de suscitarse el hecho que se pretende ha generado un derecho reclamado por la actora, el Art. 154 del Código del Trabajo no recogía ninguna indemnización…", precisando además que el referido fallo "…establece como condición sine qua non la verificación probatoria previa del conocimiento de la situación de embarazo por parte del empleador…", lo que asegura en el proceso jamás se probó.

4.2. Problemas jurídicos a resolver: De conformidad con el planteamiento del recurso y cargos admitidos a trámite, corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

4.2.1. Dilucidar si el tribunal ad quem infringió por falta de aplicación el artículo 76 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, al no considerar que el trámite pertinente para disponer el pago de la indemnización por despido ineficaz es el previsto en el artículo 195.1 y siguientes del Código del Trabajo y no el ordinario de procedimiento oral.

4.2.2. Determinar si los jueces de alzada incurrieron en aplicación indebida del artículo 154 del Código del Trabajo, al haber reconocido en favor de la actora la indemnización prevista en la referida norma laboral, sin considerar que el precepto normativo había sido reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; y, si cometió la misma infracción con relación a la sentencia dictada el 31 de enero de 2008 en el proceso 409-2005, publicada en el Registro Oficial N° 13 de 27 de agosto de 2009, al no haberse demostrado dentro del proceso que el empleador conocía de manera previa la situación de embarazo de la trabajadora.

4.3. Aspectos relevantes considerados por el Tribunal de Casación, previo a resolver los problemas jurídicos formulados.

4.3.1. 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", es decir que está reservada a los errores de juzgamiento conocidos como "in iudicando", cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios en donde los reproches probatorios son inadmisibles, pues ocurre cuando no se ha subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa pertinente, ya sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no es la que corresponde, porque no se ha aplicado la que atañe, o porque aplicando la concerniente, se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo.

Por tanto, quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto y una consecuencia y de no contenerlo se complementa con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente el supuesto de hecho y por tanto el efecto jurídico respectivo; de modo que si se fundamenta el recurso en esta causal se debe puntualizar el vicio o yerro, teniendo en cuenta que 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. En definitiva, se reitera que el análisis que realiza este tribunal en el conocimiento de las acusaciones formuladas al amparo de la causal primera, se circunscribe a determinar si, en función de los hechos reconocidos y establecidos en la sentencia recurrida, se han provocado las infracciones argumentadas por el casacionista.

4.3.2. Cuestiones relevantes de orden constitucional:

4.3.2.1. 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).

4.3.2.2. 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)

4.3.2.3. 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".[3] (El énfasis fuera del

[3] Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 006-13-SEP-CC, Caso N° 614-12-EP

original). 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.

4.3.2.4. 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".[4]

4.3.2.5. 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 numeral 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"[5]. 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

[4] Sentencia N° 0034-09-SEP-CC, de 9 de diciembre de 2009
[5] Sentencia No. 073-14-SEP-CC, caso No. 0846-11-EP, de 16 de abril de 2014, p. 12

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.

4.3.3. Una breve referencia en relación al 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"[6]; 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 …".[7] 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"[8]. 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.

4.3.4. Marco jurídico de protección a la maternidad: mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. El Código del Trabajo en el artículo 153 vigente a la época de la controversia, disponía: "No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior. Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este Código", disposición normativa que prohíbe que de manera unilateral el empleador de por terminada la relación laboral por causa del embarazo de la trabajadora, señalando de forma imperativa que la trabajadora durante el descanso pre y post-natal no puede ser reemplazada definitivamente, pues en caso de ocurrir aquello se entenderá como despido ilegal o intempestivo. A continuación el artículo 154 ibídem, señalaba: "En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa (…) 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 (…)", previsión normativa que en concordancia con la

[6] Los principios del derecho del trabajo, Edición Actualizada, Biblioteca de Derecho Laboral, p. 67
[7] Derecho del Trabajo, Tomo 1, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Centro de Publicaciones PUCE, Quito- Ecuador, 2008, p. 46
[8] Ob. Cit. p. 52

anterior prohíbe la terminación del contrato de trabajo de la trabajadora por causa de embarazo o que se ausente de su trabajo a consecuencia de enfermedad que se origine en el embarazo o parto. La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar fue publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483, de 20 de abril de 2015; este cuerpo normativo incluyó en la legislación laboral la institución del despido ineficaz, de la siguiente forma: "Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara. Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187". En tal virtud, con esta inclusión normativa se prohibió que los empleadores despidan a las mujeres trabajadoras embarazadas o en estado asociado a la condición de gestación o maternidad, así como a los dirigentes sindicales en la forma como consta en la disposición jurídica; determinando que en caso de que se termine unilateralmente el vínculo laboral por voluntad del empleador, aquel despido será ineficaz; es decir, no surtirá efecto, debiendo por tanto la trabajadora embarazada o en estado asociado a la condición de gestación o maternidad o el dirigente sindical, de creerlo pertinente solicitar ante los órganos jurisdiccionales respectivos la declaratoria de despido ineficaz. Ahora bien, en cuanto a los efectos de la declaratoria judicial de ineficacia del despido, el legislador los estableció expresamente en el artículo 195.3 del Código del Trabajo, del siguiente modo: "Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo. Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo. Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. (…)" Así, hay que distinguir las circunstancias previstas en la norma, para comprender adecuadamente los efectos determinados en ella; en primer lugar, es evidente que si se llegase a declarar que el despido fue ineficaz por haberse incurrido en los presupuestos establecidos en el artículo 195 numeral 1 ibídem, se determinará que la relación laboral no concluyó, por lo que al no considerarse válido el despido, el empleador deberá cubrir las remuneraciones que como consecuencia del mismo haya dejado de percibir la o el trabajador más el 10% de recargo; bajo estas circunstancias, siempre que se declare la ineficacia del despido, teniendo en cuenta que la relación laboral nunca concluyó, se dispondrá el pago del rubro indicado por el tiempo desde que se produjo el despido ineficaz y hasta que se lo declaró. Es necesario puntualizar que al reputarse no válido el despido, en principio no se generaría ningún efecto jurídico más que el señalado previamente; con lo cual, la relación laboral continuaría al no haberse interrumpido. En segundo lugar, la norma objeto de análisis determina el efecto jurídico para la circunstancia de que pese a la declaratoria de despido ineficaz, la o el trabajador decida no continuar con la relación laboral, en cuyo caso, recibirá como indemnización un año de la remuneración que percibía, además de la indemnización general por despido intempestivo. Se debe indicar que el sustento constitucional de esta figura de protección a la mujer trabajadora, se encuentra en los artículos 35, 43 numeral 1, 331 y 332, que establecen: "Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado…"; "Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral"; "Art. 331.- El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el

trabajo"; y, "Art. 332.- El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos". Cabe precisar también que las normas constitucionales antes citadas guardan concordancia con lo constante en el Convenio 103, sobre Protección de la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Ecuador el 19 de enero de 1962, publicado en el Registro Oficial No. 159 de 17 de mayo del mismo año y que de manera específica en el artículo 5 numeral 1 prevé que "Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional"; y, en el numeral 6 dispone que cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del referido convenio -que entre otras prevé en el numeral 5 el derecho de la mujer embarazada a acceder a un descanso prenatal suplementario en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo-, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia. En este contexto de protección, se observa que el Código del Trabajo en concordancia con la Constitución de la República y el Convenio 103 de la OIT, reconocen la prohibición de despido de mujeres por causa de su estado de gestación o maternidad, así como la prohibición de discriminación relacionada con sus roles reproductivos, en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador al señalar que "El tema de la discriminación contra las mujeres ha sido objeto de una gran preocupación internacional, la cual ha desembocado en la suscripción de instrumentos internacionales en la materia. Destaca entre ellos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). El artículo 1 de la Convención define la discriminación en términos análogos a los establecidos en la Constitución; consistiendo la condición de mujer -y adicionalmente, la de mujer en estado de gestación- una categoría específica, protegida por la prohibición establecida en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución. Del mismo modo, entre las medidas que deben adoptar los Estados para la eliminación de la discriminación en razón del empleo, está reproducida la obligación de '... prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil'… [por lo tanto] la prohibición constitucional del despido en ocasión de la condición de gestación o maternidad no debe ser leída en forma restringida (…) En tal sentido (…) [la] definición de despido [no debe ser entendida] únicamente por medio de la figura establecida con ese nombre en la legislación laboral, sino aplicable a toda forma de terminación anticipada de la relación laboral ordenada unilateralmente por el empleador con independencia de si este último es el estado o un particular, o de la normativa infraconstitucional que regule la relación en la especie…"[9] (Lo resaltado fuera del original)

De lo expuesto se concluye que las disposiciones contenidas tanto en el bloque de constitucionalidad, como en la Constitución y normas infraconstitucionales, garantizan a la mujer embarazada o en cualquier otra condición asociada a la gestación o maternidad, el derecho a una estabilidad laboral reforzada, criterio que ha sido expuesto por la Corte Constitucional de Colombia, en los siguientes términos: "…el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad…"[10], con el fin de proteger tanto la condición especial de la maternidad, como la vida y los derechos del ser que está por nacer.

4.4. Resolución de los problemas jurídicos planteados, con el pronunciamiento expreso de los cargos admitidos a trámite en el recurso de casación

[9] Corte Constitucional del Ecuador, Gaceta Constitucional N° 19, Registro Oficial de 20 de octubre de 2016. Sentencia N° 309-16-SEP-CC, Caso Nº 1927-11-EP.

[10] Sentencia C-470/97

presentado por Marina Ernestina Muñoz Álvarez.
4.4.1. Primer problema jurídico: Dilucidar si el tribunal ad quem infringió por falta de aplicación el artículo 76 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, al no considerar que el trámite pertinente para disponer el pago de la indemnización por despido ineficaz es el previsto en el artículo 195 del Código del Trabajo y no el ordinario de procedimiento oral.
4.4.1.1. Del libelo de casación consta que la recurrente determina como norma infringida el artículo 76 que prevé las garantías del debido proceso, en sus numerales 1 y 3; sin embargo, al consignar los fundamentos que sustentan su recurso -en el apartado cuarto- ha señalado que el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República, dice: "…Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento…", lo cual pone en evidencia un grave error, pues la norma a la que hace alusión la recurrente prevé de forma expresa lo siguiente: "1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes"; no obstante lo manifestado y de la revisión de las alegaciones formuladas en el recurso, este Tribunal estima que se trata de un lapsus cálami, pues precisamente la acusación se centra en la aparente inobservancia del trámite que debía incoar la actora para beneficiarse de la indemnización por despido ineficaz, la misma que se subsume al presupuesto contenido en el numeral 3 del artículo 76 de la Norma Suprema que a su tenor literal dispone: "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"; por lo tanto, es en este contexto, en el que se procederá a realizar el análisis de la acusación propuesta por la parte demandada.
4.4.1.2. Con el objeto de confrontar las acusaciones formuladas por la casacionista en su recurso con la sentencia pronunciada por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, este Tribunal procede a revisar el contenido de la misma, observándose que en torno al trámite se ha pronunciado de la siguiente manera: "SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCESO.- En el presente proceso, no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que lo vicie de nulidad, y puesto que este se ha tramitado de conformidad con el artículo 575 y siguientes del Código del Trabajo, se declara su validez (…) DÉCIMO.- RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DEL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.- Se reconoce el derecho de la actora a percibir esta indemnización, siendo que nada priva de su derecho a percibir este rubro el hecho de que haya optado por la vía más larga para percibirlo, esto es, el trámite ordinario de Procedimiento oral contemplado en el artículo 575 y siguientes del Código del Trabajo…".
4.4.1.3. En relación con la infracción acusada, esto es la falta de aplicación de normas jurídicas, cabe señalar que ésta se produce en el momento que quien juzga no aplica el precepto jurídico que corresponde al caso que se está litigando, error que se conoce como de omisión y que de producirse determina que la decisión en la sentencia sea distinta a la acogida por el tribunal ad quem; debiendo precisarse que la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, se encuentra reservada para la infracción de normas de carácter sustantivo o de precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia impugnada, sin que este Tribunal se encuentre facultado para realizar consideración alguna respecto de los hechos, pues se parte de la base de que es correcta la apreciación realizada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia sobre el valor de los medios probatorios, como quedó señalado en líneas precedentes.
4.4.1.4. Ahora bien, la recurrente afirma que la indemnización por despido ineficaz podía haber sido dispuesta únicamente si se hubiera iniciado el procedimiento previsto en el artículo 195 y siguientes del Código del Trabajo, por lo que estima que en el presente caso, al haber demandado la actora en trámite ordinario de procedimiento oral, no procedía el pago de la referida indemnización. Al respecto, es necesario realizar las siguientes observaciones: a) El artículo 575 del Código del Trabajo, vigente al tiempo de la contienda judicial, establecía que las controversias individuales de trabajo se sustanciaban mediante procedimiento oral, el mismo que se encontraba estructurado por dos audiencias: La primera, identificada como audiencia preliminar, de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, prevista en el artículo 576 Ibídem, que establecía que en el término de dos

días posteriores a la recepción de la demanda en el juzgado, el juez la calificaba y ordenaba que se cite al demandado, convocando a las partes a la audiencia que debía efectuarse en el término de 20 días; una vez instalada la misma el juez procuraba un acuerdo entre las partes y en caso de suscitarse, este era aprobado en el mismo acto mediante sentencia que causaba ejecutoria; sin embargo, si la conciliación no hubiere sido posible, el accionado contestaba la demanda de forma oral sin perjuicio de presentar su contestación por escrito. En esta misma audiencia y de conformidad con lo previsto en el artículo 577 *ut supra*, las partes procesales solicitaban la práctica de las pruebas que estimen pertinentes para demostrar sus asertos, debiendo destacar que si las mismas correspondían a inspección judicial, exhibición de documentos y peritajes, el juez señalaba día y hora para la práctica de esas diligencias, que debían realizarse en el término improrrogable de 20 días -a esta se denominaba interaudiencia-; adicionalmente, en la audiencia preliminar, se podía solicitar como medios probatorios la confesión judicial, el juramento deferido y la declaración de testigos, las que se receptaban en la audiencia definitiva; de igual forma las partes procesales estaban obligadas a presentar en la esta audiencia preliminar toda la prueba que se intente hacer valer en juicio, la cual era agregada al proceso y en caso de que el solicitante no contare con algún instrumento o documento, debía describir su contenido, el lugar exacto donde se encuentra y la petición de adoptar medidas necesarias para lograr su incorporación al proceso. El artículo 580 de la norma citada, señalaba que la inasistencia del demandado a la audiencia preliminar se consideraba como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, no obstante se procedía en rebeldía, situación que era considerada para el pago de costas judiciales; esta disposición jurídica, también disponía que el juez ante de concluir esta audiencia estaba en la obligación de señalar día y hora en los cuales se tenga lugar la audiencia definitiva, que debía llevarse a efecto en un término no mayor a veinte días, contados desde la fecha de realización de la audiencia preliminar. La segunda, se denominaba "audiencia definitiva pública" y se encontraba regulada en el artículo 581 del Código del Trabajo, la cual era presidida por el juez de la causa con la presencia de las partes procesales y sus abogados, en esta el administrador de justicia procedía a receptar la declaración de testigos, el juramento deferido y las confesiones judiciales del actor y/o demandado; también en esta audiencia y de ser procedente, el juez disponía que se incorporen al proceso los documentos solicitados a través de la judicatura a terceras personas que hubieren remitido la información requerida a la unidad judicial en el tiempo transcurrido interaudiencias. Esta disposición normativa regulaba que en caso de inasistencia de una de las partes se procederá en rebeldía, cuestión que era tomada en cuenta al momento de dictar sentencia, para la condena en costas; y, se refiere a los efectos de la declaratoria de confeso, así como a la negativa de una las partes procesales al cumplimiento de una diligencia. El artículo 583 del Código de la materia, preveía que el juez, una vez finalizada la audiencia definitiva, debe dictar sentencia, resolviendo todas las excepciones dilatorias y perentorias, dentro del término de diez días, so pena de ser sancionado con multa impuesta por la autoridad de control correspondiente. b) Como quedó manifestado en el numeral 4.3.4. de este fallo, la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, incluyó en la legislación laboral la institución del despido ineficaz, estableciendo que la persona afectada por el despido -trabajadora en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad; o dirigente sindical- debe deducir su acción ante el Juez del Trabajo que corresponda, en el plazo de 30 días; una vez admitida a trámite la demanda, se cita a la parte empleadora en el plazo de 24 horas, existiendo la posibilidad de que en la misma providencia se dicten medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo de la persona afectada, mientras dure el trámite. Indica la norma jurídica que en la misma providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de 48 horas contadas desde la citación, la misma que se iniciará con la conciliación y en caso de existir acuerdo, se autorizará por sentencia; pero, si las partes procesales no arribaren a un acuerdo, deberán practicarse las pruebas solicitadas, luego de lo cual el Juez de Trabajo dictará sentencia en la misma audiencia. Al final de la norma, se prevé que procede el recurso de apelación con efecto devolutivo, en contra de la sentencia que declara la ineficacia del despido. c) En este contexto cabe señalar que en el Ecuador los trámites -denominados también como vías procesales- por los cuales deben sustanciarse los juicios, son de configuración legislativa, es decir que están determinados en la ley, siendo esta una atribución de la Asamblea Nacional conforme lo dispuesto en

el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República y por tanto, el Juez al momento de administrar justicia, debe observar las normas previstas en el ordenamiento jurídico y de este modo verificar que los sujetos procesales incoen sus acciones a través de los procedimientos previamente establecidos, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas aplicables al caso y evitar que de algún modo se provoque indefensión o que tal hecho influya en la decisión de la causa. d) Ahora bien, en el caso in examine, se observa que la actora del juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 575 del Código del Trabajo, ha demandado en procedimiento oral el pago de las siguientes pretensiones: despido intempestivo, la bonificación por desahucio, décimos tercer y cuarto sueldos, vacaciones, días de sueldos impagos con el recargo del artículo 94 del Código del Trabajo, artículo 154 del Código del Trabajo, utilidades e indemnización del artículo 195.3 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, de lo cual se evidencia que al existir una diversidad de pretensiones, existían dos posibilidades para la tramitación de aquellas, así la indemnización por despido ineficaz, podía haber sido sustanciada según el procedimiento establecido en al artículo 195.2 ibídem -que prevé una reducción de plazos para los litigios que se susciten con ocasión del despido ineficaz, y tiene como objetivo fundamental garantizar la permanencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como de aquellas que ejercen funciones de dirigentes sindicales, es decir, que aun cuando se hubiere producido un despido intempestivo, éste no surta efectos (Cfr. Resolución No. 05-2016 Suplemento del Registro Oficial No. 847, de 23 de septiembre de 2016)-; mientras que los demás derechos laborales que alega han sido incumplidos por parte de la empleadora, debían ser demandados en procedimiento laboral oral; no obstante la actora frente a esta acumulación de pretensiones y con el objeto de no dividir de manera innecesaria la continencia de la causa, ha decidido demandar por la segunda vía, esto es, la prevista en el artículo 575 del Código del Trabajo -procedimiento oral-, verificándose que al hacerlo ha tomado en cuenta el plazo de caducidad previsto en las reformas laborales introducidas al Código del Trabajo, mediante el artículo 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que a continuación del artículo 195 añadió el artículo 195.2 que prevé que la acción por despido ineficaz deberá presentarse en el plazo máximo de 30 días contados desde que el hecho se produjo. Ahora bien en el caso in examine y específicamente del considerando séptimo de la sentencia pronunciada por los jueces de segunda instancia, se constata que la relación laboral terminó por despido intempestivo el 2 de julio de 2015 y que conforme obra de autos la demanda laboral fue presentada en la oficina de sorteos de Guayaquil, el 14 de julio de 2015, las 17h00 -esto es a los 12 días de ocurrido el hecho-, en la misma que se hace constar que "el trámite a darse es la vía de procedimiento oral-, sin que aquello implique la inobservancia del trámite atinente a la naturaleza del asunto que se sustancia, pues conforme lo ha expuesto de manera clara y precisa la casacionista en su recurso no ha quedado en indefensión al afirmar que ha ejercido su derecho a la defensa en "…una pretensión planteada en una vía improcedente…", tanto más si se considera que la parte accionada a través del procedimiento oral ordinario, ha contado con un plazo mayor para ejercer su derecho constitucional de contradicción y defensa, sin que por tanto la tramitación de la causa en la referida vía procesal, haya influido en la decisión del controvertido. De lo expuesto se colige que la vía seleccionada para el trámite de la presente causa laboral, esto es la oral, es la adecuada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 568 del Código del Trabajo, que dispone que los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de las relaciones individuales de trabajo siempre que no se encuentren sometidos a otra autoridad, sin que de esta forma exista vulneración alguna al trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, que como ha quedado expuesto corresponde a la materia laboral, además del hecho que la demanda ha sido presentada dentro de los 30 días posteriores a la terminación de la relación laboral, consignando como pretensión el pago de lo determinado en los artículos 154 y 195.3 del Código del Trabajo, mas no el reintegro inmediato de la trabajadora a su lugar de trabajo y la subsecuente continuación de la relación laboral. En tal virtud el tribunal ad quem no ha incurrido en falta de aplicación del artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, que prevé la sustanciación de los procesos con observancia del trámite propio de cada procedimiento; o, del numeral 1 ibídem, que

impone a toda autoridad judicial el deber de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, norma que a pesar de haber sido únicamente enunciada por la casacionista en su recurso y por tanto carente de fundamentación, no ha sido infringida, pues el administrador de justicia ha aplicado las normas previas, claras, públicas y pertinentes al caso sub examine, garantizando los derechos de los sujetos procesales, particularmente el derecho de defensa y contradicción, y en consecuencia tampoco se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica como indica la recurrente; en tal virtud el cargo deviene en improcedente.

4.4.2. Segundo problema jurídico.- Determinar si los jueces de alzada incurrieron en aplicación indebida del artículo 154 del Código del Trabajo, al haber reconocido en favor de la actora la indemnización prevista en la referida norma laboral, sin considerar que el precepto normativo había sido reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; y, si cometió la misma infracción con relación a la sentencia dictada el 31 de enero de 2008 en el proceso 409-2005, publicada en el Registro Oficial N° 13 de 27 de agosto de 2009, al no haberse demostrado dentro del proceso que el empleador conocía de manera previa la situación de embarazo de la trabajadora.

4.4.2.1. La recurrente centra su inconformidad en el pago de la indemnización del artículo 154 del Código del Trabajo, dispuesto por el tribunal *ad quem*, al manifestar que el texto normativo antes invocado había sido reformado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, a partir de lo cual ya no prevé ninguna indemnización.

4.4.2.2. A fin de establecer si se produjo la infracción acusada, este tribunal procede a confrontar los cargos formulados por la casacionista en su recurso con la sentencia pronunciada por los jueces de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, evidenciándose que el órgano jurisdiccional de segunda instancia ha manifestado: "DÉCIMO.- RESPECTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DEL ARTICULO 154 DEL CODIGO DEL TRABAJO (…) Es pretensión de la actora el pago de lo establecido en el artículo 154 del Código de Trabajo inciso tercero en el cual se contempla que la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo, ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico por un profesional del IESS, y a falta de esta por otro facultativo; en el siguiente inciso del citado artículo, se establece que en caso de despido o desahucio de la mujer embarazada, se ordenará al empleador a pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten (...) El Tribunal declara justificado el derecho de la actora de percibir la indemnización en el artículo 154 del Código del Trabajo con sustento en la partida original de nacimiento del niño T.G.U.C. nacido con fecha 27 de agosto del 2014, siendo este hecho, con base en la fecha del despido intempestivo (2 de julio del 2015) evidentemente conocido por la parte empleadora, la actora se encontraba en goce de su derecho de lactancia garantizado en el artículo 332 de la Constitución Ecuatoriana en concordancia con lo dispuesto en los artículos 154 y 155 del Código del Trabajo por lo que es procedente el pago de dicha indemnización…"

4.4.2.3. El cargo de aplicación indebida, 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"[11], en este sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, manifestó: "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".[12]

[11] Recurso de Casación Civil, 4ta Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Vocatio in Ius, Bogotá, 1966, p. 322
[12] Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Laboral y Social doctor Santiago Andrade, La Casación Civil en el Ecuador, Andrade y Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 183.

4.4.2.4. En el presente caso, es pertinente señalar que el Código de Trabajo publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 167 del 16 de diciembre de 2005, establecía en el artículo 153 la prohibición al empleador dar por terminado el contrato por causa del embarazo de la mujer trabajadora; mientras que en el artículo 154 se disponía textualmente lo siguiente: "Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto.- En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa. No se pagará la remuneración por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el artículo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un período mayor. Lo dispuesto en el inciso anterior no comprende a las excepciones puntualizadas en el artículo 14 de este Código. Salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo. En caso de despido o desahucio a que se refiere el inciso anterior, el inspector del trabajo ordenará al empleador pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten". Finalmente, para reforzar la protección a la maternidad, se estableció en el artículo 155 del Código Laboral que: "…Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada lactante de la madre durará seis horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria…". Sin embargo, la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 483 del 20 de abril de 2015, introdujo reformas al Código del Trabajo, a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Mandato Constituyente N° 2; de este modo el artículo 24 numeral 2 de la referida norma, reformó el artículo 154 del Código del Trabajo -derogando el último inciso- y en tal virtud, a partir del 20 de abril de 2015 el precepto jurídico reformado ya no contenía ninguna disposición relacionada con la indemnización por despido o desahucio de la mujer embarazada. No obstante aquello y como ha quedado expuesto en el presente fallo, el artículo 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, incluyó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la institución del despido ineficaz, que prohíbe el despido intempestivo de las personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, estableciendo en el artículo 195.3 del Código del Trabajo, el derecho que tienen la persona trabajadora despedida, que a pesar de la declaratoria de ineficacia decida no continuar la relación de trabajo, recibir la indemnización equivalente a un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo.

4.4.2.5. Al respecto, este Tribunal precisa que la demanda laboral suscrita por Ruth Arianna Carpio Briones y su defensor técnico abogado Geovanny García Segarra, fue presentada en la oficina de sorteos de Guayaquil, el 14 de julio de 2015, es decir, con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, y en consecuencia son aplicables al caso in examine las reformas introducidas por aquella al Código del Trabajo. También se constata que en el libelo la actora establece como pretensiones entre otros el artículo 154 del Código de Trabajo y el artículo 195.3 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. De este modo, se evidencia que al tiempo de la controversia, si bien el artículo 153 del Código del Trabajo, protegía la estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de gestación; el artículo 154 *ibídem*, ya no contenía el mandato de pagar indemnización alguna por despido intempestivo o desahucio a la mujer embarazada, por lo que el tribunal *ad quem* al haber declarado procedente la cancelación de una indemnización prevista en una norma reformada y específicamente en esa parte derogada, si bien no ha incurrido en la infracción acusada -aplicación indebida-, puesto que no se verifica un error en la selección de la norma, ya que aquella es una de las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque normativo aplicable al supuesto fáctico en estudio (protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo o en cualquier condición de gestación o maternidad), ha incurrido en un error al no considerar las reformas introducidas por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, vigente a la época de la controversia, sin embargo dada la naturaleza

del asunto -protección a la maternidad y lactancia previstos en el artículo 332 de la Constitución de la República- es indudable que lo alegado no ha influido en la decisión de la causa ni ha ocasionado indefensión a la recurrente, presupuestos indispensables para que proceda el recurso de casación y que no se configuran en el caso bajo examen; más aún si se considera que la garantía de estabilidad no solo que se mantuvo en el artículo 154 del Código del Trabajo -que no fue derogado en su totalidad-, sino que con la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se introdujo la disposición del artículo 195.3. que reconoció el favor de la persona trabajadora despedida intempestivamente en razón de su estado de embarazo o asociado a cualquier otra condición de gestación o maternidad, una indemnización equivalente a un año del sueldo que se encontraba percibiendo al momento del despido; y es precisamente que en tal virtud al haber dispuesto el tribunal *ad quem* el pago de la referida indemnización lo ha hecho en atención al artículo 332 de la Norma *Normarum*, que establece que el Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, entre los que se incluyen derechos de maternidad y lactancia; debiendo precisar además que el artículo 43 ibídem señala que el Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, entre otros derechos el no ser discriminadas en los ámbitos educativo, social y laboral; razones por las cuales el cargo formulado deviene en improcedente.

4.4.2.6. Con relación a la acusación de aplicación indebida de la sentencia dictada el 31 de enero de 2008 en el proceso 409-2005, publicada en el Registro Oficial N° 13 de 27 de agosto de 2009, cabe señalar que la misma fue pronunciada en una circunstancia temporal distinta a la del presente caso, pues en aquella época el artículo 154 del Código del Trabajo, efectivamente se encontraba vigente y contemplaba el pago de una indemnización en favor de la trabajadora que hubiere sido despedida intempestivamente o desahuciada, sin embargo y como ha quedado expuesto en líneas precedentes, la referida disposición jurídica ha sido reformada, eliminando de su texto la referida indemnización, pero el legislador con la misma intención de protección a la maternidad, incluyó en el Código del Trabajo (artículo 195.3) la indemnización que debe recibir la persona trabajadora despedida por su embarazo o por razones asociadas a su condición de gestación o maternidad, que incluye el período de lactancia, motivo por el cual deviene en improcedente el cargo alegado. Respecto a que la actora no ha demostrado dentro del proceso que el empleador conocía de manera previa la situación de embarazo de la trabajadora, cabe destacar que consta como un hecho probado dentro del proceso, que la legitimada activa era madre de un niño y que se encontraba en goce de su derecho de lactancia cuando fue despedida intempestivamente, por lo que se le otorgó la indemnización equivalente al valor de su último sueldo multiplicado por 12 meses (un año); en consecuencia, el referido rubro fue pagado por haber sido la trabajadora despedida durante el período de lactancia y no por su estado de gestación y en tal sentido la acusación formulada por la casacionista deviene en improcedente.

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**, en los términos de este fallo no casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 9 de mayo de 2017, las 15h05. Sin costas ni honorarios. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley de Casación, se dispone entregar el cien por ciento de la caución rendida a la actora Ruth Arianna Carpio Briones, por haberse rechazado el recurso interpuesto por la demandada y por la demora en la ejecución del fallo. Actúe el Secretario/a relator/a encargad/a. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. 17731-2015-0144
Resolución Nro. 0080-2019
Fecha: 5 de febrero del 2019, las 16h54

TEMA: Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de un trabajador de su fondo de reserva con el interés del seis por ciento anual y el cincuenta por ciento de recargo en beneficio del trabajador.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Comparece el actor a demandar en Juicio Laboral a su ex empleador en los siguientes términos:" Desde el año 1990 he venido prestando mis servicios lícitos y personales en la compañía demandada, desempeñando la ocupación de jornalero agrícola, bajo relación de dependencia. El día 2 de junio del 2010, en circunstancias que se encontraba en su lugar de trabajo, se le comunica que por decisión de la empresa quedaba despedido, por lo demanda el pago de la indemnización por despido intempestivo, por desahucio, y otros rubros que le adeudan". Sin embargo consta en el proceso, una resolución de visto bueno concedido a favor de la empresa empleadora, donde se resuelve la terminación de la relación laboral, trámite sustanciado ante el Inspector de Trabajo, con lo que se evidencia la forma en que terminó el vínculo laboral; una vez que fue concedido el visto bueno en legal forma, correspondía a la compañía empleadora liquidar al trabajador con el pago de los beneficios del décimo tercer, décimo cuarto sueldo y vacaciones, sin que consten en la especie roles de pago que evidencien la cancelación de estas obligaciones, en consecuencia se ordena el pago de estos rubros.- No existe prueba documental que refleje la realización de trabajos en horas extras ni suplementarias, así como tampoco han sido probadas la existencia de utilidades en la empresa, por lo que estos rubros reclamados no se deben.- Por las consideraciones expuestas, el suscrito Juez de primera instancia, declara parcialmente con lugar la demanda, en consecuencia, pague la compañía demandada al actor los valores correspondientes a décimo tercer y décimo cuarto sueldo, vacaciones, menos el valor consignado.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

El actor inconforme con la sentencia de primera instancia, interpone recurso de apelación. Al haberse establecido la relación de trabajo entre las partes, fue obligación de los demandados demostrar los pagos a que se refiere el actor en su demanda, de la revisión de los autos, efectivamente constan el acta de finiquito, es menester para el Tribunal de apelación verificar si en sentencia se consideraron los demás años de trabajados por el actor y que dentro del proceso no se aprecia dicha solución o pago de los beneficios sociales, lo que de la revisión de la misma dictada por el juez de primer nivel, se puede colegir que si se ha considerado dicho derecho; tiempo laboral y despido intempestivo. Para efectos de liquidación se tomará la información que ofrecida por el demandado, ya

que al ser su obligación de justificar dicha relación laboral, ha adjuntado al proceso el contrato de trabajo firmado y aceptado entre los litigantes y de la misma manera consta la resolución del señor Inspector Provincial del Trabajo donde indica: el Visto Bueno solicitado por la entidad demandada justificado que ha quedado como empezó y como termino la relación laboral, no procede el reclamo de despido intempestivo. En lo que concierne al reclamo del accionante sobre el pago de fondos de reserva, de la revisión de las piezas procesales no consta una planilla de aporte al IESS, o que extrajudicialmente se haya realizado el pago al trabajador, lo que es necesario mandar a pagar dicho rubro. Por la reclamación de las horas extraordinarias y suplementarias trabajadas que alegó el actor, no consta de autos prueba suficiente alguna al respecto, para ordenar su solución o pago; Se niegan los demás rubros reclamados, ya que no aparece de autos que le correspondan al actor. En tal virtud, por lo valorado en los considerandos precedentes, acepta la apelación del actor, confirmando en lo principal la sentencia subida en grado, pero se la reforma en el sentido de que el demandado debe cancelar al actor a más de lo que liquido el Juez de primer nivel los rubros concernientes a los fondos de reserva.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con dicha resolución el accionado presentó recurso de casación fundamentado en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación (en adelante LC), el que fue admitido a trámite; alegando la errónea interpretación del art. 196 del Código del Trabajo (en adelante CT) e infracción del art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE). De lo transcrito, resulta claro que en el caso de encontrarse el trabajador afiliado al IESS, el empleador deberá cumplir con el pago correspondiente por fondo de reserva; es decir, entendida la norma en el sentido antes analizado, una vez que el empleado cumple con un año de servicios, la obligación del patrono es aportar mensualmente tal beneficio en aquella entidad. En la presente controversia conforme lo ha determinado el tribunal ad quem- nos encontramos ante el segundo caso, es decir, como cuestión indiscutida tenemos que el trabajador no fue afiliado al IESS por su empleador, ubicándonos entonces en el supuesto normativo que contempla el art. 202 del CT, que dispone:[…] Pago directo al trabajador del fondo de reserva.- Al trabajador que no se hallare afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni en los casos previstos en el artículo 200, el empleador le entregará directamente al separarse del servicio el trabajador reclamante, por cualquier motivo que tal separación se produzca, el valor total de su fondo de reserva, además de los intereses del seis por ciento anual sobre cada uno de los fondos devengados a partir de la fecha en que fueron causados, siempre que el trabajador no hubiere hecho uso anticipado de ellos en la forma que la ley lo permite. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, mientras se establezca el sistema obligatorio de seguridad social para los trabajadores agrícolas, los empleadores continuarán depositando en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el fondo de reserva que, de conformidad con este Código, corresponde a dichos trabajadores. Si para recaudar los fondos de reserva el trabajador tuviese que proponer acción judicial y la sentencia la aceptare en todo o en parte, el empleador pagará el monto correspondiente, más el cincuenta por ciento de recargo en beneficio del trabajador, corresponde al trabajador percibir el fondo de reserva, una vez cumplido el primer año de servicio. En los términos antes analizados, el Tribunal de Casación, casa parcialmente la sentencia impugnada dictada por el tribunal ad quem, en la calidad que ha sido requerida a más de los rubros que han sido ordenados por el Juez a quo y ratificados

por el tribunal de apelación- pague a favor del actor, por concepto de fondos de reserva incluido el 50 % de recargo, debiendo el juez de ejecución liquidar los intereses del 6 % anual.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17731-2015-0144

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, viernes 5 de febrero del 2019, las 16h54.
VISTOS.-
1. ANTECEDENTES:
1.1. Relación de la causa: En el juicio laboral seguido por Virgilio Cipriano Santana Vera en contra de Diego Alejandro Guerrero Izurieta, por sus propios derechos y por los que representa de la Hacienda Bananera KUMORDI, el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en Babahoyo, dictó sentencia el 14 de octubre de 2014, las 14h32, reformando el fallo de primer nivel, y ordenando pagar en beneficio del actor -a más de los beneficios determinados por el Juez *a quo*- el fondo de reserva de conformidad con el art. 202 del Código del Trabajo (en adelante CT).
1.2. Actos de sustanciación del recurso de casación: Inconforme con dicha resolución el accionado presentó recurso extraordinario de casación fundamentado en la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación (en adelante LC), el que fue admitido a trámite mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2015, las 08h59, emitido por la Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Conjueza Nacional; razón por la cual, la causa, previo sorteo y resorteo efectuado este último el 02 de abril de 2018, pasó a conocimiento de este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia integrado por la Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional Ponente, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional, y Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional. Siendo el estado procesal el de resolver, al hacerlo se considera:
1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada: El casacionista impugna la sentencia dictada por el tribunal de apelación fundamentado en la causal primera del art. 3 de LC, alegando la errónea interpretación del art. 196 del Código del Trabajo (en adelante CT) e infracción del art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE).
2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PARA RESOLVER:
2.1. Jurisdicción y Competencia: Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe constituido por las/los jueces/zas nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante Resolución número 004-2012 de 26 de enero de 2012; así como por las Resoluciones Nos. 1-2018 de 26 de enero de 2018 y 02-2018 de 01 de febrero de 2018, que se refieren, en su orden, a la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia y proporciona el Instructivo para la distribución de causas; y en este proceso en mérito al resorteo efectuado, cuya razón obra de fojas 06 del último cuaderno, realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ). Su competencia para conocer los recursos de casación interpuestos, se fundamenta en lo previsto en los arts. 184.1 de la CRE, 191.1 del COFJ, 1 de la LC y 613 del CT.
2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación por causal primera de la LC: Quien recurre argumenta que el tribunal *ad quem* ordenó satisfacer a favor del actor los fondos de reserva por $ 400,00, más el 50 % de recargo ($200,00), es decir por un valor total de $ 600,00. Sostiene que al tenor del art. 196 del CT, por cada año completo adicional al primero, el empleador está obligado a satisfacer la suma igual a un mes de sueldo; entonces, por el primer año completo de trabajo el empleado accede al fondo de reserva, el que se cobrará al final del segundo año de trabajo por un valor equivalente a una remuneración mensual. Agrega que tal beneficio se soluciona considerando el tiempo del período de la relación laboral, para este caso, desde el 02 de febrero de 2008 hasta el 23 de agosto de 2010; entonces el trabajador laboró

para su empleador dos años y seis meses, a pesar de ello el tribunal de apelación equivocadamente ordena el pago del fondo de reserva por la suma de dos remuneraciones mensuales. En suma, para la satisfacción del referido derecho, la sentencia impugnada debió considerar que por el primer año desarrollado desde el 02 de febrero de 2008 al 02 de febrero de 2009- no se debía satisfacer ningún valor a favor del actor, pues según el art. 196 del CT, este beneficio se satisface luego de aquel. Siendo que recién desde el 02 de febrero de 2009 al 02 de febrero de 2010 corresponde el pago del fondo de reserva por la cantidad de $ 200,00, que equivale a la remuneración mensual del trabajador; y desde el 02 de febrero de 2010 hasta el 23 de agosto del 2010 al no completarse un año de labores conforme lo prevé la norma en referencia- no procede pago alguno. En definitiva sostiene que se evidencia la errónea interpretación del art. 196 del CT, pues según tal disposición el pago del fondo de reserva procede una vez que se ha cumplido el año completo de trabajo, y no sus fracciones. Finalmente alega la infracción del art. 76 numeral 7 letra l) de la CRE, dado que el tribunal *ad quem* ordena el pago del recargo por el % 50 de $ 400,00 sin justificar las razones de tal decisión, por lo que la sentencia atacada se encuentra afectada en su motivación.

2.3. Sobre la casación y sus fines. La casación tiene como uno de sus principales objetivos la defensa de la legalidad, si se considera que mediante este recurso lo que se busca es subsanar los agravios cometidos por los jueces/zas en sus fallos; agregando en complemento, que propende a la unificación de la jurisprudencia con el fin de otorgar coherencia interna al ordenamiento jurídico, lo cual indudablemente propicia el respeto a la seguridad jurídica como un derecho constitucionalmente consagrado en nuestra legislación. Es un recurso extraordinario, pues su interposición procede una vez que se han agotado los recursos ordinarios. Es limitado, tanto para las partes, como para los jueces/zas; respecto de los primeros, el recurso solo se puede fundamentar en las causales taxativamente señaladas en la ley; y, con relación a los segundos, el examen de los cargos y la decisión tienen que encaminarse exclusivamente a las directrices planteadas por quien recurre. Las causales de casación son independientes; es decir, en la interposición del recurso no es posible combinar unas causales con otras en una misma fundamentación, de ahí la necesidad de individualizar cada cargo específico con la causal que corresponde. 2.4 Sobre la causal primera del art. 3 de la LC. La causal primera se configura por la violación directa de normas sustantivas siempre que exista falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de las mismas o de precedentes jurisprudenciales; previo a lo cual, quien recurre, se entiende está conforme con los hechos probados; es decir, por medio de esta causal no es procedente atacar elementos fácticos. Es así que se contemplan tres motivos: **i)** La falta de aplicación, como un vicio por omisión relacionado a la existencia de la norma, que ocurre cuando se excluye la aplicación de una disposición legal que correspondía respecto de los hechos determinados en el fallo. **ii)** Indebida aplicación, como un error de subsunción, considerando que la interpretación de la norma es la correcta, pero se la aplica a hechos que no se adaptan a su hipótesis. **iii)** La errónea interpretación como una transgresión de hermenéutica jurídica, pues aunque los hechos se adaptan a la hipótesis contemplada por la norma, el yerro se configura cuando el sentenciador le otorga un alcance o significado distinto al de su sentido. Sin embargo, la concurrencia de esos yerros no es suficiente para que la sentencia sea objeto de censura en casación, siendo indispensable que los vicios antes mencionados sean determinantes en la parte dispositiva del fallo; en otras palabras, si dichos yerros no se presentasen, la decisión hubiese sido diferente a la del fallo pronunciado.

3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

De acuerdo al recurso extraordinario de casación interpuesto, a este tribunal de casación le corresponde determinar si: 3.2 ¿En la sentencia impugnada se configura la errónea interpretación del art. 196 del CT, al ordenar el pago del fondo de reserva por el valor equivalente a dos remuneraciones, más el recargo del 50 %, sin advertir que tal beneficio se satisface recién a partir del primer año completo de trabajo, y que en este caso el vínculo obrero patronal se desarrolló por dos años y seis meses?

4. RESOLUCIÓN MOTIVADA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

4.1. Del acto jurisdiccional recurrido: Una vez determinado el problema jurídico a resolver, es necesario conocer la razón de la decisión del fallo impugnado, en cuya parte pertinente se lee lo siguiente: […] IV. Fondo de reserva. En lo que concierne al reclamo del accionante sobre el pago de fondos de reserva, de la revisión de las piezas procesales no consta una planilla de aporte al IESS, o que extrajudicial mente (sic) se haya realizado el

pago al trabajador, lo que es necesario mandar a pagar dicho rubro […] ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta la apelación del actor, confirmando en lo principal la sentencia subida en grado, pero se la reforma en el sentido de que el demandado debe cancelar al actor a más de lo que liquido el Juez de primer nivel los rubros concernientes a los fondos de reserva que se liquidan en la cantidad de cuatrocientos dólares ($ 400), más el 50% de recargo, la suma de dos cientos dólares ($ 200); valores parciales que sumados da lo cantidad de 600 (seiscientos dólares); debiéndose agregar por lo mismo a la liquidación los intereses legales previstos en el Art. 202 del Código del Trabajo, que se los liquidará al momento de ejecutarse el fallo ejecutoriado. […] **4.3** Resolución del problema jurídico: **4.3.1** ¿En la sentencia impugnada se configura la errónea interpretación del art. 196 del CT, al ordenar el pago del fondo de reserva por el valor equivalente a dos remuneraciones, más el recargo del 50 %, sin advertir que tal beneficio se satisface recién a partir del primer año completo de trabajo, y que en este caso el vínculo obrero patronal se desarrolló por dos años y seis meses? **4.3.1.1** Con el objeto de resolver sobre la infracción de errónea interpretación del art. 196 del CT alegada por quien recurre, resulta necesario conocer el contenido de tal disposición, que se transcribe a continuación: […] Art. 196.- Derecho al fondo de reserva.- Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado. El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo […]. De la norma transcrita se tiene que el fondo de reserva es un derecho del trabajador, cuya satisfacción se encuentra a cargo del empleador, teniendo como condición necesaria para su pago el haber cumplido el primer año de servicios, a partir del cual recibirá el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año completo posterior de labores. Ahora bien, una vez que el trabajador cumple con el requisito para acceder al fondo de reserva, se pueden presentar dos supuestos: i) que el empleado se encuentre afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y ii) que el patrono no lo hubiere afiliado. En el primero de los casos, puede a su vez suceder que aun cuando el trabajador se encuentre afiliado a la seguridad social, el empleador está en mora del pago de este beneficio; evento en el que, no corresponde a los órganos jurisdiccionales ordenar su pago; esto atendiendo al art. 275 de la Ley de Seguridad Social, que establece que el IESS es el recaudador de los fondos de reserva, es decir esta última entidad es a quien le corresponde tomar las medidas necesarias con el objeto de que los empleadores cumplan con esta obligación, para lo cual el art. 287 ibídem le concede incluso jurisdicción coactiva. En este punto, corresponde remitirse a la Ley de Seguridad Social (LSS), en cuyo artículo 280 vigente a la fecha de la terminación del vínculo obrero patronal- se prevé: […] Devolución del Fondo de Reserva. El afiliado que acredite treinta y seis o más aportaciones acumuladas mensuales, voluntariamente podrá solicitar que le sean entregados la totalidad o parte de esos fondos. Si el afiliado opta por retirar su Fondo de Reserva, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS devolverá el ciento por ciento (100%), o el porcentaje solicitado, del valor acumulado por aportaciones e intereses. A la persona que demostrare encontrarse cesante por dos meses o más, se devolverá inmediatamente la totalidad de su Fondo de Reserva acumulado. Los derechohabientes del afiliado, con sujeción a las normas de la legislación sucesoria, tendrán derecho a la inmediata devolución del total del Fondo de Reserva acumulado, incluido los intereses capitalizados, cualquiera sea el tiempo de imposiciones. El afiliado que hubiere cumplido la edad mínima de jubilación, tendrá derecho a la devolución total del Fondo de Reserva, incluido los intereses capitalizados, aunque no hubiera completado el número de imposiciones mínimas que le permitan acceder a la jubilación. Los fondos de reserva de los trabajadores públicos y privados se depositarán mensualmente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el equivalente al ocho punto treinta y tres por ciento (8,33%) de la materia gravada, conjuntamente con el pago de los aportes mensuales. (Énfasis fuera de texto original) Por su parte la Resolución No. C.D. 316 emitida por el Consejo Directivo del IESS, publicada en el Registro Oficial No. 201 de 27 de mayo de 2010, contempla: Art. 1.- Derecho del trabajador o servidor.- El trabajador o servidor público con relación de dependencia, tendrá derecho al pago mensual del Fondo de Reserva por parte de su empleador, en un porcentaje equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33 %) de la remuneración

aportada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, después del primer año de trabajo […]. De lo transcrito, resulta claro que en el caso de encontrarse el trabajador afiliado al IESS, el empleador deberá cumplir con el pago correspondiente por fondo de reserva; es decir, entendida la norma en el sentido antes analizado, una vez que el empleado cumple con un año de servicios, la obligación del patrono es aportar mensualmente tal beneficio en aquella entidad. Por otro lado, en el segundo caso, se entiende que el reconocimiento del derecho nace de una decisión jurisdiccional, que obliga al patrono al pago directo del fondo de reserva a favor del trabajador, por tratarse de un derecho que exclusivamente le corresponde a este último, en estricto cumplimiento del art. 202 del CT; tanto más, si justamente la omisión de afiliación al IESS es lo que evitó la recaudación de dicho fondo por parte de la citada entidad. En la presente controversia conforme lo ha determinado el tribunal *ad quem*- nos encontramos ante el segundo caso, es decir, como cuestión indiscutida tenemos que el trabajador no fue afiliado al IESS por su empleador, ubicándonos entonces en el supuesto normativo que contempla el art. 202 del CT, que dispone: […] Pago directo al trabajador del fondo de reserva.- Al trabajador que no se hallare afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni en los casos previstos en el artículo 200, el empleador le entregará directamente al separarse del servicio el trabajador reclamante, por cualquier motivo que tal separación se produzca, el valor total de su fondo de reserva, además de los intereses del seis por ciento anual sobre cada uno de los fondos devengados a partir de la fecha en que fueron causados, siempre que el trabajador no hubiere hecho uso anticipado de ellos en la forma que la ley lo permite. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, mientras se establezca el sistema obligatorio de seguridad social para los trabajadores agrícolas, los empleadores continuarán depositando en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el fondo de reserva que, de conformidad con este Código, corresponde a dichos trabajadores. Si para recaudar los fondos de reserva el trabajador tuviese que proponer acción judicial y la sentencia la aceptare en todo o en parte, el empleador pagará el monto correspondiente, más el cincuenta por ciento de recargo en beneficio del trabajador. Siendo esto así, y observando que el vínculo obrero patronal se desarrolló desde el 02 de febrero de 2008 hasta el 23 de agosto de 2010, al tenor del art. 196 del CT, corresponde al trabajador percibir el fondo de reserva, una vez cumplido el primer año de servicio. Bajo tal consideración, tenemos que como remuneración mensual del actor se fijó la cantidad de $ 200,00; resulta entonces que por el período desde el 02 de febrero de 2009 hasta el 02 de febrero de 2010, el trabajador tiene derecho a tal valor. Sin embrago de aquello, el fallo impugnado determina que el rubro a satisfacer por tal concepto asciende a $ 400,00; entendiéndose por esto que los sentenciadores de segundo nivel, reconocen dos remuneraciones, una por el período que transcurre desde el 02 de febrero de 2009 hasta el 02 de febrero de 2010, y otra desde el 03 de febrero de 2010 hasta el 23 de agosto del mismo año. Adviértase entonces que el tribunal *ad quem* yerra al interpretar el art. 196 del CT, al reconocer $ 200,00 como fondo de reserva desde el 03 de febrero de 2010 hasta el 23 de agosto del mismo año, considerando que este período no alcanza el año requerido para satisfacer una remuneración mensual completa. Ahora bien, otra de las alegaciones de la empresa casacionista es que para la satisfacción del fondo de reserva se requiere un año completo de trabajo, sin que sea procedente el pago proporcional de tal beneficio cuando el empleado no cumplió un año completo de trabajo -una vez transcurrido el primer año laborado-. Volviendo al contenido del art. 196 del CT, vale enfatizar que el trabajador se beneficia con el fondo de reserva cuando presta sus servicios por más de un año, teniendo derecho a percibir el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año subsiguiente laborado. Al tenor de esta interpretación, si a partir del primer año de servicios el trabajador no llega a cumplir el año completo subsiguiente por el que se satisface el fondo de reserva- ciertamente es improcedente la satisfacción total equiparable a una remuneración mensual; sin embargo, esto no obsta la posibilidad de recibir el pago proporcional por los meses laborados. Entonces, por el período desde el 02 de febrero de 2010 hasta el 23 de agosto del 2010, si bien es cierto el trabajador no tiene derecho a una remuneración mensual ($ 200,00), es procedente el pago proporcional por los 6 meses y 20 días laborados. Y esto es así, pues la obligación del pago por fondo de reserva a cargo del patrono debe satisfacerse de forma mensual siguiendo lo previsto en el art. 288 del la LSS y art. 1 de la Resolución No. C.D. 316-, siendo que por el año completo el trabajador se beneficia de la suma equiparable a su remuneración; es decir, esta última afirmación

constituye una base de cálculo, por lo que si el trabajador una vez generado el derecho- laboró menos de un año, deberá determinarse el proporcional del sueldo mensual conforme los meses trabajados. Dicho lo anterior, vemos que en el fallo cuestionado existe la errónea interpretación del art. 196 del CT, pues el tribunal *ad quem* ordena el pago de los fondos de reserva tomando dos años completos de trabajo luego de cumplido el primer año de servicio- cuando lo que corresponde es liquidar tal beneficio por un año, seis meses y 20 días y nada mas. Con fundamento en los argumentos que preceden, prospera el cargo con relación a la errónea interpretación del art. 196 del CT alegada por el recurrente. **4.4.** Finalmente sobre la acusación de deficiencias en la motivación propuesta por el recurrente con relación al recargo del 50% (por el pago de fondo de reserva), valga decir que la denuncia de este vicio la hace fundamentándose en la causal primera, siendo necesario advertir que dicho cargo se lo debió alegar por la causal quinta, sin que en este caso se lo hubiere planteado conforme la técnica casacional lo exige; no obstante, este tribunal al tratarse de una garantía constitucional parte del debido proceso, no se relevará de pronunciarse al respecto. Así, valga decir que aunque se aceptó a trámite el cargo planteado, en realidad se observa que la sentencia impugnada, a pesar de equivocar el método de cálculo para liquidar el fondo de reserva a favor del actor, dicho yerro no compromete la motivación de la sentencia como tal, puesto que ésta cuenta con los requisitos formales establecidos en la ley, y además no resulta contradictoria en ninguna de sus partes (requisito de fondo); además tómese en cuenta que la aplicación del 50 % de recargo deriva del art. 202 del CT, disposición que es invocada por los juzgadores de apelación como uno de los fundamentos del fallo en cuestión.

5. LIQUIDACIÓN:

Como período de relación laboral se ha reconocido desde el 02 de febrero de 2008 hasta el 23 de agosto de 2010, y de la liquidación practicada en el fallo de segunda instancia se entiende que la remuneración mensual del trabajador fue de $ 200,00; cuestiones que además no se encuentran controvertidas en este nivel. Entonces por el período que se desarrolla desde el 02 de febrero de 2009 hasta el 02 de febrero de 2010, el actor tiene derecho a una remuneración mensual, esto es $ 200,00. Desde el 03 de febrero de 2010 hasta el 23 de agosto del mismo año, se debe satisfacer el referido derecho de forma proporcional por 6 meses y 20 días, resultando la cantidad de $ 109,58. Subtotal por fondos de reserva $ 309,58. A tal cantidad se debe sumar el 50 % de recargo, es decir, $ 154,79, lo que resulta en un total de $ 464,37. Sobre este último rubro el juez de ejecución además deberá liquidar los intereses del 6 % anual, al tenor de lo previsto en el art. 202 del CT.

6. DECISIÓN:

Por la motivación expuesta, este tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", en los términos antes analizados casa parcialmente la sentencia impugnada dictada por el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos con sede en Babahoyo, el 14 de octubre de 2014, las 14h32, ordenando que la Hacienda Bananera KUMORDI, en la calidad que ha sido requerida a más de los rubros que han sido ordenados por el Juez *a quo* y ratificados por el tribunal de apelación- pague a favor de Virgilio Cipriano Santana Vera la cantidad de CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 37/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA ($ 464,37), por concepto de fondos de reserva incluido el 50 % de recargo, debiendo el juez de ejecución liquidar los intereses del 6 % anual, al tenor de lo previsto en el art. 202 del CT. Sin costas, honorarios, ni multa que regular en este nivel. Con el ejecutorial, se dispone la inmediata devolución de los expedientes al tribunal de origen. Por renuncia del titular, actúe la secretaria relatora encargada. **Notifíquese.**

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL.

III

Juicio Nro. 17371-2018-00694
Resolución Nro. 0126-2019
Fecha: 19 de febrero de 2019, a las 15h41

TEMA: Despido intempestivo, desahucio y pago de rubros laborales, desde la fecha que la entidad demandada asumió a sus trabajadores de forma directa, ya que anteriormente fueron asumidos por la empresa tercerizadora.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Dentro de la causa laboral que sigue el actor, manifiesta que, desde el 2 de mayo de 2005 y hasta el 30 de abril de 2008 prestó sus servicios lícitos y personales como chofer de la compañía SEMAD CIA LTDA., tercerizadora de la empresa privada Corporación Aeropuerto y Zonas Francas del Distrito Metropolitano de Quito CORPAQ, misma que por efecto del Mandato Constituyente 8 fue asumida directamente por la usuaria desde el 01 de mayo de 2008 hasta el 31 de agosto de 2009, que al crearse por Ordenanza Municipal la empresa Municipal demandada, continuó laborando entre el 1 de septiembre de 2009 al 31 de enero de 2011, que el artículo 5 de dicho cuerpo normativo precauteló los derechos adquiridos; que desde el 01 de febrero del 2011 hasta el 15 de junio de 2017ha venido prestando sus servicios para la entidad demandada por la sucesión jurídica establecida mediante Ordenanza Municipal; que n todo este lapso y por motivos de los cambios legales la relación laboral inició desde el 02 de mayo del año 2005, y concluyó el 15 de junio de 2017, en cuya fecha fue notificado con el despido intempestivo. Con tales antecedentes, y al amparo de las normas que cita en su libelo, demanda el pago de: 1) Despido intempestivo; 2) Desahucio; 3) Proporcionales décimos tercero y cuarto sueldos 2016-2017; 4) Proporcional vacaciones 01/01/2017 a 15/06/2017. En la cual después de haber valorado las pruebas planteadas por las partes procesales se ratifica el tiempo de servicios prestados desde el 02 de mayo del 2005, hasta el 15 de junio de 2017, siendo a última remuneración la cantidad de (USD….), y de acuerdo al Art. 371 inciso segundo, se procede a liquidar por la cantidad de (USD……) Por lo anteriormente expuesto, la Jueza acepta parcialmente la demanda y ordena a la parte accionada el pago de (USD$.....) a favor del actor, por los derechos laborales que le asisten en calidad de ex trabajador. Amparada el en Art. 256 del COGEP, la Jueza eleva el fallo en consulta a la instancia superior.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión del Tribunal ad quem, la accionante interpone recurso de apelación en virtud de aquella sentencia condenatoria en contra de esta Institución Pública, la Jueza Aquo ha elevado en consulta su sentencia, la misma que acepta de manera parcial la demanda planteada. El tribunal de alzada, por su parte llama a audiencia en la forma en que lo prescribe la Ley, por cuanto no se ha hecho uso del derecho a la impugnación, ya que se trata de una consulta. Debido a que se trata de un caso especial donde ha existido intermediación laboral y el actor de la causa, formaba parte de manera directa con la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Espaciales (EPMSA), quien en virtud de as distintas transformaciones de las personas jurídicas que administran el Aeropuerto de Quito, la misma

que asumió las responsabilidades de los trabajadores determinándose la relación laboral desde el 01 de mayo del 2008, hasta el 15 de junio del 2017, por lo que desde esas fechas corresponde el pago de lo dispuesto en el Art. 185 y 188 del Código del Trabajo, cuya obligación por despido intempestivo ha sido pagada mediante transferencia bancaria a la cuenta del actor que mantiene en el Banco Producción por el valor de (USD $...); de fecha 22 de junio del año 2017. Por otra parte, los valores correspondientes a los pagos proporcionales de décimo tercero, décimo cuarto sueldos y vacaciones, se encuentran calculados y consignados al Ministerio del Trabajo. En virtud de lo cual el Tribunal de Apelación, revoca la sentencia de la Jueza Aquo y declara sin lugar la demanda, sin costas ni honorarios que regularse dentro del proceso.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal ad quem, la accionante interpone recurso de casación, amparada en los presupuestos de los casos segundo y quinto del artículo 268 del Código General de Procesos; siendo admitido únicamente por el caso quinto del ibídem. En lo principal de su recurso manifiesta que; el tribunal de alzada, erró en la determinación del inicio de su relación laboral; pues, sostiene que para efectos indemnizatorios debió considerarse el tiempo de servicios desde el 2 de mayo de 2005 y no como erradamente lo ha hecho, desde el 1 de mayo de 2008. Del modo expuesto, es correcto el análisis expresado por el tribunal de alzada al sostener que: de ninguna manera ha establecido que se asuma la antigüedad de los trabajadores, que hayan realizado para la empresa tercerizada, o de intermediación laboral, y más aún cuando expresa que a partir del 30 de abril del 2008, se declararán concluidos los contratos de intermediación laboral celebrados entre intermediarias y usuarias, por lo tanto resulta evidente, que a partir del 01 de mayo del 2008, el hoy actor forma parte de manera directa de la empresa demandada (EPMSA), quien en virtud de las distintas transformaciones de las personas jurídicas que administraban el Aeropuerto del Distrito Metropolitano de Quito, asumió las responsabilidades de los trabajadores, por lo tanto se determina como fecha de inicio de la relación laboral desde el 01 de mayo del 2008, hasta el 15 de junio del 2017, y desde esa fecha corresponde el pago de lo dispuesto en el Art. 188 y 185 del Código del Trabajo, y dicha obligación por despido intempestivo, ha sido satisfecha mediante transferencia a la cuenta del actor. La parte recurrente debe comprender que la realización de la justicia implica para los juzgadores en general, el sometimiento de sus decisiones y actuaciones al ordenamiento jurídico vigente, de tal forma que se genere en las partes litigantes seguridad jurídica, esto es, la certeza de que las reglas o procedimientos establecidos y a los cuales se van a someter, han sido previamente establecidos y no pueden modificarse arbitrariamente por voluntad de una de ellas o por la del juzgador. Así las cosas, la aplicación y el correcto entendimiento de las normas, pese a ser contrarios a las pretensiones de la parte accionante, no implican que se haya vulnerado norma sustantiva alguna, sino, por el contrario, la realización de la justicia, se rechazan los cargos formulados por el casacionista bajo los supuestos del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Por las consideraciones expuestas, el tribunal de casación, no casa la sentencia emitida por el tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17371-2018-00694

Jueza Ponente: Dra. Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, martes 19 de febrero del 2019, las 15h41.

VISTOS: Agréguese al proceso el escrito y los anexos presentados por la parte demandada.

PRIMERO:

ANTECEDENTES.-

a. Relación circunstanciada de la decisión impugnada: En el juicio de trabajo que sigue EDGAR ESTUARDO GARCÍA ESPINOSA en contra de la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS y GESTIÓN DE ZONAS FRANCAS Y REGÍMENES ESPECIALES (EMPSA), en la persona de su gerente general, MARÍA ISABEL REAL GORDÓN, a quien demanda también por sus propios derechos; el tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dictó sentencia el 31 de julio de 2018, las 14h56, en la cual «revoca la sentencia de la Juez *Aquo* y declara sin lugar la demanda». Inconforme con esta decisión, la parte accionante interpuso recurso de casación amparada en los presupuestos de los casos segundo y quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

b. Actos de sustanciación del recurso: En auto de admisibilidad, de 12 de octubre de 2018, las 09h45, el Dr. Alejandro Magno Arteaga García, Conjuez Nacional, «admite a trámite el recurso de casación propuesto, únicamente por el caso CINCO del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos».

c. De la competencia y jurisdicción: 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, en mérito del cual se ha radicado también la competencia de este tribunal mediante el sorteo que obra del cuaderno de Corte Nacional de Justicia. 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; e, inciso primero del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos. 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; Dra. Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional; y, Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Jueza Nacional Encargada, según consta del Oficio Nro. 691-SG-CNJ, de 26 de abril de 2018; sin que se haya impugnado su conformación. d. Validez procesal No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

e. De la 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 7 de febrero de 2019, las 15h30, en la sala de audiencias del segundo piso de la Corte Nacional de Justicia, en la que, la parte recurrente solicitó oralmente se case la sentencia del tribunal de alzada, en términos similares a los expuestos en la fundamentación escrita de su recurso de casación. Por su lado, la parte accionada, en la misma diligencia, sostuvo que la resolución dictada por los juzgadores de segundo nivel es conforme a la normativa legal vigente y por lo tanto no existe fundamento legal alguno para la procedencia del recurso de casación interpuesto. 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 resolución escrita correspondiente en los términos que siguen:

SEGUNDO:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN 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; «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»[1]. 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 séptimo 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 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». 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 fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. 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 o auto recurrido por este recurso extraordinario, ha infringido normas legales o ha incurrido en alguno de los supuestos contemplados en los casos o causales alegadas o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia o auto. En resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la sentencia o auto recurrido, siendo: «el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento»[2]. 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»[3]. La motivación será considerada entonces como uno de los componentes de los derechos de tutela judicial efectiva y del 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

[1] Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221.
[2] Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 126.
[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007.

por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto»[4]. Entonces, la motivación es el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por los juzgadores 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 tal forma que, genere seguridad y certeza a las partes. Así, cumpliendo con la obligación constitucional referida, este tribunal de casación fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación:

c) De los casos acusados como fundamento del recurso de casación: Caso quinto artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. El caso invocado por la parte recurrente, y único aceptado a trámite, constante en el numeral quinto 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 de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto». Este vicio doctrinariamente se conoce como *in iudicando*, y radica en la vulneración directa de las normas llamadas a aplicarse para resolver el caso en análisis, «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»[5]. La violación directa de normas sustantivas de derecho, parte del supuesto de que la apreciación de hechos y de medios probatorios, efectuada por el tribunal de alzada es correcta y por lo tanto, la parte recurrente se ha conformado con ella; de este modo, los yerros a acusarse radicarán exclusivamente en la aplicación, no aplicación o entendimiento de las normas, y cómo dichos vicios fueron determinantes en la parte dispositiva del fallo censurado; «La violación de la ley por vía directa proscribe las desavenencias fácticas entre el recurrente y la sentencia impugnada, porque la infracción lesiona inmediatamente la normatividad por haberse desconocido la voluntad abstracta del legislador al caso regulado por ella con respecto a su alcance, efectos o sentido. Se trata, entonces de una causal de puro derecho, eminentemente jurídica, ajena a aspectos fácticos»[6]. En este sentido, en este momento procesal corresponde al tribunal de casación pronunciarse respecto del fondo de las acusaciones referidas por la parte recurrente, bajo el marco conceptual del numeral quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

d. De los cargos formulados: La parte recurrente sostiene que en la resolución de alzada se ha infringido el «artículo 76, 82 y 326 número 3, 425 de la Constitución de la República del Ecuador […] Código de trabajo artículo 188 […] Disposición Transitoria Primera del Mandato Constituyente 8 […] Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Reglamento del Mandato Constituyente No. 8 […] Disposiciones Transitoria Quinta de la Ordenanza Metropolitana 0309». El punto central de su inconformidad radica en que, a su decir, el tribunal de alzada, erró en la determinación del inicio de su relación laboral; pues, sostiene que para efectos indemnizatorios debió considerarse el tiempo de servicios desde el 2 de mayo de 2005 y no como erradamente lo ha hecho, desde el 1 de mayo de 2008.

d.1. Del problema jurídico: El problema jurídico a dilucidarse respecto de la alegación formulada, consiste en analizar si la resolución del tribunal de alzada erró al no considerar el tiempo de servicios de la parte accionante desde el 2 de mayo de 2005 en razón de las disposiciones del Mandato Constituyente Nro. 8 y su reglamento de aplicación.

d.2. Del examen circunstanciado: Ahora bien, previo a resolver lo que corresponda, es preciso por parte de este tribunal de casación el análisis del alcance de la disposición transitoria primera del Mandato Constituyente Nro. 8, la cual, en su

[4] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 075-15-SEP-CC, 2015, pág. 8.
[5] Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 103.
[6] Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 334

inciso primero dispone la terminación de los contratos de intermediación laboral, con la salvedad de que, dicha conclusión no da derecho a indemnización alguna: «Todos los contratos de intermediación laboral vigentes a la fecha de expedición del presente Mandato, se declaran concluidos, sin derecho a ningún tipo de indemnización ni reclamo de ninguna naturaleza, por parte de las empresas que venían operando como intermediarias laborales». Posteriormente, en razón de la ruptura del vínculo laboral dispuesta, el inciso segundo de la disposición en estudio, contempla la obligación de las empresas usuarias del sector privado, de asumir, a futuro, la relación bilateral y directa con aquellos trabajadores, otorgándoles además un año de estabilidad especial: «A partir de la fecha de vigencia del presente Mandato, los trabajadores intermediados cuya prestación de servicios se rigió por la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de intermediación laboral, y de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 298 de 23 de junio del 2006, serán asumidos de manera directa por las empresas del sector privado que contrataron con las intermediarias laborales, empresas usuarias que en lo sucesivo serán consideradas para todos los efectos como empleadoras directas de dichos trabajadores, quienes gozarán de un año mínimo de estabilidad, con una relación que se regirá por las normas del Código del Trabajo». El inciso tercero por su parte, contempla la condena por desacato a la orden de reintegro a los trabajadores intermediarios que hubieren sido despedidos a partir del primero de marzo de 2008: «Los trabajadores intermediados que hayan sido despedidos a partir del primero de marzo del 2008, con motivo de la tramitación del presente Mandato, serán reintegrados a sus puestos de trabajo. El desacato de esta disposición será sancionado con el máximo de la multa establecida en el artículo 7 de este Mandato, por cada trabajador que no sea reintegrado y cuyo monto será entregado a éste, sin perjuicio de las indemnizaciones contempladas en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo». Respecto al sector público, el inciso cuarto de la disposición transitoria primera del Mandato Constituyente Nro. 8, establece: «Los trabajadores intermediados también serán asumidos de manera directa por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, siempre y cuando hayan prestado sus servicios por más de 180 días con anterioridad a la aprobación de este mandato. Exclusivamente los obreros se incorporarán a los beneficios de la contratación colectiva a partir del segundo año de relación laboral directa, luego que sean revisados los excesos de la contratación colectiva», y por su parte, el inciso quinto, se refiere a la exclusión de incorporación de los «trabajadores que se hallen incursos en el artículo 53 de la Ley de Modernización del Estado». Finalmente, el inciso final de la disposición en estudio, versa sobre los trabajadores de empresas tercerizadoras de servicios complementarios, quienes «continuarán laborando en las mismas empresas bajo los términos y nuevas modalidades que se determinan en los artículos 3, 4, 5 y 6 del presente Mandato. Estas empresas deberán adecuar sus estatutos, contratos de trabajo con sus trabajadores, y contratos mercantiles con las correspondientes empresas usuarias, a la nueva modalidad antes indicada, en el plazo máximo de ciento veinte días contados a partir de la vigencia de este Mandato». En cuanto a las disposiciones transitorias primera y segunda del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8, recogen en términos similares el alcance de la disposición transitoria primera del Mandato Constituyente Nro. 8; empero, la disposición transitoria primera incluye la obligación de las empresas intermediarias de «celebrar actas de finiquito con los trabajadores para el pago de la parte proporcional de remuneraciones adicionales y vacaciones, sin perjuicio del pago de aportes y fondos de reserva al IESS hasta el 30 de abril del 2008» y la posibilidad de que se constituyan como «agencias colocadoras de empleos, consultoras en selección de personal o en materia de capacitación, o en cualquier giro o negocio permitido por la ley». Por su parte, la disposición transitoria segunda se refiere a la garantía especial de estabilidad en los siguientes términos: «dará derecho al trabajador, en caso de despido intempestivo o desahucio, al pago de todas las remuneraciones mensuales que faltaren

para completar el año, incluidas las remuneraciones adicionales, sin perjuicio de las demás indemnizaciones contempladas en la ley» y de igual forma, la aplicación de dicha garantía respecto de los contratos de temporada, así como la exclusión de los «contratos de trabajo eventuales, ocasionales y de obra cierta que se hubieren suscrito y registrado con anterioridad a la vigencia del Mandato Constituyente No. 8, los mismos que concluirán en la forma prevista en la ley y en los indicados contratos» y «aquellos contratos a los que se refiere los artículos 169 numeral 3 y 170 del Código del Trabajo, los que concluirán en la forma establecida en dichas disposiciones». El inciso sexto de la disposición transitoria segunda del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Nro. 8 dispone: «Las empresas usuarias del sector privado en su condición de sucesoras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo asumen la responsabilidad patronal, por lo que estarán obligadas a cumplir los contratos de trabajo de la intermediaria laboral antecesora, reconociéndose expresamente el tiempo de servicios prestados a través de dicha intermediaria, en su relación con la usuaria». Bajo el análisis expresado, considérese que las disposiciones estudiadas refieren a la responsabilidad patronal que a futuro y en lo posterior asumieron las usuarias, la cual corría efectivamente desde el 1 de mayo de 2008, cuando la relación con los trabajadores dejó de prestarse a través de un tercero para convertirse en bilateral y directa. De tal forma que, al nuevo empleador le serán reclamables los haberes o indemnizaciones que desde dicha fecha se hubiesen generado, considerando adicionalmente que la garantía especial de estabilidad se extendía únicamente hasta el 30 de abril de 2009, es decir, fue ya consumida; en este sentido, no existe disposición que obligue al empleador a asumir haberes de fecha anterior a la cual asumió la responsabilidad patronal, excepto por el tiempo de servicios para efectos de la jubilación patronal, que no es el caso que nos ocupa. Del modo expuesto, es correcto el análisis expresado por el tribunal de alzada al sostener que: «más de ninguna manera ha establecido que se asuma la antigüedad de los trabajadores, que hayan realizado para la empresa tercerizada, o de intermediación laboral, y más aún cuando expresa que a partir del 30 de abril del 2008, se declararán concluidos los contratos de intermediación laboral celebrados entre intermediarias y usuarias, por lo tanto resulta evidente, que a partir del 01 de mayo del 2008, el hoy actor forma parte de manera directa de la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS Y GESTIÓN DE ZONAS FRANCAS Y REGÍMENES ESPECIALES (EPMSA), quien en virtud de las distintas transformaciones de las personas jurídicas que administraban el AEROPUERTO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, asumió las responsabilidades de los trabajadores, por lo tanto se determine como fecha de inicio de la relación laboral desde el 01 de mayo del 2008, hasta el 15 de junio del 2017, y desde esa fecha corresponde el pago de lo dispuesto en el Art. 188 y 185 del Código del Trabajo, y dicha obligación por despido intempestivo, ha sido satisfecha mediante transferencia a la cuenta del actor que mantiene en el BANCO PRODUCCION, por el valor de USD5.971,80; de fecha 22 de junio del 2017». En este contexto, el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: «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», respecto de lo cual, la parte recurrente debe comprender que la realización de la justicia implica para los juzgadores en general, el sometimiento de sus decisiones y actuaciones al ordenamiento jurídico vigente, de tal forma que se genere en las partes litigantes seguridad jurídica, esto es, la certeza de que las reglas o procedimientos establecidos y a los cuales se van a someter, han sido previamente establecidos y no pueden modificarse arbitrariamente por voluntad de una de ellas o por la del juzgador. En este sentido, la seguridad jurídica a la cual se refiere el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, «supone la certeza por parte de los individuos, no solo de la vigencia o existencia empírica de normas previas, claras y públicas, sino además del cumplimiento de las normas vigentes por parte de todos aquellos obligados: lo que Peces-Barba denomina la seguridad en el derecho; es decir, aquella que existe para obtener certeza, para saber a qué atenerse, para evitar la

arbitrariedad»[7]. Así las cosas, la aplicación y el correcto entendimiento de las normas, pese a ser contrarios a las pretensiones de la parte accionante, no implican que se haya vulnerado norma sustantiva alguna, sino, por el contrario, la realización de la justicia; incluso respecto de las disposiciones de la Ordenanza Nro. 0309, acusada como infringida; pues, al referirse esta a la garantía de derechos adquiridos que legalmente le corresponden al trabajador, no se refiere a aquello que la parte recurrente cree gozar, sino exclusivamente a los derechos a los que accedió desde que la relación con la entidad accionada es bilateral y directa; siendo así, se rechazan los cargos formulados por el casacionista bajo los supuestos del caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

TERCERO:
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN:
Por las consideraciones expuestas, este tribunal de casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa la sentencia emitida por el tribunal de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 31 de julio de 2018, las 14h56. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase**.
f) Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (E).

[7] Porras Velasco & Romero Larco, Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana, Tomo I, 2012, pág. 140.

IV

Juicio Nro. *09359-2018-01065*
Resolución Nro. *0263-2019*
Fecha: *10 de abril de 2019, a las 12h09*

TEMA: La esencia del caso cinco de casación es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia; lo cual no ha sido tomado en cuenta por la actora ya que sus alegaciones se centran en su inconformidad con las conclusiones a las que se ha llegado en la sentencia de mayoría impugnada.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora, manifiesta en su demanda, que laboró para la entidad a la que demanda, desde el 2 de mayo de 1997, que su empleadora le inicia un proceso administrativo de visto bueno por las causales 2 y 3 del Art. 172 del Código del Trabajo siendo suspendida en su trabajo. Que el hecho del cual se le atribuía era incumplimiento de procedimiento. La demandante centra su impugnación, señalando que la resolución de la Inspectora de Trabajo carece de motivación jurídica porque se concedió por la causal 2 del Art. 172 del Código del Trabajo, pero que esa conducta que se le atribuye y que no se adecua como falta grave y que el supuesto" manual de depósito" no lo menciona el reglamento interno como falta grave, y que por lo tanto lo resuelto no adecuo al principio de tipicidad. También la actora impugna el trámite de visto bueno señalando que este fue dictado luego del plazo legal de 30 días. Son estas situaciones que señala la accionante para la impugnación del proceso de visto bueno, solicitando la nulidad de la misma reclamando las indemnizaciones por despido intempestivo entre otros haberes. La parte demandada, expresa que la actora, laboró en su representada en su cargo de Jefe de sección Depósitos, que mediante informe de fecha 8 de febrero del 2017 conoció una falta grave, sancionada por el Reglamento Interno de Trabajo, situación que originó la presentación de un visto bueno para terminar el contrato de trabajo. Es necesario resaltar que la actora, en el proceso administrativo de visto bueno ni en el presente juicio ha demostrado con pruebas veraces el no haber incurrido en la falta grave que origino su separación por la vía administrativa, no justificó su falta. La parte accionada ha demostrado en juicio y en el visto bueno con abundante prueba documental corroborada con la propia declaración de parte de la actora la falta incurrida que ameritó la salida de la demandante con un visto bueno. Es necesario precisar que la demandante dentro de esta causa judicial debió impugnar la resolución administrativa de visto bueno con pruebas eficaces que conlleven a enervar los efectos de tal resolución Por lo analizado, la Jueza de primera instancia, declaró procedente conceder el visto bueno a la parte demandada, por tanto, el contrato de trabajo ha terminado de forma legal en conformidad con el numeral 7 del Art. 169 del Código del Trabajo, denegando el reclamo por despido intempestivo y bonificación por desahucio. En juicio la accionante no demostró sus reclamos por vacaciones que denomina" ordinarias" y vacaciones extraordinarias" por lo tanto, no existiendo justificado lo reclamado, se deniega, al estar liquidada sus vacaciones adeudadas en el acta de finiquito, así como su reclamo por décima tercera y décima cuarta remuneración, al constar que su ex empleadora ha cumplido con registra el acta de finiquito

en el Ministerio de Trabajo. Al no haber terminado la relación de trabajo por despido intempestivo, la demandante no le asiste el derecho al pago de la pensión jubilar que reclama. En consecuencia, al no existir impugnación del acta de finiquito, se dispone que la actora proceda al cobro de los valores liquidados en la misma. Por las consideraciones expuestas, la Presente Jueza de la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, NO ACEPTA la demanda presentada por la actora en contra de su Empresa demandada.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Ante la negativa del Juez de Primera instancia, la actora interpone recurso de apelación y la adhesión de la parte accionada. En lo principal del análisis del recurso, es necesario precisar que la actora ni en el proceso administrativo de visto bueno ni en el presente juicio ha demostrado con pruebas veraces el no haber incurrido en la falta grave que origino su separación por la vía administrativa, no justificó a que se debió el faltante de dinero que fue constatado en su presencia y en presencia de otros, siendo de su responsabilidad el cuidado de la caja de depósito; pretendiendo en audiencia alegar situaciones que no fueron plasmadas ni en la demanda ni en el proceso de visto bueno, lo que de haberlas aceptado conllevaría a atentar al derecho a la defensa, en definitiva claramente explica las normas del Reglamento Interno que la actora violentó, y al no haber demostrado que en el trámite de visto bueno se le violentó sus derechos, y no habiendo presentado prueba en audiencia. Es decir que, el ejercicio efectivo del derecho sustancial se sustenta en la prueba. La Constitución impone a los jueces la función de administrar justicia; y, sin la prueba no se puede cumplir éste mandato Constitucional, y la falta de prueba torna en improcedente revocar la resolución dictada por la jueza a-quo que se encuentra debidamente motivada.- Por las consideraciones expuestas, encontrándose la resolución debidamente motivada, el Tribunal de Apelación con voto de mayoría rechaza el recurso de apelación interpuesto por la actora, confirma la sentencia subida en grado. Con voto salvado del Abg. Luis Alfredo Muga, que aceptó la demanda aceptando la impugnación de visto bueno.

SÍNTESIS CASACIÓN

La actora interpone recurso de casación, el que ha sido admitido a trámite únicamente por los casos 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico 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. La parte casacionista manifiesta que los Jueces Provinciales debieron valorar el visto bueno y su resolución, conforme a las reglas de la sana crítica y efectuar un análisis lógico respecto del trámite del visto bueno, haciendo una relación entre la prueba aportada, la causal por la cual se concedió y la tipificación de la supuesta infracción. Por su parte la demandada argumenta, que el recurso de casación interpuesto se encuentra mal fundamentado; que en la primera parte de la exposición indicó que había el vicio de aplicación indebida y se refirió a la causal cuarta; luego al artículo 172 numerales 2 y 3 cuando la Inspectora del Trabajo hizo referencia únicamente al artículo 172 numeral 2. Indica que la resolución de visto bueno se dio en base al Reglamento Interno, no al Manual de Depósito como afirma la casacionista. Al respecto, se torna necesario puntualizar que el trámite y la resolución del visto bueno se configuran en base al artículo 172 numerales 2 del Código del Trabajo, el" Art. 172. (….).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; (…)". En los casos contemplados en los artículos 172 y 173 de este Código, las causas aducidas para la terminación del contrato, deberán ser calificadas por el inspector del trabajo, quien concederá o negará su visto bueno a la causa alegada por el peticionario, ciñéndose a lo prescrito en el capítulo" Del Procedimiento". 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."; cuestión que ha sido cumplida; ya que, se verifica que la actora acude ante el Juez del Trabajo con la impugnación del visto bueno; en consecuencia, no se configura en el presente caso la vulneración del principio de tipicidad como garantía del debido proceso. La esencia de este caso cinco es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia; lo cual no ha sido tomado en cuenta por la actora ya que sus alegaciones se centran en su inconformidad con las conclusiones a las que se ha llegado en la sentencia de mayoría impugnada, al confirmar la sentencia de primera instancia, y solo realiza alegaciones que no corresponden. Adicionalmente cabe señalar, que la recurrente acusa como infringidos los mismos artículos que señaló como violentados en el caso cuatro que ya fue analizado anteriormente, lo cual no es permitido en casación puesto que cada caso corresponde a un motivo o circunstancia disímil, siendo cada uno autónomo e independiente; pues cada caso contiene presupuestos diferentes y operan razones lógicas diversas, por lo que su fundamentación debe ser independiente y no mezclar en la argumentación correspondiente a un cargo específico, la fundamentación correspondiente a un caso diverso. Por tal razón, se rechaza la alegación propuesta, al considerar que no se configuran las alegaciones propuestas. En orden a todo lo expuesto, el Tribunal de Casación por unanimidad, NO CASA la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal ad quem

RECURSO DE CASACIÓN
Juicio No. 09359-2018-01065
Jueza Ponente: Dra. Rosa Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, miércoles 10 de abril del 2019, las 12h09,

VISTOS: Incorpórese al expediente el escrito presentado por el doctor Alfredo Peñaherrera Wright, por los derechos que representa a la Corporación Favorita C.A.; tómese en cuenta la casilla judicial y el casillero electrónico señalados. En el juicio laboral que sigue KATHERINE ALEXANDRA CEVALLOS FALCONI contra CORPORACIÓN FAVORITA C.A., en la persona de Gitta Lorena Bajaña Morales, en su calidad de Gerente de Talento Humano, a quien demandó también por sus propios derechos, la parte actora interpone recurso de casación de la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas el 8 de noviembre de 2018, las 08h13 que rechaza el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirma la sentencia subida en grado, que no acepta la demanda presentada por la accionante. Este Tribunal considera:

PRIMERO:

ANTECEDENTES.-

1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.- El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas el 8 de noviembre de 2018, las 08h13 dicta sentencia con voto de mayoría y resuelve: *"…DÉCIMO SEGUNDO: DECISIÓN.- Por las consideraciones expuestas, encontrándose la resolución debidamente motivada, 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 CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"*, con voto mayoría de los jueces Dra.

Alexandra Novo Crespo y Ab. Andrés Alvarado Luzuriaga, al rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora, confirma la sentencia subida en grado."

1.2.- La Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctora Janeth Santamaría Acurio, mediante auto de fecha 7 de febrero de 2019, las 14h50, admite a trámite el recurso de casación de la parte actora únicamente por los casos 4 y 5 del artículo 268 del Código Orgánico 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 doctoras Katerine Muñoz Subía, María Consuelo Heredia Yerovi, y Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en virtud del oficio No. 691-SG-CNJ de 26 de abril de 2018, quien actúa como ponente, 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 viernes 29 de marzo de 2019, a las 11h00, escuchó la fundamentación del recurso de la parte actora, y la contradicción de la parte demandada, por intermedio de sus procuradores judiciales; audiencia en que se pronunció la sentencia oral.

3.1.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA: El recurso ha sido admitido por los casos cuatro y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. La parte actora en el recurso escrito y al fundamentarlo, por intermedio de su Procurador Judicial abogado Luis Hernán Muñoz Pasquel, considera que se han infringido los siguientes artículos: 5 y 7 del Código del Trabajo; 76 numeral 3 y 326 numeral 3 de la Constitución de la República; y, 164 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos.

3.1.1.- Respecto al caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa que al momento de realizar la valoración de la prueba, el Tribunal Ad quem, incurre en aplicación indebida del artículo 164 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, respecto de la valoración de la prueba y la aplicación de las reglas de la sana crítica; ya que, no hace una valoración de la Resolución del Visto Bueno y sobre la causal sobre la cual se resuelve; puesto que, al realizar un análisis de las causales 2 y 3 del artículo 172 del Código del Trabajo con las pruebas aportadas no se hubiera concedido el visto bueno, por no haberse probado la indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados, relacionados con los fundamentos de la petición del visto bueno; es decir que, de haberse verificado la existencia de una infracción, la misma debería estar tipificada en un Reglamento Interno de Trabajo, debidamente aprobado por el Ministerio de Trabajo y no en un Manual de Procedimiento de Depósitos, el cual no existe en ninguna parte del trámite de visto bueno, mismo que tiene la calidad de informe legal al ser un documento público. La parte casacionista manifiesta que los Jueces Provinciales debieron valorar el visto bueno y su resolución, conforme a las reglas de la sana crítica y efectuar un análisis lógico respecto del trámite del visto bueno, haciendo una relación entre la prueba aportada, la causal por la cual se concedió y la tipificación de la supuesta infracción. Manifiesta la actora: *"… se ha señalado que la suscrita incumplió un supuesto MANUAL DE DEPÓSITOS que no fue notificado formalmente a la misma, ni tampoco recibió un curso de inducción sobre el citado manual, además que a la bóveda tenían acceso más personas conforme constan las versiones rendidas en el trámite de visto bueno que consta de autos. Esta duda razonable hace que la sana crítica en la valoración como informe del trámite de visto bueno en su conjunto me refiero a la resolución y audiencia de investigación*

que contiene los testimonios de los empleados de la demandante devengan en una valoración de prueba con indebida aplicación de las reglas de la sana crítica y lógica pues consta como prueba de la demandada que se entregó un supuesto MANUAL DE DEPÓSITO que no me fue notificado jamás para acusarme de la violación de procedimientos internos que devinieron como excusa del supuesto faltante y hago hincapié que la demandada no presentó denuncia en la fiscalía para investigar quien se sustrajo el dinero. (…) los medios de prueba en los cuales existe falta de aplicación de las reglas de la sana crítica que deviene en el ejercicio lógico del juzgador para arribar a una conclusión son dos a saber: el reglamento interno de trabajo que sí me fue notificado y el manual de depósito que en copia certificada por el Ministerio del trabajo que fue acompañada en autos, toda vez que en estos se podrá evidenciar con claridad meridiana que no existe en el primero la tipificación como causal de falta grave la inobservancia del manual de depósito y este último medio de prueba no contiene mi recibido porque jamás me fue notificado ni tuve un curso de inducción sobre tal manual de depósito, por lo que la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica a la valoración de estos medios de prueba devino que se conceda a mi empleadora visto bueno por la causal dos del art. 172 del Código Laboral."

3.1.2.- Respecto al caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos: La accionante señala que el tribunal de apelación no aplicó correctamente el principio de tipicidad como garantía del debido proceso, previsto en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; puesto que, la ausencia de tipicidad en la conducta denunciada como causal de visto bueno, convierte esa resolución en ilegítima e ilegal en su parte considerativa y resolutiva para haber dado por terminado su relación laboral. La recurrente considera necesario puntualizar que el *"Manual de Depósitos"*, no es un reglamento interno de trabajo legalmente aprobado por el Ministerio del Trabajo; hace referencia a la existencia de dicho manual y su obligatoriedad respecto a las funciones que desempeñaba como jefe de depósitos, lo cual deviene en la imposición fraudulenta de dos causales administrativas previstas en los artículos 41 numeral 53, y 42 numeral 27 del Reglamento Interno, como también la adecuación de causal de visto bueno prevista en el artículo 172 numeral 2 del Código del Trabajo; precisa que de esta forma se ha violado el principio jurídico establecido como garantía del debido proceso. La parte actora indica: *"…como se puede observar, la sentencia de sala infringe normas de derecho y normas Constitucionales, las mismas que se producen en los siguientes contextos: La Sala incurre en violación en el momento que señalan que la resolución de visto bueno, se encuentra valoradas cada una de las pruebas, y que a criterio de la sala la conducta de la actora se adecúa a las sanciones que establece el Reglamento Interno de Trabajo y en consecuencia es procedente el Visto Bueno por la causal 2 del Art. 172 del Código del Trabajo, esto es, por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados, lo que NO FUE PROBADO por la empleadora (…) por lo que la sala incurre en la Causal 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, dando lugar a que no se haya aplicado una norma sustantiva, esto es, la aplicación del Art. 7 del C.T. , esto es, aplicación favorable al trabajador."*(sic) Solicita se acepten los yerros denunciados y se case la sentencia.

3.2.- CONTRADICCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA: La empresa demandada Corporación Favorita C.A., por intermedio de su Procurador Judicial abogado Marlon Chiluisa Segovia, ejerce el derecho a la contradicción del recurso de casación, expresando: Que el recurso de casación interpuesto se encuentra mal fundamentado; que en la primera parte de la exposición indicó que había el vicio de aplicación indebida y se refirió a la causal cuarta; luego al artículo 172 numerales 2 y 3 cuando la Inspectora del Trabajo hizo referencia únicamente al artículo 172 numeral 2. Indica que la resolución de visto bueno se dio en base al Reglamento Interno, no al Manual de Depósito como afirma la casacionista; el Manual fue presentado en el juicio por pedido de ellos. Que la actora era Jefe de la Sección de Depósitos y como tal estaba obligada a dar un reporte diario de los dineros, y en cualquier momento se le podía hacer un arqueo. Que ella mismo indicó por escrito que no estaba cumpliendo, porque no hacía reportes sino únicamente una tirilla, y al hacerle un arqueo sorpresivo le faltaba $. 1.002, que no pudo justificar. Que reconoció haber recibido el Reglamento Interno de la empresa. Que la accionante pide que se siga un proceso penal; lo que se hizo fue presentar el visto bueno ya que esta acción debe ser presentada dentro de treinta días. Que de los artículos que mencionó, 41 numeral 53, y 42 numeral 27 del Reglamento Interno, se desprende que ella era custodio y era su obligación reportar algún faltante. Que de las normas que aludió, en ningún momento se refiere al artículo 5 del Código del Trabajo.

Hace un alegato y solamente hincapié al Manual de Depósito que fue pedido por ellos mismos. Recién en la 9na. página dice que la sentencia infringe normas de derecho, constitucionales, pues no se ha realizado una correcta valoración pese a todas las pruebas aportadas. En el recurso indica: *"... Ya que no existe apreciación de la prueba dentro del trámite de visto bueno … esto es, la falta de aplicación del artículo 7 del Código del Trabajo."*; sin embargo, en este momento al fundamentar la causal quinta dijo que había aplicación indebida, antes dijo que no se había aplicado. No fundamenta cómo esta falta de aplicación del artículo 7 ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia; no indica sobre qué normas hay la duda. En cuanto a la causal cuarta, en el recurso escrito solamente hay 17 líneas que se refieran a ésta en el punto B), indica que *"no aplica"* el artículo 164 inciso 2º. del COGEP y luego dice, *"aplicación indebida"*, error que deviene en improcedente el recurso de casación. No indica cómo el yerro de una norma de valoración de la prueba condujo a un yerro en una norma sustantiva en la sentencia. Expresa que no se han sustentado los cargos, que debió por lo menos haber cumplido con el artículo 183 del Código del Trabajo; no basta con la impugnación de la resolución del visto bueno; y que el voto salvado no es un argumento. Considera que por todo lo expuesto, la actora nunca probó su pretensión, por lo que solicita se rechace el recurso por improcedente.

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 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 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 critica 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.- Con la fundamentación realizada por el impugnante, el problema jurídico a resolver consiste en: Verificar si el tribunal *ad quem* incurre en aplicación indebida del artículo 164 inciso segundo del COGEP, por no hacer una correcta valoración del trámite y resolución del Visto Bueno; lo que, condujo a una "equivocada aplicación" del artículo 172 numerales 2 y 3 del Código del Trabajo al no aceptar la impugnación de la resolución del Visto Bueno.

6.2.1.- La recurrente en el recurso escrito, expresamente indica: *"B.- Asimismo, la sala incurre en la causal 4 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, en el momento que al hacer una valoración de la prueba, no aplica el Art. 164 segundo inciso del Código Orgánico General de Procesos, esto es, respecto de la valoración de la prueba y las reglas de la sana crítica, ya que EXISTE UNA APLICACIÓN INDEBIDA del Art. 164 del COGEP, ya que no hace una valoración de la Resolución de Visto Bueno y sobre la causal sobre la cual se resuelve el visto bueno…"* Al respecto, la defensa técnica de la casacionista debe recordar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido reiterativas en indicar que los vicios son independientes y que no pueden ser invocados en igual tiempo respecto de una misma norma, por su carácter de contradictorios y excluyentes entre sí. Además, hay que tener en cuenta que por la violación indirecta de la norma sustancial o material (caso cuatro), deben encontrarse reunidos los siguientes presupuestos básicos: **a)** La indicación de la norma o normas de valoración de la prueba que, a criterio del recurrente, han sido vulneradas; **b)** La forma en que se ha incurrido en la infracción, esto es, si por aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación; **c)** La indicación del medio de prueba en que se produjo la infracción; **d)** La infracción de una norma de derecho ya sea por equivocada aplicación o por no aplicación; y, **e)** La explicación lógica y jurídica del nexo causal entre la primera infracción, norma de valoración de la prueba, y la segunda infracción de una norma sustantiva o material. Al invocar este caso, el recurrente debe justificar la existencia de dos infracciones, la primera de una norma de valoración de la prueba, y la segunda, la violación de una disposición sustantiva o material que ha sido afectada como consecuencia o por efecto de la primera infracción, de tal modo que es necesario se demuestre la existencia del nexo de causalidad entre una y otra. Los argumentos expuestos no se sujetan a la normativa impuesta por el recurso de casación, esto es, ubicar la violación de la ley en la sentencia en la forma prevista por el caso invocado, no es posible actuar como si se tratara de una instancia en la que el juez puede revisar todo el proceso y pronunciar consideraciones sobre la prueba y sobre cualquier otro aspecto, sea o no contradictorio.

6.2.2.- A pesar de las falencias del recurso, en atención a lo manifestado por la Corte Constitucional: *"(…) los jueces casacionales, durante la*

fase de admisión, ya efectuaron una verificación del cumplimiento con los requisitos establecidos en la norma constitucional, de tal forma que no cabe que en sentencia nuevamente se pronuncien sobre aspectos de forma, negándose a conocer el fondo del asunto controvertido, pues una vez admitido a trámite el recurso deben resolver sobre las pretensiones del recurrente, garantizando así una adecuada tutela judicial". (Sentencia de la Corte Constitucional No. 307-15-SEP-CC, caso No. 0133-13-EP), con el objeto de examinar si se ha lesionado el derecho a la defensa del impugnante y cumpliendo con el principio de tutela judicial efectiva, sin salirnos de la esfera de la casación, nos corresponde a este Tribunal revisar el proceso en relación a las alegaciones realizadas por la recurrente.

6.2.3.- La recurrente acusa de violación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, refiriéndose puntualmente al artículo 164 inciso segundo del COGEP, lo cual condujo a que se acepte la impugnación de la Resolución del Visto Bueno; razón por la cual, la casacionista indica que el Tribunal *Ad quem* debió valorar todo el trámite de visto bueno como un informe; es decir, la resolución y audiencia de investigación que contienen los testimonios de los empleados de la demandante; además, también el hecho que jamás la parte demandada probó la indisciplina o desobediencia grave a los Reglamentos Internos legalmente aprobados; puesto que, para conceder el visto bueno, la resolución se basó en el Manual de Procedimientos de Depósitos, mismo que la actora jamás conoció; tacha de ilegal resolver un visto bueno al sancionarse un hecho que no se encuentra tipificado ni en la ley ni en el Reglamento Interno de Trabajo.

6.2.4.- Confrontadas las alegaciones mencionadas con lo establecido por el tribunal de alzada, se observa que éste señala en la sentencia impugnada que: *"… la actora con fundamento en lo estatuido en el art. 183 del Código de Trabajo que 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"*, impugna el trámite de visto bueno seguido en su contra, reproduciendo a su favor como única prueba aceptada por el juez a-quo las principales piezas procesales del trámite de visto bueno, que se limitó a leerlas, pero sin desvirtuar con otras pruebas la resolución adoptada por el juez *a-quo* (…) no se presentó prueba alguna para demostrar que en el expediente de visto bueno seguido en contra de la actora se violentaron sus derechos al debido proceso y a la defensa, no logró desvirtuar el contenido del mismo, los supuestos videos de las cámaras para demostrar que otras personas tenían acceso a la bóveda, quedaron en meros enunciados, no existió prueba testimonial en virtud de que solicitó declaración de parte de ciudadanos que no fueron demandados, en consecuencia no eran parte procesal, en definitiva no logró desvirtuar los hechos alegados. (…) La accionante no aportó en juicio ninguna prueba contundente y veras para defender los argumentos plasmado en la demanda, todo lo actuado en juicio de parte de su defensa fue de manera verbal; a petición de la parte accionada la actora fue llamada a rendir declaración de parte, en la cual aceptó la existencia del faltante y aceptó conocer las disposiciones del reglamento interno. (…) Es necesario precisar que la actora ni en el proceso administrativo de visto bueno ni en el presente juicio ha demostrado con pruebas veraces el no haber incurrido en la falta grave que origino su separación por la via administrativa, no justificó a que se debió el faltante de dinero que fue constatado en su presencia y en presencia de otros, siendo de su responsabilidad el cuidado de la caja de depósito; pretendiendo en audiencia alegar situaciones que no fueron plasmadas ni en la demanda ni en el proceso de visto bueno, lo que de haberlas aceptado conllevaría a atentar al derecho a la defensa", en definitiva claramente explica las normas del Reglamento Interno que la actora violentó, y al no haber demostrado que en el trámite de visto bueno se le violentó sus derechos, y no habiendo presentado prueba en audiencia única, para apreciarlas conforme exige el art. 183 del Código de Trabajo. (…) la falta de prueba torna en improcedente revocar la resolución dictada por la jueza a-quo que se encuentra debidamente motivada. (…)"

6.2.5.- Es necesario puntualizar que el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere a la apreciación de la prueba en conjunto que realice el juez en base a su sana crítica; en forma completa, sin incurrir en el arbitrio ni en lo absurdo, precepto que el profesor uruguayo Eduardo Couture lo señala como*: "…una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular*

la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento…" (Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Editorial B de F., cuarta edición póstuma, 2002, pp. 221-222).

6.2.6.- En el presente caso, se observa que el tribunal *ad quem* realiza la valoración en conjunto de la prueba, de acuerdo con la sana crítica; de esta manera, el tribunal de alzada al realizar la valoración de las pruebas, respecto al trámite completo y la resolución del visto bueno, realiza a la par el cotejamiento con el proceso de impugnación de visto bueno que realiza la parte actora, dejando claro que no se han presentado pruebas que desvirtúen el procedimiento y el informe que emana de la resolución del Visto Bueno aceptado a favor de la empresa demandada. En este sentido, no se considera violación del artículo 164 del COGEP y las reglas de la sana crítica, así como tampoco la indebida aplicación del artículo 172 numeral 2 del Código del Trabajo; puesto que, por el análisis probatorio que realizan los Jueces Provinciales, concluyen que por la falta de prueba dentro del proceso de impugnación de visto bueno, y dentro del trámite de visto bueno que se refleja en el informe del mismo, no logra la parte actora desvirtuar el contenido y resolución de dicho visto bueno, así como tampoco logra demostrar que se haya transgredido la garantía del debido proceso. Análisis con el cual este Tribunal de Casación concuerda.

6.2.7.- Este Tribunal recuerda a los recurrentes que el recurso de casación no es una tercera instancia, y que no está en la esfera de la Corte de Casación el revalorar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal de última instancia. Por ello, el recurso de casación es improcedente cuando se discuten las conclusiones de hecho del tribunal *ad quem* y se formula una distinta valoración de las pruebas que sirven de base a la sentencia, o se discute la simple eficacia probatoria de los elementos de convicción utilizados por el tribunal de última instancia, o se intenta una consideración crítica relativa a la falta de correspondencia entre los elementos probatorios utilizados por la sentencia y la conclusión que ellos motivan, o un disentimiento con la valoración de la prueba efectuada en el mérito o discutiendo su valor, o incidiendo de otro modo en el criterio de apreciación sobre su eficacia, o discrepando con los motivos de hecho expresados por la sentencia dictada por el tribunal *ad quem*; los jueces de instancia son libres para la apreciación de la prueba siempre y cuando no se demuestre evidente arbitrariedad o absurdo en dicha valoración, ya que no se puede recurrir de una sentencia por la sola discrepancia con la valoración de la prueba hecha por el tribunal de alzada. Al tener el recurso de casación el carácter extraordinario, su competencia se encuentra limitada a examinar las violaciones de derecho en la aplicación de las normas legales relativas a la valoración de la prueba, o de las reglas de la lógica, la experiencia o de la sicología, que el Juez debió aplicar en la valoración de la prueba. En conclusión como lo indica Fernando De la Rúa, el órgano casacional no puede inmiscuirse en la valoración de las pruebas que hace el juzgador *"sólo puede controlar si son válidas (control de legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (control de logicidad), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación"* (El recurso de casación en el derecho positivo, pág. 153). En consecuencia, al no haber realizado la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el voto de mayoría, una valoración de la prueba que haya sido arbitraria, absurda, ilegal o ilegítima y por tanto ilógica, siendo por el contrario valorada la prueba en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al no haberse *"aplicado equivocadamente"* el artículo 172 numeral 2 del Código del Trabajo al aceptarse la resolución del informe de visto bueno, este Tribunal de Casación determina que no se configuran los vicios alegados por el casacionista, motivo por el cual se desechan los cargos alegados al amparo del caso cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.3.- CASO CINCO.- La parte recurrente invoca también el caso 5. del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que indica: *"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 de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."* El caso 5. imputa el vicio in iudicando esto es cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente, o atribuye a una norma de derecho un significado equivocado; procura igualmente proteger la esencia y contenido de las normas de derecho que consta en los códigos o leyes vigentes, incluidos los precedentes jurisprudenciales, recayendo por tanto sobre la pura aplicación del derecho; el vicio de juzgamiento contemplado en esta causal se da en tres casos **1.** Cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; **2.** Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, **3.** Cuando el juzgador incurre en yerro hermenéutica jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene. "Al invocar la causal primera, (hoy caso 5. del artículo 268 del COGEP) el recurrente está reconociendo que el tribunal de instancia acertó en las conclusiones sobre los hechos contenidos en las pruebas." (Andrade Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, edit. Andrade, Quito, 2005, p. 195) por lo que, el juzgador no tiene la posibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos que se dan por aceptados, pues la esencia de esta causal es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia.

6.4.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.- Con la fundamentación realizada por el impugnante, el problema jurídico a resolver consiste en: Establecer si ha existido en la sentencia recurrida aplicación indebida de los artículos 41 numeral 53 y 42 numeral 27 del Reglamento Interno, como configuración del Visto Bueno prevista en el artículo 172 numerales 2 y 3 del Código del Trabajo, violentando la garantía del debido proceso al amparo del artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 7 del Código del Trabajo respecto a la aplicación más favorable al trabajador.

6.4.1.- Con respecto al caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente acusa que el tribunal de apelación no aplicó correctamente el principio de tipicidad como garantía del debido proceso, previsto en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; puesto que, la ausencia de tipicidad en la conducta denunciada como causal de visto bueno, convierte esa resolución el ilegítima e ilegal; además, manifiesta que el Manual de Depósitos, no es un reglamento interno de trabajo legalmente aprobado por el Ministerio del Trabajo, se hace referencia a la existencia de dicho manual y su obligatoriedad respecto a las funciones que desempeñaba como jefe de depósitos, lo cual deviene en la imposición fraudulenta de dos causales administrativas previstas en los artículos 41 numeral 53 y 42 numeral 27 del Reglamento Interno, como también la adecuación de causal de visto bueno prevista en el artículo 172 numeral 2 del Código del Trabajo, dando lugar a que no se haya aplicado una norma sustantiva, esto es, la aplicación del artículo 7 del Código del Trabajo. Por otro lado, la casacionista acusa *"…en consecuencia es procedente el Visto Bueno por la causal 2 del Art. 172 del Código del Trabajo, esto es, por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados, lo que NO FUE PROBADO por la empleadora (…) por lo que la sala incurre en la Causal 5 del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, dando lugar a que no se haya aplicado una norma sustantiva, esto es, la aplicación del Art. 7 del C.T. , esto es, aplicación favorable al trabajador."* Debe recordar el recurrente que al amparo del caso 5 del artículo 268 del COGEP no le está permitido a este tribunal de Casación analizar los hechos ni las pruebas, lo cual le está impedido, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de Instancia.

6.4.2.- Confrontadas las acusaciones con el voto de mayoría de la sentencia impugnada, se observa que el tribunal de apelación analiza de la siguiente manera: *"…Revisado el trámite de visto bueno se observa que en la petición de visto bueno se siguió por las causales 2 y 3 del art. 172 del Código de Trabajo, aceptando la Inspectora de Trabajo la causal 3) Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador; norma tipificada en el citado cuerpo legal al momento del cometimiento de la infracción, y en*

base al procedimiento establecido, por lo que no puede considerarse que en ese punto se violentó el proceso. Por otro lado al motivar la sentencia la jueza claramente señala: "[…..] Respecto a falta de tipicidad en lo resuelto, porque a criterio de la demandante el hecho no se contiene en el Reglamento Interno como falta grave, consta en la solicitud de visto bueno que a la actora se le atribuye el hecho de haberse encontrado en la caja que era de su responsabilidad la custodia un faltante por el monto de $1002,70 dólares, que el arqueo de la caja de depósito se lo ha efectuado en presencia de la actora y de su ayudante, sin que haya podido justificar el porqué del faltante de dinero, en ninguna parte de la solicitud se le atribuye a la actora la sustracción de dinero, sino que puede entenderse una negligencia de su parte en la no aplicación de los procedimientos en el resguardo de la caja donde se guarda dinero que se reparte a cajeros. (…) Las normas del reglamento interno que señalan los accionados para terminar el contrato de trabajo por visto bueno son Art. 45 literales a), de) y e) del Código del Trabajo que refieren a las obligaciones del trabajados en general; y las del reglamento internos ha señalado Art. 41 numerales 15) y 28) y 53 y 42 numeral 27), en relación también con los Art. 48, 50 y 69. (…) La parte accionada hizo como prueba el contrato de trabajo suscrito con la actora, instrumento que obra a fs. 19 de los autos dentro del proceso de visto bueno, en el cual, la accionante al momento de ser contrata se obligó a cumplir las disposiciones del reglamento interno. (…) en definitiva claramente explica las normas del Reglamento Interno que la actora violentó, y al no haber demostrado que en el trámite de visto bueno se le violentó sus derechos, y no habiendo presentado prueba en audiencia única, para apreciarlas conforme exige el art. 183 del Código de Trabajo. (…)"

6.4.3.- La recurrente señala la vulneración del principio de tipicidad como garantía del debido proceso, plasmado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, norma que expresa: *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento."*; al respecto, se torna necesario puntualizar que el trámite y la resolución del visto bueno se configura en base al artículo 172 numerales 2 del Código del Trabajo, que indica: *"Art. 172.- 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; (…)"*; y, al artículo 45 literales a), d) y e) del Código del Trabajo que refieren a las obligaciones del trabajador; los artículos 41 numerales 15 y 28, 53 y 42 numeral 27, en relación también con los artículos 48, 50 y 69 del Reglamento Interno de la empresa; mismos que, como se ha señalado en la sentencia de primera instancia y se ha resaltado en el fallo impugnado *"…tenemos que el Art. 48 hace referencia a la definición de las faltas leves y faltas graves y las sanciones que se imponen al incurrir en ellas señalando que las faltas graves dan lugar a peticionar el visto bueno; el Art. 50 hace referencia a la aplicación de las sanciones del Art. 48, y señalas que faltas conllevan a determinarlas como graves, determinando entre otras las faltas de los artículos 41 y 53 del reglamento interno; y el Art. 69 señala los lugares de vigencia del reglamento interno. El Art. 41 del reglamento Interno señala como obligación de los trabajadores en el numeral 15 el de "Reportar inmediatamente cualquier novedad de la cual fueren testigo llegaren a su conocimiento, respecto de los bienes de propiedad de la Empresa o de aquellos que esta comercializare, aun si no se hallare bajo su cuidado. De manera particular, dará aviso respecto a hechos que vayan en perjuicio de la empresa…. Su omisión será considerada falta grave";* en el numeral 28 encontramos la siguiente obligación que deben cumplir los trabajadores de la empresa accionada *"En caso de faltante o deterioro de dineros, debidamente comprobados imputable en contra de cajeros pagadores, representantes de ventas, mensajeros y en general, cualquier persona que lo tuviere a su cargo…"* se sujetan a otras sanciones también. El Art. 53 del reglamento señala *"Los trabajadores que tuvieren a su cargo y responsabilidad, bienes de la empresa, o uniformes de la misma, dinero y/o mercaderías son responsables de la perdida, faltantes o del deterioro que no sea propio de su uso, de los bienes bajo su custodia y responsabilidad.(…)".* También, se verifica que en base al artículo 183 del Código del Trabajo se tiene lo siguiente: "Art. 183.- Calificación del visto bueno.- En los casos contemplados en los artículos 172 y 173 de este Código, las causas aducidas para la terminación del contrato, deberán ser

calificadas por el inspector del trabajo, quien concederá o negará su visto bueno a la causa alegada por el peticionario, ciñéndose a lo prescrito en el capítulo "Del Procedimiento". 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."; cuestión que ha sido cumplida; ya que, se verifica que la actora acude ante el Juez del Trabajo con la impugnación del visto bueno; en consecuencia, no se configura en el presente caso la vulneración del principio de tipicidad como garantía del debido proceso.

6.4.4.- La esencia de este caso cinco es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia; lo cual no ha sido tomado en cuenta por la actora ya que sus alegaciones se centran en su inconformidad con las conclusiones a las que se ha llegado en la sentencia de mayoría impugnada, al confirmar la sentencia de primera instancia, y solo realiza alegaciones que no corresponden a lo requerido por el caso cinco del artículo 268 del COGEP. Adicionalmente cabe señalar, que la recurrente acusa como infringidos los mismos artículos que señaló como violentados en el caso cuatro que ya fue analizado anteriormente, lo cual no es permitido en Casación puesto que cada caso corresponde a un motivo o circunstancia disímil, siendo cada uno autónomo e independiente; pues cada caso contiene presupuestos diferentes y operan razones lógicas diversas, por lo que su fundamentación debe ser independiente y no mezclar en la argumentación correspondiente a un cargo específico, la fundamentación correspondiente a un caso diverso. Por tal razón, se rechaza la alegación propuesta, al considerar que no se configuran las alegaciones propuestas por el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

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,** NO CASA la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas el 8 de noviembre de 2018, las 08h13. Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

V

Juicio Nro. 17371-2017-04594
Resolución Nro. 0346-2019
Fecha: 30 de abril de 2019, a las 14h40

TEMA: El Art. 94 del Código del Trabajo no estable como requisito para el pago del triple de recargo que el empleador haya sido citado con la demanda, sino únicamente que se hubiere sido necesaria acción judicial para el cobro de remuneraciones pendientes.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora argumenta, que ha ingresado a trabajar en la Empresa a quien demanda, desde el 22 de Octubre del año 2013, en calidad de Jefe de Tienda, que ha trabajado hasta septiembre del año 2017, en que ha sido despedida mediante comunicación escrita; que la entidad demandada, le adeuda: por despido intempestivo, desahucio y varios rubros laborales. Por su parte la entidad demandada argumenta que las remuneraciones reclamadas, se las han sido transferidas a la cuenta de la demandante; que le fue convocada a la parte actora para que firme el finiquito, y ésta no concurrió. Que en definitiva, la Empresa demandada, le ha consignado a la ex trabajadora, los correspondientes a, comisiones del mes de agosto; la remuneración fija de los 08 días de septiembre y las comisiones del mes de septiembre 2017; es decir, 06 días después de presentada la demanda.- Por todo lo expuesto, en la sustanciación de esta causa se han observado las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios determinadas en el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos COGEP; no se ha inobservado el procedimiento sumario correspondiente a la naturaleza del asunto que se juzga; por lo que se ratifica la declaratoria de la validez procesal declara en la audiencia.-Por las consideraciones expuestas, se ratifica la decisión tomada en la audiencia; y, se dispone que, la Empresa demandada paguen inmediatamente a la ex trabajadora, correspondientes a, comisiones del mes de agosto; su remuneración fija de los 08 días de septiembre y las comisiones del mes de septiembre 2017; con el triple del equivalente a dicho monto; como dispone el referido artículo del Código del Trabajo.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte accionada interpone recurso de apelación. De todo lo anotado anteriormente y toda vez que la parte accionada, al contestar la demanda, al fundamentar el recurso y en la audiencia de apelación ha señalado que realizó diferentes transferencias a la actora por los valores que le adeudaba; refiriendo que la empresa comunicó a la actora que debía acercarse a las instalaciones de la compañía, para que le cancelen su liquidación de haberes y remuneraciones, hecho que ha justificado con la declaración de parte, quien acepta que recibió el correo pero no ha comparecido a recibir sus pagos.- Al efecto, como bien lo señala la accionada y consta de autos, todos los pagos a la accionante siempre fueron mediante transferencias; por lo que no existió razón o la necesidad de notificar a la actora que se acerque a la empresa a cobrar una liquidación de haberes, que ya se le venía cancelando mediante transferencias; por lo señalado, la accionante tiene derecho al pago del recargo legal, establecido en el

Art. 94 del Código del Trabajo, en la cantidad sobre la última transferencia, confirmando así lo resuelto por el Juez de Origen. Por las consideraciones que anteceden, desestima el recurso de apelación y en los términos señalados, se confirma la sentencia recurrida.

SÍNTESIS CASACIÓN

El demandado interpone recurso de casación, admite a trámite, al considerar que cumple con los requisitos prescritos en los artículos 266, 267 y 277 del Código Orgánico General de Procesos .Del análisis de la resolución impugnada, se tiene como hechos probados: que la relación laboral terminó por despido intempestivo mediante un comunicado por escrito en el que se le notificó la voluntad del empleador de dar por terminado el contrato indefinido de trabajo, la accionante presentó la demanda; del acta de finiquito, entre el actor y la entidad demandada, en la cual no constan los rubros por concepto de pago de la remuneración de ocho días del mes de septiembre de 2017 y comisiones de agosto y septiembre de 2017. Ulteriormente la entidad demandada, transfiere a la actora por concepto de pago de ocho días del mes de septiembre de 2017 y las comisiones de agosto y septiembre de 2017. De lo señalado, se observa que antes del inicio de la acción judicial dirigida justamente al cobro de los rubros pendientes, la empresa demandada no los había cubierto, incumpliendo así la obligación establecida en el artículo 42 numeral 1 del Código del Trabajo, esto es pagar las cantidades que correspondan al trabajador en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones del Código del Trabajo; esto ya que para exigir su cumplimiento, la actora tuvo que acudir judicialmente ante los jueces del trabajo, no siendo necesario que el demandado haya sido citado legalmente con la demanda, como lo afirma erradamente la parte casacionista en su recurso de casación, ya que el artículo 94 del Código del Trabajo no prevé esta exigencia, sino que haya presentado el trabajador la demanda laboral requiriendo el pago de sus remuneraciones como efectivamente ocurre en el caso sub judice, ya que la accionante, presentó su demanda, estableciendo como parte de sus pretensiones la remuneración de los ocho días del mes de septiembre de 2017 y las comisiones de agosto y septiembre de 2017; la parte demandada ha realizado la transferencia de estos rubros, seis días después de presentada la demanda. En tal virtud, una vez verificadas las condiciones establecidas en el artículo 94 del Código del Trabajo con las alegaciones propuestas por la parte demandada, se observa que estas se cumplen; la interpretación que otorga el tribunal ad quem a la referida norma es la que corresponde, considerando que se ordena el pago por los rubros impagos y su triple de recargo al confirmar la sentencia venida en grado; situación que por ende desvanece por las alegaciones respecto a la vulneración de los artículos 1567 del Código Civil y 64 del Código Orgánico General de Procesos; por lo tanto, se rechazan los cargos propuestos al amparo del caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En orden a todo lo expuesto, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17371-2017-04594

Jueza Ponente: Dra. Rosa Álvarez Ulloa

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, martes 30 de abril del 2019, las 14h40,

VISTOS: En el juicio laboral que sigue Raquel Francisca Salgado Places en contra de la compañía CHAIDE Y CHAIDE S.A en la persona de Carmen Rosa Barriga Villavicencio y Pablo Hugo Cárdenas López, por sus propios derechos y por los que representan en calidad de Gerente General y Gerente de Recursos Humanos, respectivamente, la parte demandada interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 13 de diciembre de 2018, las 11h21 que resuelve desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primer nivel, que ordena el pago de $. 1.919,38 por concepto de comisiones del mes de agosto, remuneración de 8 días del mes de septiembre y comisiones de septiembre, correspondientes al año 2017; además del triple del equivalente a dicho monto. Este Tribunal considera:

PRIMERO:

ANTECEDENTES.-

1.1.- DECISIÓN IMPUGNADA.- La Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la sentencia resuelve: *"SEXTO.- Es necesario señalar que el Art. 75 de la Constitución de la República, establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedida de sus derechos e intereses.- Sobre la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, destaca que el derecho a la tutela judicial efectiva, tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para, luego de un proceso que observe garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia. Por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la ley, y el tercero en relación con la sentencia. (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 050-15-SEP-CC, caso N° 1887-12-EP, lo que ha sido observado por el Tribunal. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima el recurso de apelación y en los términos señalados, se confirma la sentencia recurrida".*

1.2.- La Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, doctora Janeth Santamaría Acurio, mediante auto de fecha 15 de marzo de 2019, las 15h21, admite a trámite el recurso de casación de la parte accionada, al considerar que cumple 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 (ponente); 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 jueves 25 de abril de 2019, a las

16h00, escuchó la fundamentación del recurso de casación, realizada por la empresa CHAIDE Y CHAIDE S.A., y la contradicción de la parte actora, a través de la procuradora judicial y el abogado defensor, respectivamente.

3.1.- FUNDAMENTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA: La procuradora judicial de la demandada, doctora Paola Carolina Quezada Noboa, fundamenta el recurso de casación basado en el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos y argumenta: violación de los artículos: 94 del Código del Trabajo, 1567 del Código Civil y 64 del Código Orgánico General de Procesos. La parte casacionista señala que el tribunal *ad quem* no analiza de forma pormenorizada los presupuestos que establece el artículo 94 del Código del Trabajo para que opere la condena por mora en el pago de remuneraciones laborales, dándole un alcance e interpretación errada a dicha disposición. Señala que en este artículo se dilucidan dos presupuestos que deben verificarse para que los hechos puedan subsumirse a la regla y estos son: **1)** la existencia de remuneraciones no pagadas durante la vigencia de la relación laboral y **2)** la necesidad de la acción judicial para obtener el pago. Menciona que el primer supuesto sí se cumplió, es decir, hubo remuneraciones que no fueron pagadas a la actora mientras duró la relación laboral; sin embargo, el segundo presupuesto no se cumple por cuanto no era menester para la actora iniciar una acción judicial para el cobro de los haberes laborales adeudados ya que dichos rubros estaban listos para ser pagados en las instalaciones de la compañía demandada un día antes de la interposición de la demanda. Señala que su representada realizó una transferencia bancaria el día 11 de octubre de 2017 por concepto de pago de todos los haberes que quedaron pendientes a la actora luego de la terminación de la relación laboral, dicho pago fue realizado sin siquiera tener conocimiento de que la actora había entablado un juicio en contra de Chaide y Chaide S.A puesto que la primera boleta de citación fue conocida por su representada el 24 de octubre de 2017. Menciona que se debe tomar en consideración lo establecido en el artículo 64 del Código Orgánico General de Procesos, puntualizando el numeral 3 que se refiere a los efectos de la citación, cuyo numeral tercero indica: *"Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley"*; indica el casacionista que esto quiere decir que la única manera de que se pueda considerar al deudor como moroso es a partir de la configuración de la citación al demandado con la demanda en la cual se le requiere el pago de lo adeudado; mencionando por tanto que la constitución en mora por parte de los demandados corre a partir de la fecha en que han sido citados en legal y debida forma. Indica que este criterio ha sido recogido por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 234-2016 de fecha 12 de abril de 2015, dentro del juicio No. 0611-2013.

3.2.- CONTRADICCIÓN DE LA PARTE ACTORA: La actora, a través de su patrocinador doctor Arnaldo Benjamín Fiallos, ejerce el derecho a la contradicción y expresa: Que la parte casacionista hace un recuento temporal sobre el momento en que se realizó el pago; pero no se dice que se pagó 34 días después. El artículo 94 del Código del Trabajo contiene dos supuestos: **1)** que no se hayan pagado las remuneraciones; y, **2)** que sea necesario presentar la acción judicial para el pago. Que es recién previo a la audiencia, que la cliente manifestó a su abogado, que en su cuenta se encontraba realizado un depósito. Que no se desconoce que el correo electrónico al que se refiere la accionada ha existido, pero éste ha sido leído por la actora en fecha posterior. Que cuando se habla de "constituir en mora", no se debe confundir el campo civil, con el campo social laboral, pues deben ser observados los derechos de los trabajadores. Solicita se rechace el recurso y no se case la sentencia impugnada.

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 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 derecho a la 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 recurrente, de lo que se tiene lo siguiente:

6.1.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: CASO CINCO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: CARGOS DENUNCIADOS POR LA PARTE DEMANDADA.- La parte recurrente invoca el caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el mismo que indica: *"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 de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto."* El caso cinco imputa el vicio *in iudicando* esto es cuando el juez de instancia elige mal la norma, utiliza una norma impertinente o atribuye a una norma de derecho un significado equivocado; procura igualmente proteger la esencia y contenido de las normas de derecho que consta en los códigos o leyes vigentes, incluidos los precedentes jurisprudenciales, recayendo, por tanto, sobre la pura aplicación del derecho; el vicio de juzgamiento contemplado en este cargo se da en tres casos **1.** Cuando el juzgador deja de aplicar las normas sustantivas al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; **2.** Cuando el juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, **3.** Cuando el juzgador incurre en yerro hermenéutica jurídica, al interpretar la norma atribuyéndole un sentido y alcance que en realidad no lo tiene. *"Al invocar la causal primera, (hoy caso cinco del artículo 268 del COGEP) el recurrente está reconociendo que el tribunal de instancia acertó en las conclusiones sobre los hechos contenidos en las pruebas."* (Andrade Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, edit. Andrade, Quito, 2005, p. 195) por lo que, el juzgador no tiene la posibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos que se dan por aceptados, pues la esencia de esta causal es demostrar jurídicamente la vulneración de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia.

6.2.- IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS. En orden a los vicios atribuidos al fallo emitido por el Tribunal de Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al amparo del caso cinco del artículo 268 del COGEP; le corresponde a esta Corte de Casación: Verificar si el tribunal *ad quem* ha incurrido en errónea interpretación del artículo 94 del Código del Trabajo al disponer en favor del actor el pago del triple de recargo de la remuneración de los 8 días del mes de septiembre de 2017 y las comisiones de

agosto y septiembre del mismo año; vulnerando a criterio del recurrente el artículo 1567 del Código Civil y el artículo 64 del Código Orgánico General de Procesos.

6.3.- El caso cinco del artículo 268 del COGEP, está encaminado para determinar errores de derecho, sin que las alegaciones probatorias sean objeto de análisis, el vicio debe constituirse por una violación directa de la norma sustancial, sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

6.3.1.- La errónea interpretación a la que se refiere la casacionista, tiene lugar cuando siendo la norma la pertinente al caso, quien la aplica le da un sentido y alcance contrario al espíritu de la misma; la errónea interpretación está constituida por una equivocación de hermenéutica jurídica, en tal caso, el juez ha elegido correctamente la norma aplicable al caso, pero al interpretarla le da un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al texto de la Ley, dando como resultado una consecuencia distinta a la prevista en la norma; 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".* (La Casación Civil en Colombia, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Eduardo Ibáñez, pág. 334);

6.3.2.- La parte demandada acusa la errónea interpretación del artículo 94 del Código del Trabajo haciendo las siguientes alegaciones: "…los jueces (…) no analizaron de forma pormenorizada los presupuestos que manda (…) el artículo 94 del Código del Trabajo, para que opere la condena por mora en el pago de remuneraciones laborales, dándole un alcance e interpretación errada a dicha disposición, misma que fue determinante para la emisión de la resolución (…) Del análisis de dicho artículo se dilucidan dos (…) presupuestos (…) que deben verificarse para que los hechos puedan subsumirse a la regla: **(i)** la existencia de remuneraciones no pagadas durante la vigencia de la relación laboral; y **(ii)** la necesidad de la acción judicial para obtener el pago (…) es cierto que el primer presupuesto si se cumplió, es decir, hubo remuneraciones que no fueron pagadas a la actora mientras duró la relación laboral. Sin embargo, el segundo presupuesto no se cumple por cuanto no era menester para la actora iniciar una acción judicial para el cobro de los haberes laborales adeudados, ya que dichos rubros estaban listos para ser pagados en las instalaciones de la compañía demandada, un día antes de la interposición de la demanda. (…) Por otro lado, como lo establece la sentencia de segunda instancia, mi representada realizó una transferencia bancaria el día 11 de octubre de 2011, por concepto de pago de todos los haberes que quedaron pendientes a la actora luego de la terminación de la relación laboral. Dicho pago fue realizado sin siquiera tener conocimiento de que la señora Salgado había entablado un juicio en contra de Chaide y Chaide S.A., puesto que, la primera boleta de citación fue conocida por mi representada el 24 de octubre de 2017 (…)se debe tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 64 del Código Orgánico General de Procesos, mismos que establece: *"Art. 64.-Efectos. Son efectos de la citación: (…) 3. Constituir a la o el deudor en mora, según lo previsto en la ley"* (…) Esto quiere decir que la única manera de que se pueda considerar al deudor como *"moroso"* es a partir de la configuración de la citación al demandado con la demanda en la cual se le requiere le pago de lo adeudado. La constitución en mora por parte de los demandados corre a partir de la fecha en que han sido citados en legal y debida forma (…) De todo lo expuesto se colige que el Tribunal (…) interpretó de manera errada el artículo 94 del Código del Trabajo, puedo que no realizó un análisis de cumplimiento de los presupuestos manifestados en dicho artículo para que los hechos puedan subsumirse a dicha norma y, en consecuencia, no se analizó que Chaide y Chaide S.A. aún no se encontraba legalmente constituido en mora cuando realizó el pago de los haberes adeudados a la accionante, puesto que dicho pago fue realizado con anterioridad al a configuración de la citación, inclusive fue realizado antes de que llegara la primera boleta de citación a las instalaciones de mi representada (…)".

6.3.3.- La Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en el considerando QUINTO numeral 5.3 literal b) resuelve en la sentencia recurrida lo siguiente: *"… y el Art. 94 del Código del Trabajo, textualmente dice (…) De lo anterior y toda vez que la parte accionada, al contestar la demanda, al fundamentar el recurso y en la audiencia de apelación ha señalado que realizó diferentes transferencias a la actora por los valores que le adeudaba; y que por concepto del pago de comisiones por el mes*

de agosto de 2017, la remuneración proporcional de 8 días del mes de septiembre de 2017 y comisiones de septiembre de 2017, transfirió a la actora la cantidad de $1.919,16 dólares, el 11 de octubre de 2017; refiriendo que la empresa comunicó a la actora que debía acercarse a las instalaciones de la compañía CHAIDE Y CHAIDE S.A., para que le cancelen su liquidación de haberes y remuneraciones, hecho que ha justificado con la declaración de parte, quien acepta que recibió el correo de fecha 4 de octubre del 2017, pero no ha comparecido a recibir sus pagos.- Al efecto, como bien lo señala la accionada y consta de autos, todos los pagos a la accionante siempre fueron mediante transferencias; por lo que no existió razón o la necesidad de notificar a la actora el 4 de octubre de 2017 para que se acerque a la empresa a cobrar una liquidación de haberes, que ya se le venía cancelando mediante transferencias, por lo señalado, la accionante tiene derecho al pago del recargo legal, establecido en el Art. 94 del Código del Trabajo, en la cantidad sobre la última transferencia…".

6.3.4.- Al confrontar las alegaciones propuestas por la parte demandada con lo resuelto por el tribunal *ad quem,* este tribunal de Casación precisa lo siguiente:

6.3.4.1.- El artículo 94 del Código del Trabajo discutido en el presente caso, señala lo siguiente: *"Art. 94.- Condena al empleador moroso.- El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador…";* en este sentido, el artículo en mención obliga al empleador al pago del triple de recargo de las remuneraciones cuando hubiese sido menester la acción judicial para la reclamación de dichos valores, observándose por tanto, que se presentan dos aspectos fundamentales que deben cumplirse: **1)** la existencia de remuneraciones no pagadas durante la vigencia de la relación laboral; y, **2)** la necesidad de la acción judicial para el pago. En el presente caso, se cumple el primer supuesto, tal como lo acepta la parte casacionista ya que existen remuneraciones que no fueron pagadas a la actora mientras duró la relación laboral; sin embargo, el segundo supuesto: *"la necesidad de la acción judicial para el pago"*, es el que se encuentra en discusión y es procedente analizarlo.

6.3.4.2.- Se tiene como hechos probados: que la relación laboral terminó el día 8 de septiembre de 2017, fecha en la cual la actora fue despedida intempestivamente mediante un comunicado por escrito en el que se le notificó la voluntad del empleador de dar por terminado el contrato indefinido de trabajo. El día 5 de octubre de 2017, las 16h47 la accionante presentó la demanda; posteriormente, el día 10 de octubre de 2017 se sube al sistema del Ministerio del Trabajo el acta de finiquito entre la señora Raquel Francisca Salgado Places y la compañía Chaide y Chaide S.A, en la cual no constan los rubros por concepto de pago de la remuneración de ocho días del mes de septiembre de 2017 y comisiones de agosto y septiembre de 2017. Ulteriormente el día 11 de octubre de 2017, Chaide & Chaide S.A transfiere a la parte actora el valor de $.1.919,16 por concepto de pago de ocho días del mes de septiembre de 2017 y las comisiones de agosto y septiembre de 2017. De lo señalado, se observa que antes del inicio de la acción judicial dirigida justamente al cobro de los rubros pendientes, la empresa demandada no los había cubierto, incumpliendo así la obligación establecida en el artículo 42 numeral 1 del Código del Trabajo, esto es pagar las cantidades que correspondan al trabajador en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones del Código del Trabajo; esto ya que para exigir su cumplimiento, la actora tuvo que acudir judicialmente ante los jueces del trabajo, no siendo necesario que el demandado haya sido citado legalmente con la demanda, como lo afirma erradamente la parte casacionista en su recurso de casación, ya que el artículo 94 del Código del Trabajo no prevé esta exigencia, sino que haya presentado el trabajador la demanda laboral requiriendo el pago de sus remuneraciones como efectivamente ocurre en el caso sub judice, ya que la accionante con fecha 5 de octubre de 2017 presentó su demanda, estableciendo como parte de sus pretensiones la remuneración de los ocho días del mes de septiembre de 2017 y las comisiones de agosto y septiembre de 2017; la parte demandada ha realizado la transferencia de estos rubros recién el día 11 de octubre de 2017, es decir seis días después de presentada la demanda. En tal virtud, una vez verificadas las condiciones establecidas en el artículo 94 del Código del Trabajo con las alegaciones propuestas por la parte demandada, se observa que estas se cumplen; la interpretación que otorga el tribunal *ad quem* a la referida norma es la que corresponde, considerando que se ordena

el pago por los rubros impagos y su triple de recargo al confirmar la sentencia venida en grado; esto ya que la acción judicial se había iniciado con la presentación de la demanda antes de la fecha en que se efectuó la consignación; situación que por ende desvanece por las alegaciones respecto a la vulneración de los artículos 1567 del Código Civil y 64 del Código Orgánico General de Procesos; por lo tanto, se rechazan los cargos propuestos al amparo del caso cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos.

6.3.4.3.- Este tribunal considera necesario señalar, que si bien en el juicio indicado por el recurrente No. 0611-2013 que siguió Francisco Alfredo Vintimilla González en contra de la Universidad Tecnológica América, esta Sala se pronunció en el sentido de que no es procedente el triple de recargo de las remuneraciones peticionadas, ya que el pago se había efectuado con anterioridad a la fecha de citación; a efecto de unificar el criterio mayoritario que actualmente mantiene la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes juicios: 17731-2016-2961 seguido por el señor Wilson Orlando Altamirano Altamirano en contra de la Empresa Automóvil Club del Ecuador ANETA y el juicio No. 17731-2016-2506 propuesto por el señor Segundo Cristóbal Aimacaña Casa en contra de Diego Pedro Espinoza Chiriboga, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Empresa Agropromotora del Cotopaxi AGROCOEX S.A, se resuelve en los términos que han quedado determinados en este fallo.

SÉPTIMO:

FALLO.- En orden a todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, por unanimidad **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 Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de fecha 13 de diciembre de 2018, las 11h215. Sin costas. En atención a lo que dispone el artículo 275 del Código Orgánico General de Procesos, se ordena la entrega del valor de la caución a la parte actora. **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL; Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL.

VI

Juicio Nro. 24331-2018-00421
Resolución Nro. 0372-2019
Fecha: 14 de mayo de 2019

TEMA: El acuerdo de mediación contenido en el acta de acuerdo total de mediación pone fin al conflicto, por lo que es pertinente que los jueces acepten la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor interpone la demanda contra el Gobierno Descentralizado Municipal del Cantón Salinas, en calidad de obrero municipal, que prestó sus servicios para dicha entidad demandada desde el 14 de julio de 1982 hasta junio de 2016, fecha en la que se acoge a la renuncia voluntaria, frente a esta situación firmaron una Acta de Acuerdo en el Centro Nacional de Mediación, entre las que la entidad demandada se compromete a cancelarle mediante un plan de pagos hasta el 30 de junio de 2019, valor que según el actor no es el que se le debe cancelar por concepto de renuncia voluntaria. La relación de las partes concluyó por acuerdo entre las partes al separarse el trabajador con la finalidad de acogerse a la jubilación patronal a la que tiene derecho después de 25 años de trabajo, por lo tanto la liquidación comprende décima tercera y cuarta remuneración, vacaciones y bonificación por desahucio, al firmar el Acta Acuerdo, dejan solucionados los problemas que se puedan derivar del tema laboral que existió entre las dos partes. De lo expuesto se colige que en el presente caso se cumplen los presupuestos de identidad subjetiva y objetiva para que prospere la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada ya que son los mismos sujetos procesales los que intervinieron en el acta de mediación y en este proceso y la reclamación obedece a las obligaciones laborales en el mismo período que se reclama en esta acción. En cuanto a lo señalado en el artículo 284 del Código General de Procesos, no se evidencia que los sujetos procesales hayan litigado de forma abusiva, maliciosa, temeraria o deslealtad procesal, por lo que no se puede ordenar el pago de costas procesales. Por las consideraciones que anteceden el juez de primera instancia, declara sin lugar la demanda, acogiendo la excepción previa de cosa juzgada.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Ante la negativa del juez de primer nivel, el actor interpone recurso de apelación, en el que el Tribunal, ha verificado la aplicación de los principios y reglas del debido proceso, se ha recurrido en debida forma de la decisión de primer nivel, se ha garantizado los derechos, entre ellos el de defensa, asegurando a los intervinientes la presentación de razones o argumentos que se crea asistido, así como generando la presente resolución invocando las normas en que se funda su decisión y explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que se cumplen los principios previstos en el artículo 76 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.-En virtud de lo manifestado, el Tribunal de Apelación, RESUELVE: Aceptar el recurso de apelación, propuesto por el Actor y Revoca la sentencia recurrida.

SÍNTESIS CASACIÓN
Inconforme con la decisión del Tribunal de Apelación, el actor interpone recurso de casación, el cual ha sido admitido solo por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. Señala infringidos los artículos 71, 72, 111, 113 y 185 del Código del Trabajo, así como la Resolución No, 02-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017…. señala que los jueces del tribunal ad quem han incurrido en la transgresión de las normas invocadas, al considerar que los valores que reclama en su demanda ya se encuentran reconocidos mediante Acta de Acuerdo Total de Mediación; por lo que dichos jueces aceptan la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada. El tribunal de casación considera que la institución de cosa juzgada busca la certeza jurídica, así como la estabilidad de las decisiones judiciales y los derechos en ellas garantizados, en observancia del principio de seguridad jurídica, en tal sentido y acorde a lo que establecen los artículos 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación y 101 del Código Orgánico General de Procesos, se observa que la decisión a la que han llegado los jueces del tribunal de alzada al acoger la excepción de cosas juzgada señalada por la parte demandada, ha sido acertada sin que se pueda observar una transgresión de los artículos 326.3 de la Constitución de la República del Ecuador; y 1, 4, 5 y 7 del Código del Trabajo. La jubilación patronal establecida en el art. 216 del Código del Trabajo es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral; por tanto, el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones en los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4"; debiendo entenderse a esta Resolución en el sentido de que el derecho a la jubilación patronal no está sujeto a los topes y límites que establecen los Mandatos Constitucionales 2 y 4 para los montos indemnizatorios por concepto de despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral, por ser este derecho de naturaleza imprescriptible e inalienable y por no constituir un monto indemnizatorio; por lo que la apreciación que ha tenido la parte casacionista respecto a que" Que los señores Jueces tampoco aplicaron la resolución No. 02-2017, que dispone con carácter vinculante que el pago de la jubilación patronal es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral", pretendiendo con este análisis fundamentar sus reclamos expresados en la demanda, es desacertada pues como se ha explicado ut supra, la mencionada Resolución tiene como finalidad excluir al derecho a la jubilación de los límites que exponen los Mandatos Constitucionales 2 y 4, y no establecer que este derecho es autónomo y que por lo tanto le corresponde el pago de las indemnizaciones laborales que reclama. Por lo expuesto, el tribunal de casación no observa que se hayan producido las transgresiones que acusa la parte recurrente bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso.- En virtud de lo expuesto, el tribunal de casación no casa la sentencia emitida por los jueces del Tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 24331-2018-00421

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides Benalcázar

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-
Quito, martes 14 de mayo del 2019, las 16h13,
PRIMERO.-
ANTECEDENTES
VISTOS: En el juicio laboral seguido por Jorge Amado Ventura Choez en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Salinas, el tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de la Provincial de Santa Elena, dicta sentencia de mayoría el 8 de enero de 2019, las 14h54, que niega el recurso de apelación y confirma la sentencia emitida en primera instancia que declara sin lugar la demanda acogiendo la excepción previa de cosa juzgada. Inconforme con esta decisión, el actor interpone recurso de casación, el cual ha sido admitido en auto de calificación de 20 de marzo del 2019, las 15h08, por el doctor Alejandro Arteaga García, Conjuez Nacional de la Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia solo por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, y una vez conformado el Tribunal de la Sala Laboral mediante sorteo, ha realizado la audiencia respectiva, para conocer y resolver el presente recurso de casación; al efecto se considera:
SEGUNDO:
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA
El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 01-2018 de fecha 26 de enero de 2018 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, en atención a la Resolución No. 04-2017 publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017. 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 María Consuelo Heredia, Jueza Nacional y doctora Rosa Álvarez Ulloa Jueza Nacional (E), en atención al Oficio No. 406-SG-CNJ-ROG de 27 de febrero del 2018.
TERCERO:
ARGUMENTACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN LA AUDIENCIA PUBLICA CORRESPONDIENTE
Según lo dispuesto en el artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, se llevó a cabo la audiencia para conocer y resolver el recurso de casación, el día lunes 6 de mayo de 2019, a las 11h00, en la que el recurrente manifiesta:
3.1. INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEFENSOR DE LA PARTE RECURRENTE: Fundamentado en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, el casacionista manifiesta que existe una aplicación indebida y errónea interpretación de los siguientes artículos: 326 de la Constitución de la República el Ecuador; y 4, 5 y 7 del Código del Trabajo, considerando que las normas invocadas establecen que en caso de duda deberán ser aplicadas en el sentido más favorable al trabajador; y que los derechos del trabajador son irrenunciables debiendo dar oportuna y debida protección a sus derechos; en tal sentido considera que al haberse negado el recurso de apelación se le ha causado un grave perjuicio, pues los valores que se ha reclamado en la demanda no han sido cancelados. Señala, también infringidos los artículos 71, 72, 111, 113 y 185 del Código del Trabajo, así como la Resolución No, 02-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017.
3.2. INTERVENCIÓN DE LA CONTRAPARTE Comparece a la audiencia de casación el abogado Alejandro Suárez John Manuel en representación de la institución demandada, indicando que rechaza el recurso interpuesto por cuanto la defensa técnica de la parte actora, no ha explicado en forma singularizada los yerros de falta de aplicación, aplicación indebida y errónea interpretación de normas sustantivas que han sido alegados en el recurso, se limita a relatar los hechos sobre los cuales existe cosa juzgada. Señala también que

la parte demandada firmó con el actor un acta de mediación en la que consta que la parte actora ha sido bonificada por el rubro de la terminación de la relación laboral que consta en el contrato colectivo. Solicita se rechace el recurso de casación formulado por la parte recurrente.

CUARTO:

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

4.1.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario esencialmente formalista y, por tal razón, exige para su procedencia el cumplimiento inexorable de los requisitos y formalidades establecidas en la Ley de Casación. El tratadista colombiano, Luis Armando Tolosa Villabona, conceptualiza a este medio de impugnación, como aquel que *" […] pretende quebrar, anular y romper una providencia violatoria de la ley sustancial o de la ley procesal […] Por lo tanto, el recurso de Casación es un medio de impugnación extraordinario por motivos específicamente establecidos en la Ley y cuyo conocimiento está atribuido a un órgano judicial supremo […] con el fin de anular, quebrar o dejar sin valor, por razones procesales sustanciales inmanentes, sentencias que conculcan el derecho objetivo, y que tienen errores in iudicando, errores facti in iudicando o errores procesales. Se interpone también para enmendar, excepcionalmente, sentencias que infringen las garantías fundamentales de las personas".* (Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., segunda edición, Bogotá-Colombia, 2008, pág. 13.). Por su parte, el Tribunal de Casación para decidir, tiene que centrar su análisis en los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito contentivo del recurso. Pues como bien señala, el jurista ecuatoriano Santiago Andrade Ubidia: *"Los motivos o causales, según lo denomina nuestra ley, para la interposición del recurso de casación están limitadas y taxativamente señaladas en la ley, por lo que al ser restrictivos no es admisible ampliarlas 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.

4.2.- CONCEPTUALIZACIÓN DE MOTIVACIÓN Una vez que ha sido analizado el recurso de casación y la sentencia del tribunal de alzada, confrontado con el ordenamiento jurídico vigente, corresponde a este Tribunal limitar su examen a los cargos o cuestionamientos formulados en el escrito de casación acorde al mandamiento contenido en el artículo 76. 7, literal l) de la Constitución de la República, que establece: *"Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados"*; observa que la falta de motivación acarrea la nulidad de la resolución judicial. Por lo que, al emitir su pronunciamiento debe hacerlo sustentado en el ordenamiento legal vigente, así como en los principios generales del derecho, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, y que las partes sientan esa certidumbre que otorga el obtener una sentencia motivada. La Corte Constitucional para el Período de Transición, en la sentencia No. 048-11-SEP-CC, del caso No. 1252-10-EP, respecto a la motivación señaló: *"Este derecho de motivación se articula plenamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, este derecho no significa exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto. […]".* El tratadista Fernando de la Rúa, sostiene que: *"El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser, a la vez, expresa, clara, completa,*

legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final, la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el Juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada. En todos los casos, esa fundamentación debe reunir los caracteres expresados...". (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, pág. 150).

4.3. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO El problema jurídico por el caso quinto, consiste en verificar si se ha producido una transgresión de los artículos 326. 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador; y 4, 5, 7, 71, 72, 111, 113 y 185 del Código del Trabajo; y de la Resolución No, 02-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017, al considerar que los derechos que reclama ya se encuentran pagados mediante Acta de Acuerdo Total de Mediación No. 586-2016.

4.4.- ANÁLISIS DE LAS ACUSACIÓNES PRESENTADAS:

4.4.1 ÚNICO CARGO: CASO QUINTO: Este caso procede, cuando el juzgador de instancia *incurre "en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.",* lo que implica que se configure un error de juicio, que atenta a la esencia y contenido de la norma de derecho y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios. El tratadista Murcia Ballén, respecto de la violación directa de la norma, señala: *"Como lo anticipamos, la violación directa de la norma sustancial se da cuando ésta se infringe derecha o rectamente, vale decir, sin consideración a la prueba de los hechos. 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.).

4.4.2.- EXAMEN DEL CARGO ALEGADO.- El casacionista acusa que en la sentencia recurrida, existe una indebida aplicación y errónea interpretación de los artículos 326. 3 de la Constitución de la República del Ecuador; y 4, 5, 7 del Código del Trabajo. Acusa también una falta de aplicación de los artículos 326. 2 de la Constitución de la República del Ecuador; 71, 72, 111, 113 y 185 del Código del Trabajo, y de la Resolución No, 02-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017. Señala el recurrente que los jueces del tribunal *ad quem* han incurrido en la transgresión de las normas invocadas, al considerar que los valores que reclama en su demanda ya se encuentran reconocidos mediante el Acta de Acuerdo Total de Mediación No. 586-2016, por lo que dichos jueces aceptan la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada. Al respecto, se observa: a) La parte actora ha señalado, por una parte que en la sentencia se ha producido una aplicación indebida y errónea interpretación de los artículos: 326. 3 de la Constitución de la República el Ecuador; y 4, 5, 7 del Código del Trabajo, normas jurídicas que hacen referencia a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador; sobre la aplicación de las normas en el sentido más favorable cuando existe duda; y respecto a la debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de los derechos de los trabajadores por parte de los entes de administración de justicia. Ahora bien, frente a las alegaciones efectuadas, este tribunal de casación considera que si bien la parte recurrente identifica los vicios de indebida aplicación y errónea interpretación de las normas invocadas, no los individualiza respecto a las normas señaladas, lo que impide que este tribunal de casación puede analizar debidamente las alegaciones presentadas; sin embargo y como se mencionó con anterioridad al haber sido aceptado el recurso únicamente por el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, este tribunal analiza los fundamentos expuesto por el casacionista, esto es en relación a los haberes laborales que el recurrente reclama en su demanda y que a consideración del tribunal *ad quem* le han sido cancelados mediante el Acta de Mediación con Acuerdo Total suscrita por las partes. En este sentido, se observa que los jueces de alzada han aceptado la excepción previa de cosa juzgada expuesta por la parte accionada, al evidenciar en el presente caso identidad subjetiva y objetiva entre la demanda presentada por el actor y el Acta de Acuerdo

Total de Mediación (586-2016) suscrita, pues dada la forma en la que ha concluido la relación laboral, esto es mediante renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, el actor ha solicitado que se llegue a un acuerdo total de mediación con la institución demandada, con la finalidad de que se le cancele los valores correspondientes por haberse retirado de la institución, solicitando de este modo su liquidación laboral correspondiente por el tiempo que ha trabajado y reconociendo en dicho documento, que ha recibido todos los beneficios de ley durante el tiempo que mantuvo la relación laboral, quedando extinguidas las obligaciones entre las partes; y observando las pretensiones expuestas en la demanda presentada por la parte actora, esto es la bonificación por desahucio, décima tercera remuneración, décima cuarta remuneración y vacaciones; se observa que estos rubros están inmersos en la liquidación que ha efectuado al recurrente mediante al Acta de Acuerdo Total de Mediación con número 586-2016, constatando de este modo el tribunal de apelación identidad objetiva en el presente caso, y al haber sido las mismas partes quienes han suscrito el mencionado acuerdo de mediación y sobre las cuales se ha iniciado el presente proceso laboral, se ha podido evidenciar identidad subjetiva, elementos que le permitieron a los jueces provinciales concluir la existencia de cosa jugada en el presente proceso. No debe perderse de vista lo que la doctrina ha sostenido respecto a la figura de cosa juzgada al señalar: *"Puesto que los jueces no pueden proveer por vía general y deben limitarse a decidir el caso concreto y con valor para el mismo (sin perjuicio de que la ley otorgue efectos erga omnes a ciertas sentencias), la cosa juzgada está sujeta a dos límites: el objetivo por razón del objeto o cosa o hecho sobre que versó el litigio o el proceso penal y de la causa o título de donde se quiso deducir la pretensión, y el subjetivo en razón de las personas que han sido partes en ese proceso (...)"* (Hernando Devis Echandia, La institución de cosa juzgada, en Compendio de Derecho Procesal, (Tomo I, Teoría General del Proceso, Novena Edición, Editorial A B C Bogotá, 1983, Págs. 507 y 508); es decir consiste en la imposibilidad jurídica de iniciar un nuevo proceso sobre la misma pretensión, en la que intervienen las mismas partes y que ya se ha resuelto y que existe sentencia debidamente ejecutoriada, pues ésta adquiere un resultado definitivo frente al órgano jurisdiccional que la dictó, como ante los demás órganos jurisdiccionales, los cuales no solo están impedidos expresamente de conocer el fallo sino de cambiar sus resultados, la prohibición alcanza también a las partes del proceso, quiénes no pueden ejercer su derecho de acción nuevamente sobre el mismo supuesto. Cabe enfatizar que la cosa juzgada es una institución jurídica con rango constitucional, consagrada en el artículo 76.7. i) de la Constitución de la República que dice: *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (…) 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 (…)",* de esta manera prohíbe que las mismas partes procesales litiguen indefinidamente por la misma materia, razón y derecho; tomando en cuenta que la relación laboral en la presente causa concluyó no por desahucio sino por retiro voluntario para acogerse a la jubilación. La Corte Suprema de Justicia también se pronunció respecto a la cosa juzgada expresando que: *"… es una institución de orden público que tiene por finalidad evitar que un asunto que ya ha sido materia de litigio y que terminó por sentencia ejecutoriada, no puede ser materia de otro nuevo entre las mismas partes"* (GJS. XVI. No.4. Pág.959 en Manuel Tama, Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, Segunda Edición, (Perú: Edilex S.A, 2012), 941). Por lo cual, este tribunal de casación considera que la institución de cosa juzgada busca la certeza jurídica, así como la estabilidad de las decisiones judiciales y los derechos en ellas garantizados, en observancia del principio de seguridad jurídica, en tal sentido y acorde a lo que establecen los artículos 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación y 101 del Código Orgánico General de Procesos, en tal sentido se observa que la decisión a la que han llegado los jueces del tribunal de alzada la acoger al excepción de cosas juzgada señalada por la parte demandada, ha sido acertada sin que se pueda observar una transgresión de los artículos 326.3 de la Constitución de la República del Ecuador; y 1, 4, 5 y 7 del Código del Trabajo. b) Por otra parte, el casacionista ha expresado una falta de aplicación de los artículos 326. 2 de la Constitución de la República del Ecuador, y 71, 72, 111, 113 y 185 del Código del Trabajo; los que hacen referencia a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, la bonificación por desahucio, al derecho a la décima tercera y cuarta remuneración y al derecho de vacaciones y su liquidación;

disposiciones jurídicas que este tribunal de casación considera que no han sido trasgredidas, pues al haberse aceptado la excepción de cosa juzgada resulta inoficioso la aplicación de las invocadas normas. c) Finalmente y con relación a la falta de aplicación que señala el recurrente de la Resolución No, 02-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017, se enfatiza en el objeto principal sobre el cual se originó la invocada resolución, esto es la declaración de jurisprudencia vinculante referente a: *"Jubilación Patronal no está limitada por los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4.- La jubilación patronal establecida en el art. 216 del Código del Trabajo es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral; por tanto, el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones en los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4*"; debiendo entenderse a esta Resolución en el sentido de que el derecho a la jubilación patronal no está sujeto a los topes y límites que establecen los Mandatos Constitucionales 2 y 4 para los montos indemnizatorios por concepto de despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral, por ser este derecho de naturaleza imprescriptible e inalienable y por no constituir un monto indemnizatorio; por lo que la apreciación que ha tenido la parte casacionista respecto a que *"Que los señores Jueces tampoco aplicaron la resolución No. 02-2017, que dispone con carácter vinculante que el pago de la jubilación patronal es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral"*, pretendiendo con este análisis fundamentar sus reclamos expresados en la demanda, es desacertada pues como se ha explicado ut supra, la mencionada Resolución tiene como finalidad excluir al derecho a la jubilación de los límites que exponen los Mandatos Constitucionales 2 y 4, y no establecer que este derecho es autónomo y que por lo tanto le corresponde el pago de las indemnizaciones laborales que reclama. Por lo expuesto, este tribunal de casación no observa que se hayan producido las transgresiones que acusa la parte recurrente bajo el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Proceso.

5.- DECISIÓN.- En virtud de lo expuesto, 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,** no casa la sentencia de mayoría emitida por los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, emitida el 8 de enero de 2019, las 14h54.- Sin costas.- **Notifíquese y devuélvase.-**

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, JUEZ NACIONAL (PONENTE); Dra. María Consuelo Heredia, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Álvarez Ulloa, Jueza Nacional (E).

VII

Juicio Nro. 13353-2012- 0142
Resolución Nro. 0449-2019
Fecha: miércoles 5 de junio del 2019

TEMA: Despido intempestivo de acuerdo al Contrato Colectivo de Trabajo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor manifiesta que laboró para la demandada, desde mayo del 2009, ejerciendo las funciones de " censador" del Departamento de Avalúos y Catastros y posteriormente como obrero en aseo de calles. Que la entidad demandada le comunica que en virtud de que la relación laboral con la institución termina el 31 de diciembre del 2011 y por haber cumplido 11 meses consecutivos de labores le concede vacaciones obligatorias, por lo que hizo uso de sus vacaciones anuales del 16 al 31 de diciembre del 2011. El 2 de enero del 2012 al regresar al trabajo, se enteró que el contrato de trabajo había concluido y que no se lo iba a renovar por lo que la relación laboral había terminado, lo que constituye un DESPIDO INTEMPESTIVO, que la relación laboral con el Gobierno Municipal del cantón Junín, data en forma continua e ininterrumpida desde el 2 de mayo del 2009, por lo tanto era indefinida, estable y permanente, en tal virtud y amparado en lo que determina las normativas legales vigentes, demanda el pago de las indemnizaciones contempladas en la ley y en la contratación colectiva vigente: La indemnización por despido intempestivo de conformidad a lo que establece Bonificación por desahucio, indemnización contemplada en el Contrato Colectivo vigente resuelto por el Tribunal Superior de Conciliación y Arbitraje, pago del fondo de reserva. En la especie la parte empleadora resuelve comunicar que da por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral e intempestiva, sin hacer uso de las formas legales de terminación de la relación laboral. Por tanto a falta de otra prueba capaz y suficiente para probar el tiempo de servicios y remuneraciones percibidas entre los litigantes, se acoge el juramento deferido rendido por el actor en la audiencia definitiva, como prueba válida, concluyendo de este modo que el actor ha laborado para la entidad demandada. Probada la existencia del vínculo laboral y su vigencia en el tiempo, se revierte la carga de la prueba, correspondiendo a la entidad accionada probar el cumplimiento de obligaciones patronales. En el caso sub júdice el actor reclama el pago de los fondos de reserva, y la entidad accionada no ha justificado su pago, reclama además el pago de la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio así como el pago de la indemnización del Contrato Colectivo vigente resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje; contrato colectivo, materia de reclamación, la norma constitucional y legal antes invocadas. En cuanto al despido intempestivo reclamado, como quedó analizado ut supra este queda evidenciado de la comunicación entregada al actor. De acuerdo a la estabilidad garantizada en el contrato colectivo vigente a la fecha de terminación de la relación laboral se dispone que la entidad demandada no podrá despedir a ningún trabajador ser despedido o desahuciado sino por una de las causales determinadas en el Art.172 del Código del Trabajo y siguiendo el procedimiento establecido en el Código del Trabajo. Ahora bien a fin de determinar el monto de la indemnización que le corresponde al actor por haberse violentado su garantía de estabilidad laboral pactada en el Contrato Colectivo vigente a la fecha de terminación de

la relación laboral, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, resolvió que si un trabajador es despedido, la municipalidad indemnizará al trabajador con el máximo establecido en el mandato constituyente n° 4-- De lo cual determino que el monto máximo establecido en el Mandato Constituyente N°4 son los 300 salarios básicos del trabajador privado.- De lo anotado, el Art. 15 de la norma contractual garantiza una estabilidad de cinco años, y dicho contrato colectivo rige desde el 01 de enero del 2010 hasta el 31 de Diciembre del 2011, el actor ingresó a laborar el 2 de mayo del 2009 hasta el 31 de diciembre del 2011, es decir estaba protegido por el Contrato Colectivo de Trabajo, y habiendo estipulado la indemnización en dicha norma contractual en el monto máximo establecido en el Mandato Constituyente N°4, determino que es procedente el reclamo del actor, debiendo la entidad accionada indemnizar al actor con los 300 salarios básicos del trabajador privado, estipulados en el Contrato Colectivo de Trabajo, que rige la relación laboral entre la entidad demandada y el comité central único de los trabajadores municipales del cantón Junín.- Por las consideraciones que quedan expuestas, el Juez de primera instancia, declara parcialmente con lugar la demanda propuesta por el actor, debiendo el demandado cancelar al actor por concepto de indemnización contemplada en el art.17 del Sexto Contrato Colectivo vigente a la fecha de terminación de la relación laboral; los fondos de reserva desde el 02 de mayo del 2010 hasta el 31 de diciembre del 2011.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Por no estar de acuerdo con el contenido de la sentencia dictada por la Jueza A-quo, interponen recurso de apelación la Procuraduría General del Estado y la entidad demandada, adhiriéndose al recurso interpuesto el accionante. En mérito de los argumentos expuestos en primera instancia, los hechos narrados por la parte actora para establecer sus pretensiones han sido probadas parcialmente conforme la normativa laboral vigente, por lo que, al existir constancia sobre la existencia de los elementos de la relación laboral se ha demostrado el nexo causal con relación de dependencia entre la parte demandante y demandada en los términos señalados por el Art. 8 del Código de la materia, tornándose las excepciones propuestas en improcedente y la presente acción en procedente parcialmente; el Tribunal de Apelación, sin más consideraciones que realizar, se rechaza los recursos de apelación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y por la entidad demandada, se confirma la sentencia venida en grado que declara parcialmente con lugar la demanda, propuesta por el actor.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal de Apelación, la parte accionada y la Procuraduría General del Estado, interponen recurso de casación, la accionada amparada en los presupuestos de las causales primera y quinta del artículo 3 ibídem, mientras que la Procuraduría General del Estado, lo hizo bajo los supuestos de la causal primera del artículo 3 ibídem. Cumpliendo con todas las solemnidades sustanciales y trámites legales, se declara la validez de todo lo actuado. Por su parte el problema jurídico radica en establecer si el criterio del tribunal de alzada, al haber reconocido la indemnización por trasgresión de la estabilidad garantizada en el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo es conforme a derecho. Del análisis se desprende que sí es conforme a derecho dicho contrato, pues no hace sino dar efectiva vigencia y validez al modo en el cual fue pactada la indemnización para el caso de que se despidiera intempestivamente a un trabajador mientras este se encontraba amparado por la garantía de estabilidad

acordada, no ha incurrido en error de contradicción o de adopción de decisiones incompatibles, por el contrario, ha dejado claramente establecido que al no haberse previsto la posibilidad de que se acumulen indemnizaciones por un mismo concepto, la parte accionante podía acceder exclusivamente a una de ellas y que por ser la contractual la que más le beneficiaba, era aquella la llamada a aplicarse; de tal forma que es improcedente. Por lo que el Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, no casa la sentencia emitida por el Tribunal ad quem.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 13353-2012-0142

Jueza Ponente: Dra. Consuelo Heredia Yerovi

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- LA SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-
Quito, miércoles 5 de junio del 2019, las 15h18,
VISTOS: PRIMERO: ANTECEDENTES a. Relación circunstanciada de la decisión impugnada En el juicio laboral seguido por HUMBERTO AGUSTÍN PEÑARRIETA CEDEÑO, en contra del GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JUNÍN, en las personas de su alcalde y procurador síndico: SERGIO GUSTAVO ALCÍVAR SÁNCHEZ; y, ORLY LEOPOLDO DELGADO GARCÍA, respectivamente; el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dictó sentencia el 29 de marzo de 2018, las 09h21, en la cual «absolviendo la consulta, se rechaza los recursos de apelación interpuestos por la Procuraduría General del Estado y por la entidad demandada, se confirma la sentencia venida en grado que declara parcialmente con lugar la demanda, propuesta por el señor HUMBERTO AGUSTIN PEÑARRIETA CEDEÑO de conformidad con la argumentación y motivación propia de este Tribunal expuesta a lo largo del presente fallo, debiendo el demandado GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JUNÍN en las personas del Lcdo. SERGIO GUSTAVO ALCIVAR SANCHEZ y Abg. ORLY DELGADO GARCIA en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico respectivamente o quienes en la actualidad representen a la entidad demandada cancelen al Actor los rubros determinados en el considerando Séptimo ítem 7.4., de esta sentencia». Inconformes con esta decisión, la parte accionada, interpuso recurso de casación amparada en los presupuestos de las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, mientras que, la Procuraduría General del Estado lo hizo bajo los supuestos de la causal primera del artículo 3 ibídem. b. Actos de sustanciación del recurso En auto de admisibilidad, de 30 de mayo de 2018, las 14h49, el Dr. Alejandro Magno Arteaga García, Conjuez Nacional, admite «a trámite los Recursos de Casación propuesta tanto por GAD Municipal del Cantón Junín como por la Procuraduría General del Estado»; en virtud de lo cual, encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera: c. De la competencia y jurisdicción 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, en mérito del cual se ha radicado también la competencia de este tribunal mediante el sorteo que obra del cuaderno de Corte Nacional de Justicia. 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. El tribunal para conocer y resolver la presente, se encuentra integrado por: Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional Ponente; Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Jueza Nacional; y, Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, Jueza Nacional Encargada, según consta del Oficio Nro. 691-SG-CNJ, de 26 de abril de 2018. d. Validez procesal No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna o violación de trámite legal por lo que se declara la validez de todo lo actuado.

SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN 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; «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, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 221). A través de este recurso, se cumple, en los casos que la ley específicamente lo determina, con dos fines: i) uno 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 y aplicación de las leyes; y, ii) uno privado, perseguido o buscado por la parte que interpone dicho recurso con miras a alcanzar la defensa del derecho que estima vulnerado. Estos fines no son concurrentes, obsérvese pues, que el fin público no acarrea necesariamente la consecución del fin privado; sin embargo, en caso de aceptarse la impugnación formulada por la parte recurrente, el fin privado tendrá como consecuencia directa el cumplimiento del fin público, esto es, el control de legalidad. b. De la motivación: AI tenor de lo dispuesto en el literal I) del numeral séptimo 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 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». 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 o auto recurrido por este recurso extraordinario, ha infringido normas legales o ha incurrido en alguno de los supuestos contemplados en los casos o causales alegadas o porqué los fundamentos de quien interpuso el recurso carecen de sustento suficiente para casar la sentencia o auto. En resumen, la motivación en casación debe contemplar los fundamentos para casar o no la decisión recurrida, siendo: «el conjunto de razones y fundamentos jurídicos que sustentan el pronunciamiento» (Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 126). Este requisito se constituye así en un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento 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» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, 2007). La motivación será considerada entonces como uno de los componentes de los derechos de tutela judicial efectiva y del 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» (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 075-15-SEP-CC, 2015, pág. 8). La motivación es entonces el requisito principal, básico y fundamental que debe contener toda resolución, se compone del conjunto de razonamientos expuestos por los juzgadores 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 tal forma que, genere seguridad y certeza a las partes. Así, cumpliendo con la obligación constitucional referida, este tribunal de casación fundamenta su resolución en el análisis que se expresa a continuación: c. De las causales acusadas como fundamento del recurso de casación: La causal primera del artículo tres de la Ley de Casación, se produce cuando se haya incurrido en « 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». Este vicio doctrinariamente se conoce como in iudicando, y radica en la vulneración directa de las normas llamadas a aplicarse para resolver el caso en análisis, «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, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 103). La violación directa de normas sustantivas de derecho, parte del supuesto de que la apreciación de hechos y de medios probatorios, efectuada por el tribunal de alzada es correcta y por lo tanto, la parte recurrente se ha conformado con ella. De este modo, los yerros a acusarse radicarán exclusivamente en la aplicación, no aplicación o entendimiento de las normas y cómo dichos vicios fueron determinantes en la parte dispositiva del fallo censurado; «La violación de la ley por vía directa proscribe las desavenencias fácticas entre el recurrente y la sentencia impugnada, porque la infracción lesiona inmediatamente la normatividad por haberse desconocido la voluntad abstracta del legislador al caso regulado por ella con respecto a su alcance, efectos o sentido. Se trata, entonces de una causal de puro derecho, eminentemente jurídica, ajena a aspectos fácticos» (Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, 2008, pág. 334). Por su parte, la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, se refiere a «vicios de inconsistencia o incongruencia en el fallo mismo, cuando no hay armonía entre la parte considerativa y la resolutiva, así lo establece la causal quinta, que prevé defectos en la estructura del fallo (que no contenga los requisitos exigidos por la Ley), al igual que la contradicción o incompatibilidad en la parte dispositiva: debe entenderse que estos vicios emanan del simple análisis del fallo cuestionado y no de la confrontación entre éste, la demanda y la contestación, ya que en esta última hipótesis estaríamos frente a los vicios contemplados en la causal cuarta» (Andrade Ubidia, La Casación Civil en el Ecuador, 2005, pág. 135). f. De los cargos formulados Del recurso de casación que obra de fojas 52 a 60 del cuaderno de segundo nivel, se desprende que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Junín, estima como infringidas las normas contenidas en los numerales quinto y sexto del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 124 del Código del Trabajo; artículo 1 del Mandato Constituyente Nro. 4; así como también contradicción e incompatibilidad de las decisiones adoptadas por el tribunal de alzada, en los términos que siguen: Bajo los supuestos de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, sostiene: «se están adoptando decisiones contradictorias o incompatibles, ya que en la sentencia se considera el despido intempestivo […] Pero en el mismo Quinto.- 5.2.2 se considera y rechaza lo establecido en los numerales 1) y 2) del Libelo de demanda […] que hablan sobre la indemnización por el despido intempestivo y al analizar la parte analítica de ese mismo acápite o considerando establece que es pertinente por la inestabilidad cuando el mandato Constituyente N° 4 establece que ese cálculo para la calificación del despido intempestivo no se calcula por el efecto de incursionado en la afectación de la estabilidad laboral […] Es decir hay una contradicción que afecta la parte resolutiva en ese considerando ya que el cálculo lo vuelve desmedido en razón de que envía a calcular 300 salarios básicos que están por demás de lo que establece los cinco años de estabilidad […] entonces si solo se contempla la Violación a la Estabilidad y la misma habla de 5 años, y el demandado expresa en su demanda que laboró hasta el mes de diciembre del 2011, para llegar a los 5 años estaríamos hablando que el cálculo se debería hacer por los 4 años restante, mas no liquidar por montos exagerados» asimismo, bajo la fundamentación expresada por esta causal, pese a ser impropio y antijurídico, sostiene que en el caso análogo «1335320120144» la Corte Nacional de Justicia del Ecuador se ha pronunciado, constituyéndose dicho criterio en «Jurisprudencia», En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, manifiesta: «Al rechazar

los numerales 1 y 2) de la demanda inicial del actor […] Y que estos contemplan el reclamo de la configuración del despido intempestivo como norma o verbos rectores de su aplicación también claramente que en consecuencia procede solamente el pago de violación de la estabilidad laboral según lo que dispone el art. 17 del Contrato Colectivo […] una norma como es el Mandato Constituyente N° 4 artículo 1.-, que no tiene pertinencia más allá de la establecida por el axioma del despido intempestivo, continua el error cuando se contempla que se rechazan las pretensiones por despido intempestivo y por desahucio como también he descrito. Afecta indudablemente los principios de proporcionalidad como lo establece el artículo 76 numeral 6 de la constitución ya que esta norma que no tiene pertinencia». De todo lo cual se infiere que las acusaciones referidas por la entidad accionada, pese a haberse invocado dos causales distintas de las contenidas en el artículo 3 de la Ley de Casación, se refieren a iguales alegaciones, esto es, que el tribunal de alzada ha desconocido las reclamaciones de la parte accionante de la bonificación por desahucio e indemnización por despido intempestivo; sin embargo, han otorgado aquella que se ha estipulado en los casos de despido como garantía de estabilidad; y, que las disposiciones del Mandato Constituyente Nro. 4 no eran aplicables al caso, pues a su parecer la indemnización mandada a pagar es excesiva. Por otra parte, del recurso de casación, presentado por la Procuraduría General del Estado, que obra de fojas 63 a 64 del cuaderno de segundo nivel, se tiene que se ha acusado que la disposición del artículo 7 del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo «lo que pretendía era proteger al trabajador para mantener su relación de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2011 […] por lo que indebidamente se aplicó el Art. 17 del Sexto Contrato Colectivo mencionado, ya que es claro que la estabilidad en lo que respecta al accionante fue respetada hasta la fecha de vigencia del Sexto Contrato Colectivo […] en virtud de lo cual, mal pudo disponerse el pago de las indemnizaciones aludidas al no adecuarse a la norma establecida en el Art. 17 del Sexto Contrato Colectivo en referencia, que según el Art. 1453 del Código Civil es la fuente del nacimiento de la obligación». En dichos términos, la acusación central de la Procuraduría General del Estado, se refiere al hecho de que, a su criterio, las normas que regulan la vigencia y la estabilidad de los trabajadores en el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, no eran las llamadas a regular el conflicto entre las partes procesales, pues aduce que la garantía de estabilidad fue respetada hasta la vigencia del contrato colectivo, esto es: 31 de diciembre de 2011. En tal sentido, este tribunal de casación, por la forma en la cual han sido presentadas las inconformidades respecto del fallo censurado, analizará conjuntamente los puntos de derechos referidos y a los cuales se restringen los recursos de casación presentados. g. Del problema jurídico Con sustento en los cargos formulados y expresados en el literal que antecede, el problema jurídico a dilucidar en el presente caso, radica en establecer si el criterio del tribunal de alzada, al haber reconocido la indemnización por trasgresión de la estabilidad garantizada en el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo es conforme a derecho. h. Del examen circunstanciado Para llegar a un entendimiento diáfano de las cuestiones que se ventilan en el presente caso, este tribunal de casación estima pertinente diferenciar dos conceptos que ayudarán a establecer si el tribunal de alzada erró o no en el análisis expresado respecto de las normas acusadas como infringidas; estos son: i) Vigencia del contrato colectivo de trabajo; ii) Garantía de estabilidad. Respecto del primer punto, sobre la vigencia del Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, obsérvese que el artículo 7 de la norma en estudio se refiere a esta en los siguientes términos: «El presente contrato colectivo tendrá vigencia dos años, es decir, desde el 1 de Enero del 2010 hasta el 31 de Diciembre del 2011»; por su parte, en cuanto a la garantía de estabilidad, esta se encuentra recogida en el artículo 15 ibídem: «El Gobierno Municipal del Cantón Junín, garantiza a sus trabajadores una estabilidad de CINCO AÑOS en sus puestos de trabajo, por lo tanto, ningún trabajador podrá ser despedido o desahuciado sino por una de las causales determinadas en el Art. 172 del Código del Trabajador y siguiendo el procedimiento establecido en el Código del Trabajo». Entonces, tenemos que el tiempo contemplado para la vigencia del contrato colectivo de trabajo (2 años), es inferior al de la garantía de estabilidad en el puesto de trabajo (5 años); es decir, mientras que el Sexto Contrato Colectivo estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2011, la garantía de estabilidad se extendía hasta el 31 de diciembre de 2014; empero, cabe preguntarse si una cláusula contractual puede subsistir con posterioridad a la vigencia del contrato colectivo; y para dilucidar este punto de derecho, es preciso acudir a la Resolución de la Corte Nacional de Justicia de 8 de julio de 2009, publicada en el Registro Oficial

Nro. 650, de 6 de agosto de 2009. La parte primera del artículo 1 de la referida resolución dispone: «el plazo de duración de un contrato colectivo, determina la vigencia de sus efectos jurídicos sin que pueda considerarse que un contrato de tal naturaleza jurídica, pueda entenderse como de tiempo indefinido»; respecto de ello, en el caso que nos ocupa, no puede considerarse al contrato colectivo de trabajo como indefinido, pues se ha establecido su vigencia puntualmente por un periodo de tiempo específico (2 años), sin que sea preciso establecer argumentación adicional al respecto, pues no existe inconformidad o controversia respecto de ello. Ahora bien, la parte segunda del artículo 1 de la misma resolución, sostiene: «el plazo de estabilidad que se señale en el contrato colectivo, se entenderá que corre a partir de la fecha de vigencia de dicho instrumento contractual, y por lo tanto si dentro de dicho plazo se produjere el despido intempestivo, la indemnización que deberá pagarse al trabajador, será igual al tiempo que falta para que se cumpla dicha garantía, excepto cuando el mismo contrato colectivo expresamente dispusiere otro efecto, en cuyo caso deberá preferirse éste a aquel», de lo cual se infieren varios puntos de derecho: i) la garantía de estabilidad es consumible; ii) el consumo empieza a correr desde la fecha de vigencia del contrato colectivo de trabajo; iii) la trasgresión a la garantía de estabilidad pactada da derecho al pago de las indemnizaciones previstas, que a su vez podrán darse de dos formas: a) por el tiempo que faltase para completar la garantía de estabilidad; o, b) por otra forma establecida en el contrato colectivo de trabajo. Así las cosas, la respuesta a nuestra interrogante es afirmativa; para el caso en el que, como resultado de la contratación colectiva las partes involucradas hayan pactado periodos de vigencia y estabilidad diferenciados, como en el caso que nos ocupa, la garantía de estabilidad se extiende pese a que el contrato colectivo de trabajo haya perdido su vigencia; así, los trabajadores que se encontraban amparados por el Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito con la entidad accionada, gozaban de estabilidad en su puesto de trabajo hasta el 31 de diciembre de 2014, no como erróneamente han entendido las partes recurrentes, hasta el 31 de diciembre de 2011, pues como se ha visto son dos estipulaciones distintas y cuyos efectos no son semejantes, sino, en la fecha desde la cual inició la vigencia del contrato y desde la cual empezó a consumirse la cláusula de estabilidad, esto es 1 de enero de 2010. Al respecto, el tribunal de alzada ha sostenido lo siguiente: «En el presente caso, el trabajador durante un tiempo fijo, computable desde ---la vigencia del Contrato Colectivo, no podía ser despedido ya que durante ese plazo (CINCO AÑOS) el trabajador gozaba del derecho de estabilidad absoluta, perdiendo el trabajador dicho derecho solo en el caso de incurrir en una de las causales de Visto Bueno»; y es en razón de dicho análisis, que se ha otorgado la indemnización prevista para los casos en los cuales el empleador decide trasgredir unilateralmente y sin que medie causa ni trámite legal correspondiente, la estabilidad de los trabajadores. Todo lo cual deviene precisamente del axioma jurídico al cual se refiere el artículo 1561 del Código Civil, pues fueron las partes quienes producto de la contratación colectiva, considerada esta como, «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, La Negociación Colectiva, 2000, pág. 9), así lo pactaron. Ahora bien, establecido sin lugar a dudas que la garantía de estabilidad contractual se extendía hasta el 31 de diciembre de 2014, corresponde analizar cuál es la consecuencia de su desconocimiento o trasgresión para lo cual, igualmente nos remitiremos al Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, cuyo artículo 17 dispone: «Si un trabajador es despedido, la Municipalidad indemnizará al trabajador con el máximo establecido en el Mandato Constituyente N° 4». Como se ha dicho en líneas anteriores, respecto del derecho a la indemnización una vez trasgredida la garantía de estabilidad pactada, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a) por el tiempo que faltase para completar la garantía de estabilidad; o, b) por otra forma establecida en el contrato colectivo de trabajo. Ocurre en el presente caso que las partes no han establecido el primer efecto, sino, por el contrario, han acordado el pago de una indemnización fija, independientemente del momento en el cual la relación laboral se diere por terminada por decisión unilateral del empleador. Así, si el despido se suscitaba al primero, segundo o tercer año contado desde la fecha de inicio de la vigencia del contrato colectivo, la entidad accionada estaba obligada al

pago de un monto total, esto es: «el máximo establecido en el Mandato Constituyente N° 4», lo cual, no puede ser acusado en casación como desmedido; toda vez que, la indemnización ordenada por el tribunal de apelación, no ha hecho sino aplicar las normas producto de la contratación colectiva. Sobre ello, el tribunal de alzada bien ha manifestado: «el referido Mandato Constituyente Nro. 4, en el Art.1 inciso segundo dispone: "Las indemnizaciones por despido intempestivo, del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato No. 2, aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de enero de 2008, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado".- Por lo que al haber concluido la relación laboral por despido intempestivo por la entidad demandada, corresponde al accionante el monto máximo establecido en el Mandato Constituyente N°4, estipulado en el Art.17 del SEXTO CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO QUE RIGE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE EL GOBIERNO MUNICIPAL DEL CANTÓN JUNÍN Y EL COMITÉ CENTRAL ÚNICO DE LOS TRABAJADORES MUNICIPALES DEL CANTÓN JUNÍN, por haberse violentado el principio de Estabilidad Laboral, es procedente disponer el pago. 1.- INDEMNIZACIÓN CONTEMPLADA EN EL ART. 17 EN EL SEXTO CONTRATO COLECTIVO VIGENTE, solicitado por el accionante en el numeral 3.- de su demanda, realizando la operación matemática (SBU 2011 $264 x 300=) le corresponde al actor la cantidad de SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA ($79.200,00)». Análisis que es conforme a derecho, pues no hace sino dar efectiva vigencia y validez al modo en el cual fue pactada la indemnización para el caso de que se despidiera intempestivamente a un trabajador mientras este se encontraba amparado por la garantía de estabilidad acordada. Ahora bien, respecto de la supuesta contradicción cometida por el tribunal de alzada al desconocer inicialmente las pretensiones de la parte accionante respecto de la bonificación por desahucio y la indemnización por despido intempestivo contempladas en los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, respectivamente; y, conceder posteriormente la indemnización por despido intempestivo en razón de la garantía de estabilidad del contrato colectivo de trabajo, considérese lo siguiente: El tribunal de alzada no ha incurrido en error de contradicción o de adopción de decisiones incompatibles, por el contrario, ha dejado claramente establecido que al no haberse previsto la posibilidad de que se acumulen indemnizaciones por un mismo concepto, la parte accionante podía acceder exclusivamente a una de ellas y que por ser la contractual la que más le beneficiaba, era aquella la llamada a aplicarse: «En el caso sub júdice, el Despido Intempestivo del Trabajador quedó evidenciado con el Memorándum visible a fs. 36 del proceso, así como con la prueba testimonial y confesión ficta del demandado; sin embargo respecto a los rubros reclamados por el actor en su demanda sobre el pago de la indemnización contemplada en el Art. 188 del Código del Trabajo, indemnización del Art. 185 ibídem y la indemnización contemplada en el Art. 17 del contrato colectivo antes aludido, es menester recalcar a este respecto los fallos de triple reiteración dictados por la Segunda Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia Resolución N° 433-2009-2sl Juicio número 1011-07; Resolución N° 434-2009-2sl Juicio número 1048-07; Resolución N° 435-2009-2sl Juicio número 1050-07; Resolución N° 436-2009-2sl Juicio número 543-08 en las que entre otras cosas se resuelve ---REFERENTE A LA ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES en materia laboral que--- ".. a) Por acumulación de indemnizaciones en materia laboral, debemos entender el resarcimiento de un daño, o de un hecho contrario a las prescripciones legales o estipulaciones contractuales, a través de pagos generados por una misma causa o motivo. Para el efecto debe tenerse presente que ---esa acumulación procede --- siempre que la ley expresamente así lo disponga, --- o cuando en el contrato individual o colectivo así lo han convenido y regulado los contratantes." Por tanto al --- no encontrarse regulada---la acumulación de indemnizaciones, esto es de las establecidas en el Contrato Colectivo (Art.17) y las regladas en el Código del Trabajo (Art.188 y 185), no es procedente su acumulación, más aun tratándose de una penalización o sanción por una infracción a lo estipulado.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 188 del Código del Trabajo inciso séptimo que dispone "Las

indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes,…" y aplicando el principio de la condición más beneficiosa que supone "la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y la cual queda respetada precisamente en función del juego que presta la aplicación de la norma más favorable, sentido preferencial que opera, en general, en las relaciones contrapuestas" (Curso del Derecho del Trabajo 8va Edición, Editorial Aries S.A. Barcelona, 1982, p.254); y habiéndose determinado que al momento de la terminación de la relación laboral, las disposiciones de la contratación colectiva, resultan ser más beneficiosas para el trabajador que las consagradas en el Código del Trabajo, de acuerdo a la jurisprudencia reiterativa que ha dispuesto que la acumulación de indemnizaciones procede cuando expresamente así se ha estipulado, al no haberse estipulado en la especie la acumulación de indemnización en el Sexto Contrato Colectivo antes aludido, se rechaza el reclamo formulado por el actor en los numerales 1 y 2 de la demanda inicial esto es pago de indemnización por despido intempestivo regulado en el Art.188 del Código del Trabajo y Bonificación por desahucio previsto en el Art. 185 ibídem. 7.4. Consecuentemente de lo expuesto, procede solamente el pago de la Indemnización por violación a la ESTABILIDAD». En esa línea de pensamiento, se establece que la terminación unilateral y arbitraria de la relación laboral no es materia de discusión, pues el tribunal de alzada ha llegado a establecerla como hecho cierto en razón del análisis y la prueba referida; sin embargo, acude a la doctrina y la jurisprudencia para dilucidar si correspondía el ordenar simultánea y copulativamente el pago de las indemnizaciones legales y contractuales por el despido intempestivo, es decir, no afirma como mal sostiene el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Junín, que no existe despido intempestivo para luego decir que sí y ordenar su indemnización; por el contrario, como se ha mencionado, el análisis parte siempre de la existencia del despido y por ende la vulneración de la garantía de estabilidad acordada en el contrato colectivo de trabajo. Finalmente, respecto del fallo al que se ha hecho referencia, sosteniendo que guarda identidad de fondo respecto de las reclamaciones planteadas, obsérvese que si bien la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación se refiere a la posibilidad de trasgresión de precedentes jurisprudenciales, dicho concepto difiere sustancialmente del de un fallo o sentencia aislada; puesto que, a la fecha en la cual se dictó la sentencia citada y adjuntada por la parte recurrente, estos precedentes se configuraban en la forma establecida por el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial: «Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio». De tal forma que es improcedente la alegación de que un fallo constituya precedente jurisprudencial de obligatoria aplicación para la Corte Nacional de Justicia, cuando no se ha constituido como tal; y menos aún, cuando como se ha demostrado el criterio vertido en la sentencia impugnada es conforme a derecho y no adolece de yerro o vicio alguno; consecuentemente, son impropios y carentes de sustento jurídico los cargos formulados tanto por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Junín, así como por la Procuraduría General del Estado en razón de las causales primera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se los rechaza.

TERCERO: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN 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**, no casa la sentencia emitida el 29 de marzo de 2018, las 09h21, por el tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase.- f) Dra. Maria Consuelo Heredia Yerovi JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Maria del Carmen Espinoza Valdiviezo JUEZA; Dra. Rosa Jacqueline Alvarez Ulloa. JUEZA; Dra. Ladys Bertha Baca Crespo. SECRETARIA.**

VIII

Juicio Nro. 17731-2016-1840
Resolución Nro. 0563-2019
Fecha: 15 de agosto de 2019, a las 14h38

TEMA: La indemnización por despido intempestivo debe calcularse en base a la última remuneración percibida de acuerdo al Art. 95 del Código del Trabajo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor propone la demanda laboral contra la empresa demandada y manifiesta que desde el 06 de Julio de 1992 ingresó a trabajar en la Compañía de Cervezas Nacionales CN C.A., ahora CERVECERÍA NACIONAL CN S. A., por intermedio de varias empresas intermediarias, así rotando entre esas tres empresas hasta más tarde ser transferido a otra empresa intermediaria, donde fue liquidado definitivamente el 31 de diciembre de 2005. Obviamente, todas estas Compañías intermediarias de personal estaban vinculadas a la usuaria Compañía de Cervezas Nacionales CN C. A., a quien en definitiva le prestaba y se beneficiaba de sus servicios personales. La última remuneración que percibió de la última compañía demandada cuando fue liquidado, fue de($..,00) Que a partir del 1 de enero de 2006 fue enrolado con el cargo de Operador de Montacargas, con una remuneración de($00)dólares mensuales. Remuneración que se descomponía de la siguiente manera: ($.00) dólares de sueldo básico y($..00) por" adelanto de utilidades". Sobre lo reclamado por motivo del despido intempestivo que sufrió el 3 de julio del 2009, constan el documento de finiquito los rubros pertinentes a lo dispuesto en el Art.188 y 185 del Código del Trabajo, la cual reúne todos los supuesto y requisitos legales para ser considerada como un documento integralmente valido. Además la demandada presenta los roles de pago de las remuneraciones del actor en que consta el sueldo básico y el anticipo de utilidades, presenta también el contrato de trabajo suscrito entre el actor y la demandada el 2 de enero de 2006, que el actor recibirá como remuneración la cantidad de(US...00) y como anticipo de utilidades la cantidad de(US$.00). Consta también en el proceso los comprobantes de pago de remuneraciones mensuales, de la COMPAÑÍA DE CERVEZAS NACIONALES C.A., así el pago de las utilidades anuales, de las cuales se descuenta el anticipó que mensualmente recibieron por este concepto, todos los comprobantes de pago tiene la firma de conformidad del actor, por los valores recibidos y no fueron impugnados en su validez, demostrando falsedad en los mismos o algún otro vicio que pueda legalmente invalidarlos. De lo expuesto en los considerandos anteriores consta el Acta de Finiquito, la misma que contempla la liquidación pormenorizada de la indemnización por despido y la bonificación por desahucio así como la liquidación de los beneficios sociales de la décima tercera y cuarta remuneración y vacaciones, así como los descuentos por aportes al IESS, y por préstamos que adeuda. El referido documento de finiquito, observado a la luz de lo que señala el Art. 595 del Código de Trabajo, se reputa legal, la parte accionada ha demostrado que habiendo las relaciones de trabajo terminado por despido intempestivo se cumplieron con todas las disposiciones laborales a favor del trabajador, por lo que es improcedente la petición del actor de obtener una pretendida reliquidación. La confesión ficta del demandado al tenor de la sana crítica y dentro del entorno probatorio arriba establecido no aporta en nada a la decisión judicial así mismo las declaraciones de los testigos que según sus deposiciones tienen interés en causa semejante, puesto

que han presentado reclamaciones por reliquidación de utilidades, por lo que carecen de imparcialidad conforme lo establece el numeral 5 del Art. 216 del Código de Procedimiento Civil. Por las consideraciones que anteceden el suscrito Juez Tercero de Trabajo del Guayas, declara sin lugar la demanda.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la resolución de la sentencia de primera instancia, el actor interpone recurso de apelación, reclamando los rubros que no le han sido cancelados. En cuanto al tiempo en que laboró el accionante para las tercerizadoras alega la prescripción, y referente al despido intempestivo, acepta la realización de tal. En la causa sub júdice, existe prueba de que el actor trabajó para las antedichas compañías intermediadoras, y que durante ese tiempo el accionante estuvo laborando para la demandada, siendo que el último hace referencia al mes de mayo del año 2001, además por medio de los testimonios, quienes han dicho bajo juramento haber sido sus compañeros de trabajo, con ello está plenamente comprobada la vinculación entre las antedichas tercerizadoras y CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., puesto que la parte accionada no ha rebatido el hecho de que si ello, son o no ex trabajadores tercerizados de CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. Habiendo la parte accionada reconocido que en efecto despidió intempestivamente al hoy actor, habiéndose dilucidado que el accionante prestaba sus servicios a Cervecería Nacional desde el 6 de junio de 1992, y al ser asumido de manera directa, quedaba también asumida su antigüedad de labores, se ordena el pago de la indemnización establecida en el Art. 188 Código del Trabajo, y la bonificación del Art. 185 ibídem, con la antigüedad de labores descrita, tomando de referencia la última remuneración del accionante, la cual consta en consolidado de planillas de aportaciones al IESS y asciende a la cantidad de ($,0.00) dólares, valores de los cuales deberá descontarse la proporción ya cancelado por la parte demandada a través del acta de finiquito por estos conceptos. Sin más consideraciones, el Tribunal de Apelación, reforma la sentencia venida en grado, y declara parcialmente con lugar la demanda, sujetándose a liquidación en los siguientes términos, tomando de base el tiempo de duración de ésta relación laboral, Despido intempestivo y Desahucio, que deberán pagar la compañía CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. por sus propios derechos y la responsabilidad laboral que le ataña, al actor de esta causa VOTO SALVADO(Dr. Muga Passailaigue Luis Alfredo)

SÍNTESIS CASACIÓN

El actor como la parte demandada, interponen recurso de casación. El recurso de la parte actora fue admitido por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, mientras que el recurso que interpone la parte demandada, fue aceptado a trámite por la causal quinta del artículo 3 ibídem. El demandado estima infringido el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, porque considera que el fallo dictado por el Tribunal ad quem adolece de falta de motivación. Por su parte el actor considera que el órgano jurisdiccional de segunda instancia infringió las siguientes normas jurídicas; artículos 31 literal j) de la Constitución de la República del año 1979, 35 numerales 8 y 11 de la Constitución vigentes a la época de la relación laboral, 76 numeral 1, 82 y 326 numerales 2 y 3 de la actual Constitución de la República; y, 100 del Código del Trabajo. Del análisis procesal y establecida la vinculación de las compañías intermediarias y la empresa usuaria. Una vez establecida el tiempo de servicios se tiene como inicio la

relación laboral desde el 6 de julio de 1992 hasta el 3 de julio de 2009. En cuanto a la reliquidación que pretende se reliquide el sueldo mensual, se evidencia en el proceso el período de enero de 2006 hasta julio de 2009, sin embargo consta el acta de finiquito suscrita por las partes, pues no se considera la cantidad($....)como parte de la remuneración dado que se entiende como anticipo de las utilidades. Al no haber variado el valor del sueldo mensual reconocido en el acta de finiquito, con la que se le calculo la décimo tercera, vacaciones y fondos de reserva, tampoco procede la reliquidación. Con respecto a la reliquidación por despido intempestivo, se debe tomar en consideración percibida por el trabajador por el tiempo laborado artículo 188 del Código de Trabajo, se encuentra en el proceso el rol de pagos que la misma se integra por($...) horas normales, horas de feriado trabajados, valores que se tiene como última remuneración percibida, conforme lo contemplado el artículo 95 del Código del Trabajo, dando como resultado una remuneración($...)valores que se han cancelado en el acta de finiquito, da como resultado una diferencia a cancelar de($...). En relación a la reliquidación por desahucio se considera el 25% de la remuneración mensual percibida por la parte actora, valores cancelados en el acta de finiquito, da como resultado una diferencia($...), valor que debe pagar la compañía demandada a favor de la parte actora. En relación al pago de utilidades por haber sido canceladas, se niega la pretensión del accionante. En los términos de este fallo el Tribunal de Casación, casa la sentencia del Tribunal ad quem y en su lugar conforme los considerandos se acepta parcialmente y se dispone que la entidad demandada pague a favor del actor la indemnización por despido intempestivo y bonificación por desahucio.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17731-2016-1840

Jueza Ponente: Dra. Katerine Muñoz Subía

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, jueves 15 de agosto del 2019, las 14h38.-

VISTOS: ANTECEDENTES.-

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada.- En el juicio oral de trabajo seguido por Ramón Alfonso Coronel Poveda en contra de CERVECERIA NACIONAL CN S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo y Representante Legal, Roberto Mauricio Jarrín Tamayo, quien es demandado también por sus propios derechos, por la responsabilidad que le impone el artículo 36 del Código del Trabajo; tanto el actor como la compañía demandada, interpusieron recursos de casación de la sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 1 de marzo de 2016, las 09h42, que: "… Reforma la sentencia venida en grado, y declara parcialmente con lugar la demanda, sujetándose a liquidación en los siguientes términos, tomando de base el tiempo de duración de ésta relación laboral, esto es desde el 6 de junio de 1992, hasta el día 3 de julio del 2009 (fs.42): Despido intempestivo, 17 años y 28 días, equivalente a 18 años= $316,58 x 18= $5.698,44 $1.266,32 (recibidos)= $4.432,12; Desahucio= $316,58 X 25%= $79,15 X 17= $1.345,55 - $237.44= $1.108,11. Lo que da un total de $5.540,23 (CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA CON 23/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), que deberán pagar la compañía CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., y ROBERTO MAURICIO JARRÍN TAMAYO por sus propios derechos y la responsabilidad laboral que le atañe, al actor de esta causa, señor RAMÓN ALFONSO CORONEL POVEDA. En el 10% de lo ordenado a pagar, se regulan los honorarios del abogado patrocinador del actor…".

b) Actos de sustanciación de los recursos de casación.- Mediante auto dictado el 10 de marzo de

2017, las 10h03, la doctora Janeth Cecilia Santamaría Acurio, Conjueza de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, calificó y admitió a trámite, tanto el recurso de casación interpuesto por Ramón Alfonso Coronel Poveda (actor), como el formulado por Alberto Yaroslav Vlasak Pérez, por los derechos que representa de la Cervecería Nacional CN S.A. (demandada).

c) Cargos admitidos.- El recurso extraordinario de casación presentado por el actor del juicio laboral, fue admitido por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación; mientras que, el recurso formulado por la compañía demandada, fue aceptado a trámite por la causal quinta del artículo 3 ibídem.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia.- Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las doctoras: María Teresa Delgado Viteri, por licencia de la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo, según oficio N° 1433-SG-CNJ-ROG de 22 de julio de 2019; Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, en atención al Oficio Nº 691-SG-CNJ de 26 de abril de 2018; y, Katerine Muñoz Subía (ponente), 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: ".", artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: "."; artículo 191 numeral 1 ibídem, que establece: ""; 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. 11 del segundo cuadernillo de casación.

SEGUNDO: Fundamentos de los recursos de casación:

2.1. Fundamentos del recurso de casación presentado por Alberto Yaroslav Vlasak Pérez, a través de su defensor técnico, por los derechos que representa de la Compañía Cervecería Nacional CN S.A. (parte demandada).- El casacionista estima infringido el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, por cuanto considera que el fallo dictado por el tribunal ad quem adolece de falta de motivación. Fundamenta su recurso en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.

2.2. Fundamentos del recurso de casación presentado por Ramón Alfonso Coronel Poveda (actor).- El recurrente considera que el órgano jurisdiccional de segunda instancia infringió las siguientes normas jurídicas: artículos 31 literal j) de la Constitución de la República del año 1979; 35 numerales 8 y 11 de la Constitución de 1998, vigentes a la época de la relación laboral; 76 numeral 1, 82 y 326 numerales 2 y 3 de la actual Constitución de la República; y, 100 del Código del Trabajo. Fundamenta su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

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: " (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: ". (Sentencia 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:
Aspectos relevantes de orden constitucional que son analizados por el Tribunal de Casación previo a pronunciarse sobre los cargos alegados por las partes recurrentes.
4.1. 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).
4.2. 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)
4.3. 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: “”. (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.
4.4. 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: “…”. La Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la naturaleza del derecho al debido proceso, en los siguientes términos: ”. (Sentencia N° 0034-09-SEP-CC, de 9 de diciembre de 2009).
QUINTO: Observaciones de orden general.-
5.1. Esta causa se inició antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, publicado

en el Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015, por lo que deber continuar sustanciándose hasta su conclusión con las normas jurídicas que se encontraban vigentes al tiempo de la controversia, conforme lo previsto en la Disposición Transitoria Primera ibídem -esto es con la Ley de Casación y Código de Procedimiento Civil-.

5.2. Se debe precisar que este Tribunal examinará las causales de casación invocadas por los recurrentes en contra de la sentencia impugnada, en el orden lógico que ha establecido la doctrina y que debe ser observado por los juzgadores al momento de resolver el recurso, esto es, en primer lugar se analizará el libelo casacional interpuesto por la parte demandada que ha invocado la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación; y, posteriormente el recurso del actor, que se fundamenta en la causal primera ibídem.

SEXTO: Análisis de los recursos interpuestos:

6.1. RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR ALBERTO YAROSLAV VLASAK PÉREZ, POR LOS DERECHOS QUE REPRESENTA DE LA COMPAÑÍA CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. (PARTE DEMANDADA).

6.1.1. Acusaciones con cargo a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.- El recurrente en su libelo de casación afirma que los jueces de segunda instancia infringieron el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, al considerar que al haber trabajado el actor para las tercerizadoras -MASFESA C.A., CASCADE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CIA. LTDA. (mencionadas en la demanda)- que prestaban servicios a la Cervecería Nacional C.A., ésta última debía asumir las obligaciones derivadas del vínculo de trabajo, estableciéndose en consecuencia como inicio de la relación laboral el "6 de junio de 1992", sin señalar "……". El casacionista destaca que en el fallo no se menciona disposición alguna, porque al 2 de enero de 2006 no existía norma jurídica que obligara a su representada a reconocer la antigüedad, pactos o derechos que tenía el actor con sus anteriores empleadores, independientemente de si estas compañías eran tercerizadoras o no. Agrega que la única norma que obligó a las compañías usuarias a asumir los trabajadores de las empresas tercerizadoras, fue el Mandato Constituyente Nº 8, promulgado en mayo de 2008, esto es con posterioridad a la controversia, de tal manera que su aplicación a este caso, vulneraría el principio de irretroactividad de la ley y en consecuencia devendría en inconstitucional. Finalmente la parte demanda indica que en otros casos de sucesión de patronos, además del convencional o contractual (inaplicable a este caso por no existir acuerdo de reconocimiento de antigüedad entre los litigantes), son los señalados en el artículo 171 del Código del Trabajo, respecto de los cuales no existe constancia procesal que acredite la ocurrencia de los actos o contratos requeridos por la ley para que opere el traspaso de obligaciones patronales entre PERCANEL CIA. LTDA., y CERVECERÍA Nacional CN S.A.

6.1.2. Problema jurídico a resolver.- De conformidad con las acusaciones formuladas en el libelo de casación y cargo admitido a trámite, corresponde dilucidar si la sentencia impugnada adolece de falta de motivación de conformidad con lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, al no enunciar las normas jurídicas en las que el tribunal ad quem sustenta su decisión para establecer la responsabilidad de Cervecería Nacional CN S.A. respecto del cumplimiento de obligaciones patronales de las empresas tercerizadoras vinculadas, antiguas empleadoras del actor.

6.1.3. 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, "."; 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 "", 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, que prevé: “”, 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.

6.1.4. Examen de los cargos: Dilucidar si la sentencia impugnada adolece de falta de motivación de conformidad con lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República, al no enunciar las normas jurídicas en las que el tribunal ad quem sustenta su decisión para establecer la responsabilidad de Cervecería Nacional CN S.A. respecto del cumplimiento de obligaciones patronales de las empresas tercerizadoras vinculadas, antiguas empleadoras del actor.

6.1.4.1. La sentencia de mayoría dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el considerando quinto titulado “Argumentación”, numeral 5.2. señala que la relación laboral inter partes no es materia de controversia; más existe discrepancia respecto de la antigüedad de labores, puesto que el punto principal de la litis lo constituye la alegación del actor de haber laborado para la entidad accionada desde el 6 de julio de 1992, a través de compañías intermediadoras (MASFESA C.A., CASCADE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CIA. LTDA.) y no desde el 3 de enero de 2006 como alega la accionada; ante lo expuesto, el tribunal ad quem ha señalado: “En la causa sub júdice, existe prueba de que el actor trabajó para las antedichas compañías intermediadoras (fs. 151), y que durante ese tiempo el accionante estuvo laborando para la demandada, como se comprueba mediante un certificado de capacitación original expedidos por el VERIPET antes del año 2006, el cual se halla de fojas 218, siendo que el último hace referencia al mes de mayo del año 2001, además por medio de los testimonios de Santiago Zambrano Rodríguez y Abdón Carvallo Torres, quienes han dicho bajo juramento haber sido sus compañeros de trabajo, con ello está plenamente comprobada la vinculación entre las antedichas tercerizadoras y CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., puesto que la parte accionada no ha rebatido el hecho de que si ellos (testigos), son o no ex trabajadores tercerizados de CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., se esgrime que quien mejor para conocer la situación de éste (actor), que sus mismos compañeros de labores, igual criterio ha sido sostenido por la Ex Corte Suprema de Justicia mediante el fallo No. 517- 06 que siguió Rupertis Londres Quimis Ventura en contra del Consorcio de Empresas José José S. A. o José José Cía. Ltda de la siguiente manera ‘…en el caso de relaciones laborales los testigos que conocen de las condiciones de trabajo son precisamente las personas que han laborado en el mismo lugar sin que esta condición alcance para descalificarlos…’ [R. O. No. 15 del Lunes 31 de agosto del 2009]; por ello se establece que la vinculación y relación de trabajo inter partes inició el 6 de junio de 1992 como se observa de la libreta de afiliación al IESS del accionante constante a fojas 151, tal como lo afirma el actor en su demanda…”.

6.1.4.2. 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: “(...)” (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.

6.1.4.3. En el caso in examine, se observa que la sentencia dictada por la mayoría del tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se encuentra estructurada de la siguiente manera: en el considerando primero, manifiesta ser competente para conocer y resolver la presente causa; en el considerando segundo, declara la validez procesal por no haberse violentado ninguna de las solemnidades sustanciales que lo vicien de nulidad; en el considerando

tercero, cita varios principios jurídicos y constitucionales que deben ser observados por los jueces; en el considerando cuarto, se refiere a los antecedentes de hecho y contestación a la demanda; en el considerando quinto titulado "Argumentación", los jueces de segunda instancia, en el numeral 5.1 tratan de la impugnación del acta de finiquito; en el numeral 5.2. manifiestan que la relación laboral inter partes no es materia de controversia, precisando que la discrepancia radica en la antigüedad de labores del accionante, quien afirma trabajó para la entidad accionada desde el 6 de junio de 1992 a través de compañías intermediadoras, por lo que en aplicación del principio de verdad procesal previsto en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función judicial, proceden a valorar los medios probatorios que obran del expediente, para establecer que está plenamente comprobada la vinculación entre las tercerizadoras y Cervecería Nacional CN S.A., por lo que en líneas posteriores concluye que la relación de trabajo inter partes inició el 6 de junio de 1992, señalando a continuación que a pesar de que existe prueba de que la empresa accionada tuvo rentas positivas en los años 1992 a 2005 no puede ordenar ningún pago por la carencia de información acerca de la nómina total de empleados y cargas familiares; en el numeral 5.3. examina la alegación del actor en cuanto a un supuesto error en el cálculo de los beneficios sociales en el lapso 2006 2009 y luego de valorar los medios probatorios pertinentes, determina que "…no existe valor alguno que reliquidar respecto a décimotercera remuneración, vacaciones, ni fondos de reserva, con referencia a la remuneración mensual pretendida por el demandante durante el tiempo que trabajó de manera directa para la accionada…"; en el numeral 5.4 se refiere al despido intempestivo del actor que fue reconocido por la parte accionada, precisando que al haberse establecido que el accionante prestó sus servicios a Cervecería Nacional desde el 6 de junio de 1992 y al ser asumido de manera directa, quedaba también asumida su antigüedad de labores, por lo que dispuso el pago (reliquidación) de la indemnización por despido intempestivo prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo y la bonificación por desahucio del artículo 185 ibídem, con la antigüedad de labores antes indicada y tomando de referencia la última remuneración del accionante que consta en el consolidado de planillas de aportaciones al IESS, valores de los cuales ordena descontar el monto cancelado a través del acta de finiquito por dichos conceptos. Finalmente, en la parte resolutiva del fallo, reforma la sentencia subida en grado y declara parcialmente con lugar la demanda, disponiendo el pago de despido intempestivo y bonificación por desahucio. De lo expuesto se concluye que los jueces de segunda instancia una vez que valoraron los medios de prueba que obran del proceso, formaron su convicción respecto de la existencia de la vinculación existente entre las tercerizadoras y Cervecería Nacional CN S.A., por lo que establecieron la consiguiente responsabilidad de ésta última respecto del cumplimiento de las obligaciones patronales a favor del actor, sin enunciar las normas o principios jurídicos en que fundaron su decisión, así como tampoco explican la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, de tal modo que no existe razonamiento suficiente que justifique los motivos por los cuales la empresa usuaria debe asumir las responsabilidades derivadas de la relación laboral mantenida entre el actor y las empresas tercerizadoras vinculadas; razón por la que se acepta la acusación de falta de motivación de la sentencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, consecuentemente de conformidad con lo previsto en los artículos 16 de la Ley de Casación y 2 numeral 4 de la Resolución N° 07-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de febrero de 2017, se anula el fallo dictado por el tribunal ad quem, el 1 de marzo de 2016, las 09h42, correspondiendo a este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia dictar sentencia de mérito.

6.2. RECURSO DE CASACIÓN PRESENTADO POR RAMÓN ALFONSO CORONEL POVEDA (ACTOR).-

6.2.1. Consideración previa.- Este Tribunal continúa con el análisis de la sentencia impugnada, ahora a través de las acusaciones formuladas por el actor en su libelo de casación, observando de este modo el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, en el sentido de que los jueces de la Corte Nacional de Justicia, en atención al principio dispositivo, al resolver los recursos extraordinarios de casación, deben pronunciarse respecto de todos los cargos propuestos por los recurrentes. (Cfr. Sentencia N° 129-15-SEP-CC, caso N° 1329-13-EP).

6.2.2. Acusaciones con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- Al amparo de esta causal el recurrente estima que el tribunal ad quem infringió las siguientes normas jurídicas: artículos 31 literal j) de la Constitución de la República del año 1979; 35 numerales 8 y 11 de la Constitución de 1998, vigentes a la época de la relación laboral; 76 numeral 1, 82 y 326 numerales 2 y 3 de la actual Constitución de la República; y, 100 del Código del Trabajo. En este contexto manifiesta que: a) El tribunal ad quem no se pronunció en el fallo sobre el reclamo formulado en la demanda referente al pago de la participación anual del 15% en las utilidades, tanto de la compañía Cervezas Nacionales C.A. como de la compañía Cervecería Nacional CN S.A., desde el 6 de julio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2005, indicando que deben considerarse como cargas familiares a su cónyuge y sus cuatro hijos, en ese entonces menores de edad. b) Los jueces de segunda instancia reconocen en la sentencia emitida, la vinculación que existió entre las empresas "intermediarias" y la usuaria demandada, beneficiaria directa del trabajo personal que prestó en sus instalaciones desde 1992, no obstante en su fallo omite la aplicación de normas constitucionales y legales relacionadas con el pago de utilidades, remuneración y demás beneficios legales y sociales, por parte de la empresa usuaria beneficiaria de los servicios personales prestados por el trabajador intermediado. En este contexto afirma que, la vinculación entre la usuaria demandada y las empresas intermediarias quedó corroborada de manera definitiva con la sentencia ejecutoriada que dictó la Tercera Sala de lo Penal de la Corte de Justicia del Guayas, dentro de la acción constitucional de protección, el 4 de marzo de 2011, a las 11h30, por el reclamo de utilidades, y por tanto dejó de ser un asunto controvertido, ya que dicho fallo es cosa juzgada; sin embargo afirma que: "…", por cuanto refiere que los derechos del trabajador son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario y en este sentido considera que la resolución del tribunal ad quem de que no procede ninguna reliquidación del salario ni de los beneficios sociales, constituye otra vulneración a sus derechos fundamentales y legales, por lo que pretende se case dicha sentencia y se ordene que "……".

6.2.3. Problema jurídico a resolver.- De conformidad con el recurso de casación y cargo admitido a trámite, corresponde determinar si el tribunal ad quem infringió las normas jurídicas que señala el casacionista en su recurso, al negar el pago de utilidades en favor del actor, así como la reliquidación de salarios y beneficios sociales, una vez que la sentencia de mayoría reconoció la relación laboral y la responsabilidad de la empresa usuaria.

6.2.4. Consideraciones sobre la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- La causal primera se configura en los casos de: "", es decir que está reservada a los errores de juzgamiento conocidos como "", cuando se acusa a la sentencia de violación directa de la norma sustantiva o de precedentes jurisprudenciales obligatorios en donde los reproches probatorios son inadmisibles, pues ocurre cuando no se ha subsumido adecuadamente los hechos fácticos probados, admitidos, dentro de la hipótesis normativa pertinente, ya sea porque se ha aplicado una norma jurídica que no es la que corresponde, porque no se ha aplicado la que atañe, o porque aplicando la concerniente, se ha interpretado de manera errada al momento de emitir el fallo. Por tanto, quien interpone un recurso de casación debe tener presente al momento de fundamentarlo que toda norma sustancial tiene dos partes: un supuesto y una consecuencia y de no contenerlo se complementa con otra u otras normas, para así formar una proposición jurídica completa en la que se distinga claramente el supuesto de hecho y por tanto el efecto jurídico respectivo; de modo que si se fundamenta el recurso en esta causal se debe puntualizar el vicio o yerro, teniendo en cuenta que 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. En definitiva, se reitera que el análisis que realiza este tribunal en el conocimiento de las acusaciones formuladas al amparo de la causal primera, se circunscribe a determinar si, en función de los hechos reconocidos y establecidos en la sentencia recurrida, se han provocado las infracciones argumentadas por el casacionista.

6.2.5. Examen de los cargos: Determinar si el tribunal ad quem infringió las normas jurídicas que señala el casacionista en su recurso, al negar el pago de utilidades en favor del actor, así como la reliquidación de salarios y beneficios sociales, una vez que la sentencia de mayoría reconoció la relación laboral y la responsabilidad de la empresa usuaria.

6.2.5.1. El tribunal ad quem en el considerando quinto numeral 5.2. del fallo proferido, establece que: "…….", precisando a posteriori lo siguiente:

"…Pese a este análisis, y que existe prueba de que la entidad accionada tuvo rentas positivas en los años 1992 a 2005, y que estas utilidades debieron ser repartidas de manera igualitaria entre todos los trabajadores vinculados a la accionada, la Sala no puede ordenar ningún pago en torno a este reclamo, por la carencia de información acerca de la nómina total de empleados y sus cargas familiares de manera anual, mas se deja a salvo el derecho del actor a proponer la acción legal pertinente, dentro de la cual podrá actuar las pruebas necesarias. 5.3).- Punto neurálgico de la contienda lo instaura el hecho de que el actor alega que existe error en el cálculo de sus beneficios sociales en el lapso 2006-2009, puesto que afirma que su remuneración estaba comprendida por su salario básico y $584 dólares por concepto de adelanto de utilidades, siendo que su verdadera remuneración la constituían estos dos rubros sumados, que en el último mes ascendió a $914,00 dólares, al respecto de las pretensiones expuestas, la Sala infiere lo siguiente: a).- Consta de autos a fojas 21 a 23, el contrato de trabajo inter partes suscrito el 2 de enero del 2006, en el que se lee que las partes contrataron bajo la premisa de que la remuneración del actor era $169,00 dólares mensuales, por ende no corresponde una reliquidación del salario. b).- Se han incorporado al proceso roles de pago, los mismos que constan de fojas 108 a 134, de lo cual se corrobora lo alegado por el mismo accionante acerca de que percibía el anticipo de sus utilidades empresariales de manera mensualizada en el valor $584,00. c).- El Art. 111 del Código del Trabajo establece que la decimotercera remuneración se liquida conforme al Art. 95 del Código del Trabajo, de la siguiente manera: 'Derecho a la decimatercera remuneración o bono navideño.- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen, hasta el veinticuatro de diciembre de cada año, una remuneración equivalente a la doceava parte de las remuneraciones que hubieren percibido durante el año calendario. La remuneración a que se refiere el inciso anterior se calculará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 95 de este Código.', ante ello, igual suerte corre la liquidación por vacaciones y fondos de reserva. d).- El Art. 95 del Código del Trabajo taxativamente prescribe: 'Sueldo o salario y retribución accesoria.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio. SE EXCEPTÚAN EL PORCENTAJE LEGAL DE UTILIDADES, el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social', es decir el pago de utilidades no constituye parte de la remuneración. e).- El anticipo mensualizado de utilidades empresariales es legalmente factible, pues esta figura jurídica está contemplada en el Art. 108 del Código del Trabajo, de la siguiente forma: 'Anticipo de utilidades e impuesto a la renta.- Las empresas PUEDEN CONCEDER ANTICIPOS A SUS TRABAJADORES PARA IMPUTARLOS AL QUINCE POR CIENTO DE LAS UTILIDADES LÍQUIDAS. La participación en las utilidades a que tienen derecho los trabajadores no se considerará como renta particular y no está sujeta a gravamen tributario de ninguna clase.' (…). En consecuencia no existe valor alguno que reliquidar respecto a decimotercera remuneración, vacaciones ni fondos de reserva, con referencia a la remuneración mensual pretendida por el demandante durante el tiempo que trabajó de manera directa para la accionada…"

6.2.5.2. En el caso in examine, una vez confrontadas las acusaciones formuladas por el recurrente con la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, este Tribunal observa lo siguiente: a) El recurrente no ha identificado el yerro en el que supuestamente ha incurrido el órgano jurisdiccional de segunda instancia, respecto de las normas jurídicas invocadas, esto es si aquellas fueron infringidas por "", incumpliendo de esta forma con la rigurosidad técnica propia del recurso extraordinario de casación, no obstante lo manifestado este Tribunal, en observancia del principio de preclusión de la fase de admisibilidad, en atención al auto dictado por la Conjueza de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de marzo de 2017, las 10h03, que lo admitió a trámite; y, en virtud del principio de tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, en

concordancia con el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en términos generales constituye el derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través del debido proceso y con unas garantías mínimas, obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas (Cfr. Sentencia N° 006-13-SEP-CC, caso N° 0614-12-EP, Corte Constitucional del Ecuador), centra su análisis en el problema jurídico formulado con cargo a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. b) Con relación a la alegación formulada por el casacionista, en el sentido de que el tribunal ad quem no se ha pronunciado sobre el reclamo del pago de la participación anual del 15% de las utilidades de la Compañía Cervezas Nacionales C.A., luego Compañía Cervecería Nacional, cabe precisar que en el considerando quinto de la sentencia numeral 5.2, los jueces de segunda instancia han manifestado que a pesar de que existe prueba de que la entidad accionada tuvo rentas positivas entre los años 1992 a 2005, niegan la pretensión de utilidades reclamadas por el actor, por la carencia de información acerca de la nómina total de empleados y sus cargas familiares de manera anual. Al respecto, es necesario destacar que el reconocimiento de la vinculación y subsiguiente solidaridad en el cumplimiento de obligaciones patronales -entre las que precisamente se encuentra el pago de utilidades-, realizado por el tribunal ad quem entre las empresas intermediarias y la compañía Cervecería Nacional CN S.A., ha sido impugnado por la parte demandada, a través del recurso extraordinario de casación, al amparo de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, bajo la alegación de falta de motivación, la misma que ha sido acogida por este Tribunal -precisamente porque los jueces de segundo nivel no han considerado las normas jurídicas previstas en los artículos: 31 literal j) de la Constitución de la República del año 1979; 35 numerales 8 y 11 de la Constitución de 1998, vigentes a la época de la relación laboral; 76 numeral 1, 82 y 326 numerales 2 y 3 de la actual Constitución de la República; y, 100 del Código del Trabajo-, asunto respecto del cual se pronunciará a posteriori a través de una sentencia de mérito. c) En referencia a la pretensión del actor de que se reliquiden los sueldos y beneficios legales, se evidencia que el órgano jurisdiccional de segunda instancia en el considerando 5.3 del fallo emitido, ha señalado: en el literal a) que no le corresponde una reliquidación del salario, por cuanto según el contrato que obra del expediente el sueldo del actor era de USD $ 169; en el literal b) que según lo manifestado por el accionante y que se corrobora con los roles de pago que obran del proceso, el actor recibía el anticipo de sus utilidades empresariales de manera mensualizada; en el literal c) analiza el tema de la décima tercera remuneración prevista en el artículo 111 del Código del Trabajo en concordancia con la previsión normativa del artículo 95 ibídem, que determina los rubros que forman parte de la remuneración, precisando las excepciones, entre las que se encuentra el porcentaje legal de utilidades, para concluir que el pago de utilidades no constituye parte de la remuneración -entendiéndose consecuentemente que no procede la reliquidación del décimo tercer sueldo-, en el literal e) indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código del Trabajo, el anticipo mensualizado de utilidades empresariales es legalmente factible, por lo que resuelve que no procede la reliquidación del décimo tercer sueldo, vacaciones ni fondos de reserva en referencia a la remuneración mensual pretendida por el demandante durante el tiempo que trabajó de manera directa para la accionada. En este contexto se confirma que el tribunal ad quem una vez que ha llegado a la convicción de que el pago anticipado de utilidades no forma parte de la remuneración, ha negado la reliquidación de rubros solicitada por el actor, emitiendo un pronunciamiento expreso respecto de las pretensiones del accionante, sin que de este modo proceda la acusación formulada por aquel en el recurso de casación, por lo que se la desestima.

SÉPTIMO: SENTENCIA EN MÉRITO DE LOS AUTOS DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 16 DE LA LEY DE CASACIÓN Y 2 NUMERAL 4 DE LA RESOLUCIÓN N° 07-2017 DICTADA POR EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EL 22 DE FEBRERO DE 2017.

Este Tribunal de casación de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con la declaratoria de procedencia del recurso de casación interpuesto por el representante legal de la compañía demandada -ver numeral 6.1.4. de este fallo-, procede a dictar sentencia en mérito de los autos, 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. Enunciación resumida de los antecedentes de hecho:

7.2.1. Demanda.- Ramón Alfonso Coronel Poveda, en su demanda afirma que ingresó a trabajar en la Compañía de Cervezas Nacionales C.A., ahora Cervecería Nacional CN S.A., por intermedio de la compañía tercerizadora MASFESA C.A., en calidad de relevo en el área de envase. Luego de casi tres meses, fue transferido a la intermediaria CASDASE S.A. y posteriormente pasó a SUDEPER S.A., indica que pasó rotando entre esas tres empresas hasta que fue transferido a la intermediaria PERCANEL Cía. Ltda., en donde fue liquidado definitivamente el 31 de diciembre de 2005. Precisa que todas esas compañías intermediarias estaban vinculadas a la usuaria Compañía de Cervezas Nacionales C.A.; y, que la última remuneración que percibió de PERCANEL Cía. Ltda. al 31 de diciembre de 2005, era de USD $ 582. Señala que a partir del 1 de enero de 2006 fue enrolado como trabajador directo de la usuaria Compañía de Cervezas Nacionales C.A., con el cargo de operador de montacargas en el área de "Bodega Producto Terminado", con una remuneración de USD $ 753 dólares mensuales, la misma que se descomponía de la siguiente manera: USD $ 169 de sueldo básico y USD $ 584 por adelanto de utilidades; en este contexto afirma que los aportes y fondos de reserva al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la décimo tercera remuneración y las vacaciones, fueron calculados tomando en cuenta únicamente el sueldo básico, sin considerar "…el resto de la remuneración disfrazado bajo el concepto de 'adelanto de utilidades' (…) En consecuencia la compañía Cervecería Nacional CN S.A., me adeuda la diferencia de sueldos desde el 1 de enero de 2006 en adelante por los valores que mensualmente se me pagaron a título de 'adelanto de utilidades', cuando en realidad dichos valores me correspondían por concepto de sueldo o remuneración. Además me adeuda la diferencia por la reliquidación de los valores pagados con motivo del despido intempestivo que sufrí el 3 de julio de 2008, los mismos que constan en el documento de finiquito celebrado el 3 de los mismos mes y año, ya que la liquidación que aparece en dicho documento se hizo en base del supuesto sueldo básico que percibía de $ 225 mensuales, cuando en realidad mi remuneración en Cervecería Nacional CN S.A. era de $ 809,oo mensuales…". Agrega que durante el tiempo que laboró para la Compañía de Cervezas Nacionales C.A., a través de sus empresas intermediarias, nunca percibió de la usuaria la participación de utilidades del 15% que legalmente le correspondía, esto es desde el 6 de julio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2005, debiendo considerarse para el efecto como cargas familiares a su cónyuge y a sus cuatro hijos menores de edad a esa época. Señala que no está por demás indicar que las compañías intermediarias de personal SUDEPER S.A., MASFESA C.A., CASDASE S.A. y PERCANEL Cía. Ltda., vinculadas a la usuaria Compañía de Cervezas Nacionales C.A. y que fungían de empleadoras, fueron disueltas, liquidadas definitivamente y cancelada su inscripción y matrícula en el Registro Mercantil de Guayaquil, a raíz de que Cervezas Nacionales C.A., suprimió el sistema de tercerización de personal, a partir del 1 de enero de 2006, por lo que refiere no existen a la presente fecha. Con tales antecedentes demanda en juicio oral a Cervecería Nacional CN S.A., en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo y Representante Legal Roberto Mauricio Jarrín Tamayo, a quien demanda además por sus propios derechos, por la responsabilidad que le impone el artículo 36 del Código del Trabajo, los siguientes rubros: 1. Reliquidación del sueldo mensual; 2. Reliquidación décimo tercera remuneración; 3. Reliquidación vacaciones; 4. Reliquidación Bonificación por desahucio; 5. Reliquidación indemnización por despido; 6. Reliquidación fondo de reserva; y, fundado en el artículo 100 del Código del Trabajo, demanda el pago de la participación anual del 15% en las utilidades líquidas de la compañía Cervezas Nacional C.A., ahora compañía Cervecería Nacional CN S.A., desde el 6 de julio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2005, incluidas las cargas familiares que señala en su demanda.

7.2.2. Contestación a la demanda y excepciones.- Calificada la demanda y citados los demandados, se lleva a efecto la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, con la concurrencia de las partes procesales. Frente a la imposibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio, el demandado Roberto Mauricio Jarrín Tamayo, contesta la demanda negando pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; presenta las siguientes excepciones: falta

de derecho del actor para demandar, improcedencia de la acción y prescripción de los derechos del actor para formular las absurdas pretensiones constantes en la demanda; y, anuncia las pruebas que va a practicar. Por su parte, el abogado Alfredo Contreras Ycaza, por los derechos que representa de la Compañía Cervecería Nacional CN S.A. en calidad de Procurador Judicial, contesta la demanda en los siguientes términos: 1. Niega los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, por lo que indica le corresponde al actor probar los hechos que afirma; 2. Niega, tacha y redarguye de falso que la relación laboral alegada entre la compañía demandada y el actor haya iniciado el 6 de julio de 1992. 3. No niega la existencia de una relación laboral entre la compañía Cervecería Nacional S.A. y el actor, pero desde el 1 de enero de 2006, de conformidad con el contrato suscrito entre las partes, y el 3 de julio de 2009, fecha en la cual se dio por terminada la relación laboral, precisando que todos los hechos y relaciones jurídicas que dice haber tenido el trabajador en años anteriores con las compañías que señala en su demanda, resultan impertinentes, por cuanto las mismas no han sido demandadas y por lo tanto no son parte procesal. Niega la relación de hechos que el actor hace en su demanda respecto de los vínculos jurídicos entre él y esas empresas. 4. Niega que la remuneración mensual del actor haya sido de USD $ 809, indicando que a la fecha de la terminación de la relación laboral percibía un sueldo de $ 225 y que adicionalmente la empresa le hacía pagos mensuales de $ 584 como anticipo de utilidades, tal como el accionante lo ha referido en su demanda y conforme consta en la cláusula séptima del contrato de trabajo escrito debidamente firmado por el actor. 5. Afirma que la empresa siempre ha cumplido con el pago del rubro de utilidades, las mismas que eran canceladas mensualmente en calidad de anticipo -conforme la cláusula séptima del contrato y los artículos 95 y 102 del Código del Trabajo-, sin que dicho valor forme parte de su remuneración. 6. Niega, tacha y redarguye de falso que exista diferencia alguna por reliquidación de los valores pagados por motivo de la terminación de la relación laboral, tanto más que el acta de finiquito no ha sido impugnada en la demanda. 7. Niega, tacha y redarguye de falso que el actor haya tenido derecho al cobro de participación de utilidades de Cervecería Nacional durante el tiempo que trabajó para otras empresas -que menciona pero no demanda-, desde el 6 de julio de 1992 al 31 de diciembre de 2005. Manifiesta que el trabajador no puede construir su derecho basado en las reformas al artículo 100 del Código del Trabajo expedidas en los años 2006 y 2008, sino con el tenor literal del artículo que estaba vigente en ese período, pues las leyes no son retroactivas. Alega de manera subsidiaria la prescripción, en el evento no consentido de que existan un derecho del trabajador sobre utilidades de su ex patrono que por solidaridad se quiera endilgar a Cervecería Nacional, pues manifiesta que la relación laboral entre el actor y las empresas citadas por aquel en la demanda y según la propia declaración contenida en el libelo, terminó el 31 de diciembre de 2005, por lo que afirma el derecho está prescrito al tenor de los artículos 635 y 637 del Código del Trabajo. 8. Niega, tacha y redarguye de falsa y objeta la legitimidad de la "liquidación exagerada" que ha incorporado el actor en su demanda. 9. Niega, tacha y redarguye de falso que el accionante tenga derecho a reliquidación de salarios, particularmente por diferencias del 2006 al 2008, ni por otra diferencia ni período, pues indica que la remuneración de aquel estaba muy por encima de los mínimos establecidos en la Ley. 10. Niega tacha y redarguye de falso, que el legitimado activo tenga derecho a reliquidaciones de décimo tercera remuneración, ni por vacaciones, ni por fondos de reserva, del 2006 al 2008, ni por ningún otro período o valor. 11. Niega, tacha y redarguye de falso que el accionante tenga derecho a reliquidaciones de bonificación por desahucio y de indemnización por despido intempestivo. Finalmente, anuncia las pruebas que practicará en el juicio.

7.3. Determinación del objeto de la controversia.- Una vez configurada la traba de la litis, corresponde determinar: a) Si las compañías MASFESA C.A., CASCADE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CIA. LTDA. (intermediarias) se encontraban vinculadas a la Cervecería Nacional CN S.A. (usuaria); b) Si la compañía Cervecería Nacional CN S.A. es responsable solidaria de las obligaciones patronales de las empresas intermediarias; y, c) Si la compañía Cervecería Nacional CN S.A., ¿debe satisfacer las pretensiones deducidas por el actor en su demanda?

7.4. Pruebas solicitadas por los sujetos procesales dentro del juicio laboral.

7.4.1. Consideraciones de orden procesal.- Al tenor de lo dispuesto en el artículo 113 Código de Procedimiento Civil, la parte actora es quien tiene la obligación de probar los hechos que ha

propuesto afirmativamente en juicio y que ha negado el demandado; por su parte, el artículo 114 ibídem, ordena que cada parte se encuentra obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme la ley. Es así, que conforme a la demanda y contestación a la demanda, y en el periodo de prueba respectivo, la actora y la compañía demandada aportaron los siguientes medios probatorios:

7.4.2. Prueba aportada por el actor: 1.- Que se reproduzca todo cuanto de autos le sea favorable y se tenga por impugnado, redargüido de falso y objetado en su legitimidad todo lo que le sea adverso, en cuanto hubiere lugar en derecho. 2.- Que se agregue al proceso la libreta o carnet de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. 3.- Con el objeto de corroborar la vinculación de la empresa tercerizadora con la usuaria Compañía de Cervezas Nacionales C.A., ahora Cervecería Nacional CN S.A., solicita que se incorporen al proceso los siguientes documentos que entrega en originales y se reproduzcan como prueba a su favor: a) Una liquidación individual que la empresa tercerizadora vinculada SUDEPER le pagó en 1993, en la cual se le identificó en el sistema de nóminas con el código Nº 7622; b) Trece liquidaciones individuales que la tercerizadora vinculada CASDASE S.A. le pagó durante el año 2001 y 2002 en la cual se le identificó en el sistema de nóminas con el código Nº 7622; c) Veintidós liquidaciones individuales que la tercerizadora vinculada PERCANEL le pagó durante los años 2003, 2004 y 2005 en la cual también se le identificaba en el sistema de nóminas con el mismo código Nº 7622; d) Diecisiete liquidaciones individuales que la COMPAÑÍA DE CERVEZAS NACIONALES le pagó cuando fue enrolado directamente durante los años 2006, 2007 y 2008, en los cuales indica también se le identificaba con el mismo código Nº 7622; e) Un certificado original por la aprobación del curso "Educación Ambiental y Sistema de Gestión Ambiental ISO 14000" para Compañía de Cervezas Nacionales C.A., dictado por VERIPET-TPM, el 18 de Mayo de 2001; 4.- Que se oficie al señor Director Regional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en Guayaquil, en el sentido de que se sirva informar al Juzgado la Historia Laboral del ex trabajador Ramón Alfonso Coronel Poveda, desde el 6 de julio de 1992 hasta el 3 de julio de 2008; 5.- Que se agregue al proceso las certificaciones de la Superintendencia de Compañías de Guayaquil que en 4 fojas presenta, sobre los datos generales de las compañías tercerizadoras MASFESA C.A., CASCADE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CIA. LTDA. y Cervecería Nacional CN S.A., en las que consta que dichas empresas se encuentran canceladas e inscrita su cancelación en el Registro Mercantil del cantón, afirmando que las mencionadas compañías no existen ni existían legalmente a la fecha de presentación de la demanda. 6.- Que se oficie al Registro Mercantil de Guayaquil, en el sentido de que se sirva informar al juzgado lo siguiente: a) Sobre la historia de los nombramientos inscritos de personeros y representantes legales de las compañías SUDEPER S.A, MASFESA C.A., CASDACE S.A, PERCANEL CÍA. LTDA. y Compañía Cervecería Nacional CN S.A., antes Compañía de Cervezas Nacionales C.A desde el año 1992 hasta la presente fecha. b) Sobre si las compañías SUDEPER S.A, MASFESA C.A., CASDACE S.A, PERCANEL CÍA. LTDA., se encuentran canceladas y desde cuándo. c) Sobre el Registro de Actos Jurídicos y Datos Generales de las Compañías SUDEPER S.A, MASFESA C.A., CASDACE S.A, PERCANEL CÍA. LTDA., y compañía de Cervezas Nacionales C.A. ahora Compañía Cervecería Nacional CN S.A., desde 1992 hasta la presente fecha. 7.- Que se agregue al proceso la copia notariada del oficio suscrito por el abogado Ricardo Campuzano Delgado, Director Regional del Trabajo del Litoral, de fecha 3 de septiembre de 2004, relacionado con el reclamo de ex trabajadores de la compañía respecto de utilidades no pagadas a ellos por la compañía Cervezas Nacionales C.A., ahora Cervecería Nacional CN S.A. y que en tres fojas certificadas adjunto. 8.- Que se oficie al señor Intendente de Compañías de Guayaquil, en el sentido de que se sirva remitir al juzgado fotocopia certificada del oficio y anexos Nº SC.SG.DRS.G.09.1222, de fecha 8 de octubre de 2009, suscrito por el abogado Miguel Martínez Dávalos, Secretario General de la Intendencia de Compañías de Guayaquil, dirigido al Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinoza Guzmán, cuya copia notariada en doce fojas certificadas entrega en la diligencia para que se agreguen a los autos. 9.- Que se oficie al representante legal de la empresa Deloitte &Touche, en el sentido de que se sirva informar al juzgado sobre las auditorías y observaciones que realizó a la Compañía de Cervezas Nacionales C.A, ahora Compañía Cervecería Nacional CN S.A, durante el periodo comprendido del año 1992 al 2005,

sobre los riesgos y la provisión del 15% de participación de utilidades que le correspondían a los trabajadores de las empresas intermediarias de personal antes mencionadas, vinculadas a la Compañía de Cervezas Nacionales C.A., ahora Cervecería Nacional CN S.A. 10.- Que se agregue a los autos el memo de la auditoría Deloitte &Touche, de fecha 5 de marzo de 2001, suscrito por Rafael Muñoz R. y Whimpper Narváez S, Socio y Gerente de la auditora, respectivamente, dirigido a la compañía de Cervezas Nacionales C.A, por el tema participación de los trabajadores sobre el 15% de las utilidades del año 2000, que en dos fojas certificadas entrega. 11.- Que se oficie al abogado Piero Aycart Vicencini, Notario Trigésimo del Cantón Guayaquil, o quien haga sus veces a fin de que se sirva enviar al juzgado compulsa certificada de los documentos relacionados con la Compañía de Cervezas Nacionales C.A., ahora Cervecería Nacional CN S.A. y las compañías intermediarias vinculadas de personal antes mencionadas, que fueron certificados en esa Notaría, el 7 de julio de 2005. 12.- Que los demandados exhiban en el juzgado la correspondencia de la entonces Compañía de Cervezas Nacionales C.A., con las empresas tercerizadoras o intermediarias de personal vinculadas antes mencionadas; así como con las empresas extranjeras propietarias de la Compañía de Cervezas Nacionales C.A., ahora Cervecería Nacional CN S.A., con relación a las autorizaciones e instrucciones solicitadas para la operación de dichas compañías intermediarias vinculadas y el pago de utilidades del 15% desde el año 1992 hasta el 2005, inclusive. 13.- Que se agregue a los autos la copia certificada de notificación de la resolución dictada por el Ministro de Relaciones Laborales, Richard Espinoza Guzmán, en Quito, el 7 de julio del 2010, a las 10h45, dentro del trámite de la denuncia presentada en este Ministerio contra la demandada por falta de pago del 15% de utilidades, cuyo considerando tercero lo reproduzco a mi favor y que en ocho fojas anexo. 14.- Que se agregue a los autos la copia certificada de la sentencia ejecutoriada dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 4 de marzo de 2011, a las 11h30 y su aclaración y ampliación dentro de la Acción Ordinaria de Protección Nº 982-10-B, seguida por el señor Eduardo Arturo Cervanates Ronquillo en contra del Ministerio de Relaciones Laborales, en calidad de demandado principal y Cervecería Nacional CN S.A., como tercera coadyuvante, cuyo texto lo reproduce a su favor y que en 36 fojas certificadas anexa. 15.- Que se oficie al Director Regional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en Guayaquil, en el sentido de que se sirva informar al juzgado el número de trabajadores que fueron afiliados a ese Instituto por la empresa patronal Compañía de Cervezas Nacionales C.A durante los años 1992 al 2005, inclusive. 16.- Que se oficie al señor Director del Servicio de Rentas Internas en el sentido de que se sirva remitir al juzgado fotocopia certificada de los oficios y sus anexos Nº 917012008OAAG001278, de agosto 29 de 2008, suscritos por el Director General del Servicio de Rentas Internas y dirigidos al Director Regional del Trabajo del Litoral, cuya copia en cuatro fojas certificadas entrega en la diligencia para que se agreguen a los autos. 17.- Que exhiba en el juzgado los roles de pago de las utilidades del 15% que acrediten la cancelación de dicho beneficio al actor Ramón Alfonso Coronel Poveda, desde el año 1992 hasta el 2005 inclusive. 18.- Que en la audiencia definitiva se sirva receptar la declaración de los testigos: Abdón Elías Carvallo Torres, Santiago Elvis Zambrano Rodríguez, Luis Ramón Yanqui Saldaña, quienes depondrán al tenor del interrogatorio que para el efecto se formulará en la diligencia. 19.- Que se ordene la comparecencia personal y no por interpuesta persona de mandatario o procurador judicial alguno, en la audiencia definitiva del demandado Roberto Mauricio Jarrín Tamayo, por sus propios derechos y por los que representa de la compañía Cervecería Nacional CN S.A., para que rinda confesión judicial al tenor de las posiciones que para el efecto se le efectuará en la diligencia. 20.- Que se recepte el juramento deferido del actor, para justificar el tiempo de servicio y remuneración. 21.- Que se agregue a los autos la copia certificada de la inscripción de matrimonio con la señora Amelia Petra Cedeño León y las seis partidas de nacimiento de sus hijos, que en siete fojas agrega. 22.- Adjunta un certificado original en el cual se le autoriza y acredita para trabajar como operador de montacargas en Cervecería Nacional, emitido el 15 de enero de 2008, así como la credencial respectiva.

7.4.3. Prueba aportada por la parte demandada.-

7.4.3.1. Roberto Mauricio Jarrín Tamayo.- Por sus propios derechos, solicita la práctica de lo siguiente. 1.- Se ordene y recepte la confesión judicial del actor Ramón Alfonso Coronel Poveda; 2.- Que se tenga por redargüido de falso e impugnado

en su legitimidad, todo cuanto de autos le sea desfavorable o adverso; 3.- Que se tenga por reproducido como prueba a su favor todo cuanto de autos le fuere favorable, en especial el contenido de la contestación a la demanda. 4.- Se reserva el derecho a repreguntar a los testigos.

7.4.3.2. Abogado Alfredo Contreras Ycaza.- Por los derechos que representa de la Compañía Cervecería Nacional CN S.A. en calidad de Procurador Judicial, solicita la práctica de lo siguiente: 1.- Que se agregue a los autos copia certificada del contrato de trabajo celebrado entre las partes en litigio, en el cual se reconoce que la relación inició el 1 de enero de 2006 y que la empresa pagaría utilidades anticipadas mensualmente. 2.- Que se agregue a los autos copia certificada del acta de finiquito, suscrita por las partes en litigio el 3 de julio de 2009, legalizada por la autoridad competente. 3.- Que se agreguen a los autos los siguientes documentos certificados: a) Consolidado de planillas de aportes al IESS correspondientes al actor desde enero de 2006 hasta julio de 2009; b) 12 roles de pago mensuales individuales (denominados liquidación individual) correspondientes a las remuneraciones del actor del año 2006; c) 12 roles de pago mensuales individuales (denominados liquidación individual) correspondientes a las remuneraciones del actor del año 2007; d) 12 roles de pago mensuales individuales (denominados liquidación individual) correspondientes a las remuneraciones del actor de enero a mayo de 2008; e) 6 roles de pago correspondientes a las remuneraciones del actor de enero a junio de 2009; f) Liquidaciones de pago de décimos tercera y cuarta remuneraciones, y utilidades anuales, por todo el período de vigencia de la relación laboral. 4.- Se dirija atento oficio al Banco del Pacífico a efectos de que certifique todas las acreditaciones hechas por Cervecería Nacional a la cuenta Nº 11092963 a nombre del actor, desde el 2 de enero de 2006 hasta el 3 de julio de 2009. 5.- Se ordene y se recepte la confesión judicial del actor. 6.- Que se tenga por redargüido de falso y por impugnado en su legitimidad, todo cuanto de autos le sea desfavorable o adverso. 7.- Que se reproduzca a su favor todo cuanto de autos le fuere favorable a los derechos de sus representados, en especial el contenido de la contestación a la demanda. 8.- Se reserva el derecho de nominar a los testigos que nomine la parte actora.

7.5. Análisis motivado de la prueba y pronunciamiento en torno a las pretensiones y excepciones formuladas por los sujetos procesales.

7.5.1. Aspectos legales y doctrinarios en cuanto a la valoración de la prueba.- La norma jurídica referida por la casacionista y que estima infringida es el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: “”, norma que establece la obligatoriedad de los jueces de instancia, al momento de cumplir el proceso de valoración de la prueba, de verificar la eficacia de la misma y aplicar el principio de la unidad de la prueba, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Respecto al principio de unidad de la prueba, Hernando Devis Echandía señala: “”. (Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas judiciales, séptima edición, Editorial ABC, Bogotá, 1982, p. 16 y 17); de modo que juezas y jueces al momento de valorar la prueba deben hacerlo aplicando el principio de la unidad de la prueba y el sistema de las reglas de la sana crítica, que ha decir de Eduardo J. Couture: “” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Argentina - Buenos Aires, Tercera edición, 1958, pp. 270-271).

7.5.2. Pronunciamiento expreso sobre el objeto de la controversia:

7.5.2.1. Si las compañías MASFESA C.A., CASCADE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CIA. LTDA. (intermediarias) se encontraban vinculadas a la Cervecería Nacional CN S.A. (usuaria) La relación laboral del actor con la Compañía Cervecería Nacional CN S.A. (antes Cervezas Nacionales C.A.) no es materia de controversia, pues la misma se encuentra probada con el contrato de trabajo (fs. 21-22), acta de finiquito (fs. 23), aviso de entrada al IESS (fs.41) , aviso de salida del IESS (fs. 42), liquidaciones individuales (fs. 43 a 140 y 201 a 217), roles de pago (fs. 141-143) y demás prueba que obra en el proceso. El punto esencial de la controversia radica en la alegación del actor de haber trabajado para la compañía de Cervezas Nacionales C.A. ahora Compañía Cervecería Nacional CN S.A., desde el 6 de julio de 1992 por intermedio de las empresas intermediadoras. Al respecto, se observa que obra del expediente el carné de afiliación al IESS (fs. 151 a 164), en el que consta que el actor laboró por el periodo de 1992 hasta 2005 para las empresas intermediarias MASFESA C.A., CASDASE S.A, SUDEPER S.A, PERCANEL CÍA. LTDA, finalmente desde el año 2006 para CERVECERÍA NACIONAL CN S.A (cuyo nombre anterior fue Cervezas Nacionales C.A), situación que se respalda con las liquidaciones individuales del señor Ramón Alfonso Coronel Poveda correspondientes a SUDEPER S.A (fs. 165 y de fs. 177

a 178), CASDASE S.A (fs. 166 a 176), PERCANEL CÍA. LTDA (fs. 169-200), COMPAÑÍA DE CERVEZAS NACIONALES C.A. (fs. 201 a 217), actualmente CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. (fs. 43 a 140). De los roles de pago denominados liquidaciones individuales, correspondientes a las empresas MASFESA S.A., CASDASE S.A., SUDEPER S.A, PERCANEL CÍA. LTDA y CERVEZAS NACIONALES C.A., se observa que todos los documentos antes referidos se encuentran identificados con el mismo código: 7622. Obra del proceso, el memorando de fecha marzo 5 de 2001, suscrito por los señores Rafael Muñoz R. y Whimpper Narváez S, Gerente de la Empresa Deloitte & Touche, que contiene el análisis de la participación de trabajadores sobre utilidades del año 2000, en el que consta lo siguiente: "Como resultado de la auditoría a los estados financieros de Cía. de Cervezas Nacionales C.A por el año terminado el 31 de diciembre del 2000, observamos que la Compañía podría tener una contingencia laboral por la omisión en el registro y pago de la participación de trabajadores en las utilidades del año 2000, de acuerdo a la interpretación del Art. 174 de la Ley para la promoción de la inversión y la participación ciudadana (…) Del análisis de los aspectos antes indicados se interpreta que Sudeper S.A, es una compañía que posee su propia infraestructura física y administrativa; sin embargo, no existiría independencia financiera debido a que los servicios que presta Sudeper son exclusivos para Cía. de Cervezas Nacionales y por lo tanto existe dependencia en el flujo de caja (…) De acuerdo con lo indicado, existe el riesgo de que los empleados de Sudeper S.A aleguen, ante las autoridades tributarias, la existencia de un vínculo con Cervecería Nacional C.A., Servie S.A y Seraudi S.A., de comprobarse el mismo, dichos empleados tendrían derecho a participar de las utilidades de las Compañías mencionadas" (fs. 223 a 224). El Oficio No. 367-DRT-2004 de 3 de septiembre de 2004, suscrito por el Director Regional del Trabajo, abogado Ricardo Campuzano Delgado, contiene el informe jurídico respecto de las utilidades no pagadas por Cervecería Nacional CN C.A a favor de los trabajadores de SUDEPER S.A, en cuya parte pertinente indica lo siguiente: "SEGUNDO.- En el presente caso con la documentación aparejada por los reclamantes queda demostrado que al momento que prestaban sus servicios los reclamantes hasta el año 2002, el domicilio de las compañías SUDEPER S.A, era el Km. 16 y ½ de la vía a Daule, que es la misma dirección donde tiene su domicilio la Compañía de Cervezas Nacionales C.A, persona jurídica para quien prestaban sus servicios los trabajadores de las antes indicadas compañías tercerizadoras (…) 2.- Que las empresas tercerizadoras SUDEPER S.A, no tenían independencia administrativa y financiera (…) TERCERO.- Por lo ante expuesto, considero que está debidamente probada la vinculación existente entre las empresas Tercerizadoras SUDEPER S.A con la Compañía de Cervezas Nacionales C.A para quien prestaban sus servicios de contratación personal (sic)" (fs. 285 a 287). En la Resolución de 07 de julio de 2010, las 10h45 (fs. 237 a 244) emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales, dentro del Recurso de Apelación No. 41-DTAJ-2010 sobre el reclamo de ex trabajadores intermediarios y tercerizados respecto del pago de utilidades, en su parte pertinente se expone lo siguiente: "TECERO.- Que la misión y vocación del Ministerio de Relaciones Laborales, es la defensa de los derechos de los trabajadores, y en este sentido, rechaza enfáticamente las prácticas abusivas y carentes de toda ética, que las compañías utilizaron para evadir sus obligaciones laborales con los trabajadores, sin respetar la estabilidad laboral mínima establecida en la ley, impidiéndoles el ejercicio de su derecho de organización laboral, el derecho al fondo de reserva, y en consecuencia el derecho a la Seguridad Social (…) consta la composición accionarial, designación de mandatarios y demás directivos de las compañías del Grupo Corporación Cervecería Nacional, entre las cuales constan como las compañías de dicho grupo, SUDEPER S.A, MASFESA y CASCADE, compañías con las cuales Compañía de Cervezas Nacionales C.A. suscribió contratos de prestación de servicios, para la provisión de empleados, técnicos y obreros para la ejecución de su objeto social, desde 1990 hasta el 2002. Estas tres compañías hacían rotar el personal contratado cada noventa días, conforme se evidencia del carnet de afiliación al IESS de un trabajador que consta a fojas 4.793 a 4.801 del expediente administrativo. Práctica totalmente ingeniosa y abusiva en contra de los trabajadores, quienes por no perder su fuente de empleo, aparentemente se vieron obligados a aceptar. Es decir que se los contrataba siempre por un periodo de prueba de 90 días al vencimiento de este, se los volvía a contratar por otra tercerizadora del mismo grupo empresarial, produciendo una inestabilidad

laboral y precarización de la relación de trabajo. Dejando desamparados a los trabajadores y marginándolos de la Seguridad Social, puesto que tenían acceso limitado a las prestaciones que ofrece el Instituto ECUATORIANO DE Seguridad Social, siendo así utilizados como fuerza de trabajo (…) Como obra del mismo expediente, a partir del año 2002, la accionada, contrató la provisión de personal con toras dos compañías PERCANEL Cía. Ltda. y SOLTRADE Cía. Ltda., tratando de cumplir con la normativa vigente, pero incurriendo en otra práctica abusiva; cómo es posible concebir que haya podido existir un régimen que permita a las compañías en general, ejecutar su objeto social, y en consecuencia generar riqueza, sin contar con fuera de trabajo contratada directamente; menoscabando así, los derechos de los trabajadores". En este contexto, se observa que el actor Ramón Alfonso Coronel Poveda, aportó gran cantidad de prueba dirigida a demostrar y justificar la vinculación entre las compañías intermediarias y la usuaria, mientras que la demandada no ha logrado desvanecer con prueba pertinente lo contrario; en virtud del examen y apreciación probatorio que antecede, este Tribunal de Casación llega a la firme convicción de que efectivamente existen elementos suficientes para determinar la vinculación entre las empresas intermediarias MASFESA C.A., SUDEPER S.A, CASDASE S.A, PERCANEL CÍA. LTDA. y la compañía usuaria CERVEZAS NACIONALES C.A hoy CERVECERÍA NACIONAL CN C.A.

7.5.2.2. Si la compañía Cervecería Nacional CN S.A. es responsable solidaria de las obligaciones patronales de las empresas intermediarias. Ahora bien, una vez que se ha determinado la vinculación entre las partes, es necesario remitirse al marco jurídico aplicable y sus consecuencias; así la Constitución Política de la República de 1979, en su artículo 31 letra j), ordenaba: "(…) j) Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo, y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio es responsable solidaria del cumplimiento de las leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario (…)" norma vigente al inicio de la relación laboral 1992-. Similar disposición se contenía en el artículo 35 numeral 11 de la Constitución Política de 1998 vigente durante la relación laboral; adicionalmente el numeral 8 de la norma citada, establecía que los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las empresas, de conformidad con la ley. Con posterioridad, se incluyó normativa legal sobre la vinculación con el propósito del pago de utilidades para trabajadores de intermediarios, así el artículo 100 del Código del Trabajo vigente al año 2000 disponía: "(…) Utilidades para trabajadores de contratistas o intermediarios.- Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que desempeñen labores discontinuas, participarán en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio. Si la participación individual en las utilidades del obligado directo son superiores, el trabajador solo percibirá estas; si fueren inferiores, se unificarán directamente, tanto las del obligado directo como las del beneficiario del servicio, sumando unas y otras, repartiéndoselas entre todos los trabajadores que las generaron. No se aplicará lo prescrito en los incisos precedentes, cuando se trate de contratistas o intermediarios no vinculados de ninguna manera con el beneficiario del servicio, vale decir, de aquellos que tengan su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que por tal razón proporcionen el servicio de intermediación a varias personas, naturales o jurídicas no relacionados entre si por ningún medio. De comprobarse vinculación, se procederá en la forma prescrita en los incisos anteriores". El Decreto Ejecutivo No. 2166 de 05 de octubre de 2004, publicado en el Registro Oficial No. 442 de 14 de octubre del mismo año, en su artículo 10, asimismo establecía la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria sobre cumplimiento de las obligaciones laborales que correspondan a los trabajadores tercerizados con relación a las empresas de intermediación laboral. Es decir, la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias estuvo contemplada incluso mucho antes del inicio de la relación laboral entre la actora y las empresas intermediarias, y la vinculación entró en vigencia a partir del año 2000; a esto se debe sumar que la Norma Normarum vigente desde el 20 de octubre de 2008, ha previsto en el artículo 76 numeral 1 que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; en el artículo 82 ha previsto el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de

normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; y, en el artículo 326 que reconoce los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo, prevé en el numeral 2 que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario, mientras que en el numeral 3 se establece que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras; en definitiva, al presente caso son aplicables las disposiciones constitucionales y legales antes referidas. Es oportuno aclarar que la figura jurídica de la vinculación debe ser concebida integralmente en el marco del ordenamiento jurídico, tomando en consideración los principios del derecho al trabajo consagrados desde una perspectiva constitucional; es así que el artículo 31 letra j) de la Constitución Política de la República de 1979 -vigente al inicio de la relación laboral- y artículo 35 numeral 11 de la Constitución Política de la República de 1998 -vigente durante la relación laboral- , determinaban la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, en el presente caso las empresas intermediarias dejaron de existir como se evidencia de los documentos otorgados por la Superintendencia de Compañías, Registro de Sociedades que obran de fojas 219 a 222 del expediente, lo que bajo ningún concepto puede significar que los derechos laborales de los trabajadores/as sean conculcados por la extinción de aquellas compañías, caso contrario, los principios del derecho del trabajo se verían menoscabados por prácticas simuladas con el objeto de eludir las obligaciones patronales para con los trabajadores. Es por esto, que la vinculación dentro del marco legal y constitucional actuales, y el vigente al tiempo de inicio del vínculo laboral, no se la debe entender ni interpretar exclusivamente con relación al pago de un beneficio en concreto, sino que su influencia debe ser concebida de manera más amplia desde la perspectiva constitucional, en la generalidad de los derechos laborales del trabajador, justamente con el fin propender al efectivo cumplimiento del principio de protección, que a decir de Ángel Eduardo Gatti "(…) es más que un reconocimiento formal del significado trascendente del trabajo: (…) es un imperativo dirigido al legislador y a los operadores jurídicos todos, para que en la regulación de las relaciones laborales o en la aplicación de las disposiciones referentes a ellas prevalezca siempre el criterio de preservación del amparo al trabajador (…)" De lo analizado, resulta claro que los efectos de la vinculación deben ser aplicados considerando el conjunto de los beneficios otorgados por la legislación laboral. Si bien es cierto, a la fecha de inicio de la relación laboral, la intermediación y tercerización eran modalidades permitidas por nuestra legislación, esto no impedía la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, conforme lo contemplaba el articulo 31 letra j) de la Constitución Política de la República de 1979 -vigente al inicio de la relación laboral- y artículo 35 numeral 11 de la Constitución Política de la República de 1998 -vigente durante la relación laboral-; y es precisamente en virtud de ello que se determina la responsabilidad solidaria de la empresa Cervecería Nacional CN S.A., una vez que del examen sobre el acervo probatorio constante en el proceso, este Tribunal de Casación llega a la convicción sobre la existencia de la vinculación entre la empresa CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y las compañías MASFESA C.A., CASDASE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CÍA. LTDA.; es decir la responsabilidad solidaria es una consecuencia de la vinculación, considerando que aquella "es el instrumento más eficaz para impedir que se burlen los créditos de los trabajadores, empleando figura de interposición de personas o intermediación, subcontratación o contratación, o actos fraudulentos o simulados; o supuestos de segmentación de empresa; todas formas de evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales"; en definitiva, las obligaciones laborales subsistentes deben ser cumplidas por las compañías intermediarias o por las usuarias que se benefician de ellas; en este caso, comprobada la vinculación, resulta claro que quien debe cumplir con los beneficios incumplidos es Cervecería Nacional CN S.A., más aún si las empresas intermediarias dejaron de existir conforme ha quedado demostrado en el proceso.

7.5.2.3. La compañía Cervecería Nacional CN S.A. ¿debe satisfacer las pretensiones deducidas por el actor en su demanda? Una vez establecida la vinculación entre las compañías intermediarias MASFESA C.A., CASDASE S.A., SUDEPER S.A. y PERCANEL CÍA. LTDA. y la empresa usuaria Compañía de Cervezas Nacionales C.A., actualmente denominada CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., resulta necesario establecer si

proceden las pretensiones establecidas por el actor en el libelo inicial, para lo cual se realiza el siguiente análisis: a) Con relación al tiempo de servicios, y una vez que quedó establecida la vinculación laboral, se tiene como inicio de la relación laboral desde el 6 de julio de 1992 hasta el 3 de julio de 2009, conforme consta en el carné de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, esto es, 16 años, 11 meses y 25 días. b) En cuanto a la pretensión del actor de que se le reliquide el sueldo mensual por el periodo de enero de 2006 hasta julio de 2009, se evidencia que de fs. 21 a 22 obra del proceso el contrato de trabajo suscrito el dos de enero de 2006, entre Ramón Alfonso Coronel Poveda y la Compañía de Cervezas Nacionales C.A., en cuya cláusula séptima se estipula como remuneración un sueldo mensual de USD $ 169, más los beneficios de ley, estableciéndose que adicionalmente el empleador pagará al trabajador la cantidad de USD $ 584 "como anticipo a las utilidades del EMPLEADOR que de acuerdo con el Código de Trabajo le corresponden al TRABAJADOR…"; sin embargo, a fs. 23 consta el acta de finiquito suscrita entre las partes procesales, que en la cláusula primera, literal a) numeral dos, consta que el sueldo mensual del actor a la fecha de terminación de la relación de trabajo ha sido de USD $ 225, que coincide con las liquidaciones individuales y roles de pago (fs. 43-140 y fs. 141-143), en los que se lee "sueldo base $ 225"; la cantidad de $584 no se considera como parte de la remuneración, dado que se entiende como anticipo de utilidades al tenor de lo dispuesto en los artículos 102 y 108 del Código del Trabajo, mecanismo aceptado por nuestra legislación laboral; advirtiendo que si en su momento, el ex trabajador no estuvo de acuerdo con dicha forma de pago, tenía la potestad para iniciar el trámite administrativo que correspondía (visto bueno); sin embargo, no exteriorizó su inconformidad mediante los mecanismos establecidos por la ley respecto de la remuneración recibida, razón por la cual se niega la reliquidación y pago de diferencia de sueldos correspondientes al periodo de enero de 2006 al 3 de julio de 2009. c) Al no haber variado el valor del sueldo mensual reconocido en el acta de finiquito (USD $ 225) con el que se le calculó la décimo tercera remuneración, vacaciones y fondos de reserva, tampoco procede la petición de reliquidación solicitada por el accionante. d) Respecto a la reliquidación de la indemnización por despido intempestivo, se debe tomar en cuenta la última remuneración percibida por el trabajador por todo el tiempo laborado (artículo 188 del Código del Trabajo), se observa a fojas 134 del proceso en el rol de pagos correspondiente a junio de 2009, que la misma se integra por: USD $165,00 horas normales, USD $ 24,08 horas 25%; USD $ 40 horas al 100%; USD $ 22,50 horas feriado trabajado; USD $ 60 horas semana integral, lo que da un total de $ 316,58, valor que se tiene como última remuneración percibida, conforme lo contemplado en el artículo 95 del Código del Trabajo. Es así que: última remuneración USD $ 316,58 x 17 años de servicio = $5.381,86 USD $ 1.266,32 cancelados en el acta de finiquito, da como resultado una diferencia a cancelar en favor del actor de USD $ 4.115,54. e) En relación a la reliquidación por desahucio prevista en el artículo 185 del Código del Trabajo, se considera el 25% de la última remuneración mensual percibida por la parte actora; $316,58 x 25% = USD $ 79,15 x 16 (multiplicado por cada uno de los años de servicio prestados: 16) = USD $ 1.266,40 USD $ 237,44 cancelados en el acta de finiquito, da como resultado una diferencia de USD $ 1.028,96, valor que debe pagar la compañía demandada a favor de la parte actora. f) En lo relacionado con la pretensión del actor de que se le cancele la participación anual del 15% en las utilidades líquidas de la Compañía Cervezas Nacionales C.A., ahora Compañía Cervecería Nacional CN S.A., desde el 6 de julio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2005, se debe precisar los siguiente: 1.- Durante el período del 6 de julio de 1992 al 31 de diciembre de 2005, la parte actora no ha justificado el número de trabajadores por cada uno de los años correspondientes, información indispensable para el cálculo de utilidades de acuerdo al artículo 97 del Código del Trabajo. 2.- Con relación al periodo desde el 1 de enero de 2006 al 3 de julio de 2009, CERVECERÍA NACIONAL CN S.A (al tenor de lo verificado en las liquidaciones individuales y roles de pago que constan a fojas 43-143 del proceso), se evidencia que la empresa canceló a favor de la parte actora la cantidad de $584 mensuales por concepto de anticipo de utilidades, método que se encuentra contemplado en el artículo 108 del Código del Trabajo, siendo consecuentemente aceptado por nuestra legislación. Bajo el análisis antes expuesto, se niega la pretensión del accionante con relación a este beneficio.

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, en los términos de este fallo, casa la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 1 de marzo de 2016, las 09h42, por falta de motivación, y en su lugar conforme los considerandos que preceden, se acepta parcialmente la demanda y se dispone que Cervecería Nacional CN S.A., por intermedio de Roberto Mauricio Jarrín Tamayo, como su Presidente Ejecutivo y Representante Legal -quien compareció al proceso en la forma en que ha sido requerido-, pague en favor del actor Ramón Alfonso Coronel Poveda, la reliquidación de la indemnización por despido intempestivo (USD $ 4.115,54) y bonificación por desahucio (USD $ 1.028,96), cuyo cálculo consta en los literales d) y e) del numeral 7.5.2.3 de este fallo, rubros que ascienden a la suma total de CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO CON CINCUENTA CENTAVOS (USD $ 5.144,50). Con costas a cargo de la parte accionada. En el 5% del valor total de la liquidación se fijan los honorarios profesionales de la defensa del actor. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley de Casación, se dispone devolver la caución al demandado. Actúe el Secretario/a Relator/a Encargado/a. **Notifíquese y Devuélvase.-**

f) Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Teresa Delgado Viteri, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, JUEZA NACIONAL.

IX

Juicio Nro. *09359-2015-02173*
Resolución Nro. *0618-2019*
Fecha: *martes 16 de septiembre de 2019*

TEMA: 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 por despido intempestivo prevista en los Arts. 188 y 185 del Código del Trabajo.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor manifiesta que laboró para la demandada, desde el 03 de octubre del 2011, hasta el 14 de febrero del 2014 en que fue notificado con la terminación del Contrato, constituyéndose el despido intempestivo. Por su parte los accionados proponen incompetencia del juzgador en razón de materia ya que mantuvo una con el trabajador un contrato civil. Constan del proceso Certificación de la Resolución 11-06-143 de la Escuela Superior Politécnica del Litoral, Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, Contrato Eventual de jornada parcial, Sentencias, Facturas, comprobantes de retención, Historia laboral, Roles de pago, Consulta consolidada de planillas, entre otros…Siendo como traba de la litis el despido intempestivo del trabajador y habiendo recibido como contestación a la demanda la excepción de incompetencia de este juzgador en razón de materia, y del estudio del proceso se puede observar que: 1) El actor en su libelo de demanda ha reconocido que suscribió con el hoy accionado contrato de prestación de servicios, que recibía su remuneración por medio de facturas. 2).-Del proceso, obra Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, asimismo de la lectura de dicho contrato en su cláusula Cuarta se denomina" Honorarios Profesionales", mientras que en su cláusula Quinta determina que la naturaleza de este contrato es civil, y finalmente en su cláusula Cuarta la jurisdicción es sometida a un Tribunal Arbitral, entre ellos la cámara de Comercio de Guayaquil. 3).- facturas por los servicios profesionales prestados de los que se puede observar que la cantidad de pago es variable. Siendo evidente que durante lapso del tiempo entre el 19 de noviembre del 2011 hasta septiembre del 2013 aproximadamente, el actor prestó sus servicios profesionales mediante contrato de naturaleza civil, resultando incompetencia de este juzgador en resolver la controversia en aquel periodo.- Referente al periodo comprendido entre el 01 de noviembre del 2013 hasta el 28 de febrero del 2014, se puede establecer que existe relación laboral aplicada conforme al Art. 8 del Código de Trabajo, y conforme se desprende de la Ultima hoja Contrato Eventual de Jornada Parcial; el actor se encuentra afiliado por la accionada, desde noviembre del 2013 hasta febrero del 2014, lo cual guarda sindéresis con los avisos de entrada y salida del trabajador, asimismo mediante confesión judicial rendida por el actor al ser interrogado en la pregunta 8.-¿ Diga el confesante como es verdad que usted en el periodo comprendido desde el 01 de noviembre del 2013 hasta el 28 de febrero del 2014, trabajo mediante contrato de trabajo parcial en la Escuela de Conductores Profesionales Espol EP? Responde: Si. Siendo competente este juzgador….Se constata la afiliación del IESS,

lo cual guarda sindéresis con los avisos de entrada y salida del trabajador, asimismo mediante confesión judicial rendida por el actor, de la liquidación, el actor ha reconocido en el libelo de su demanda que no ha suscrito el acta de finiquito por ser contraria a sus derechos, ni tampoco está haya sido impugnada por lo que no procede el pago por despido intempestivo puesto que la relación laboral culminó por terminación del contrato, asimismo no procede la indemnización al Art. 185 puesto que no existe un año completo laborado, ni demás haberes sociales por no impugnar el Finiquito de los valores emitidos al Ministerio de Trabajo, del cual el actor ha reconocido con estar conforme con dicho valores, en cuanto a la indemnización prevista en el Art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades reclamada por el acciónate se la deniega por cuanto no existir prueba alguna que haga colegir a este juzgador que el accionado haya tenido conocimiento de que el actor haya tenido a su cargo una persona con discapacidad.-Por lo antes expuesto el juez de primera instancia declara SIN LUGAR la demanda propuesta por actor.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

Por su inconformidad con la resolución del Juez de primera instancia, el actor interponte recurso de apelación y adhesión por la parte accionada. Durante su tiempo de servicios no se le pago décimo tercera remuneración, décimo cuarta remuneración, fondo de reserva, no ha gozado de vacaciones pagadas, excepto la parte proporcional del décimo tercer sueldo del 1 al 30 de noviembre del 2013, que se pagó en diciembre del 2013. Demanda también la indemnización por despido injustificado establecido en el segundo inciso del Art. 51 de la Ley Orgánica de discapacidades(18 meses de remuneración) por cuanto tiene a su cargo la manutención de su hija. De la revisión de los recaudos procesales se observa que la relación laboral terminó por el plazo de duración dispuesto en el contrato eventual de jornada parcial firmado por las partes, así también al trabajador le fue notificado en legal y debida forma la conclusión de la relación laboral, en el cual se le indica que su liquidación la deberá retirar en el Ministerio de Relaciones laborales, además que dicho documento de finiquito no fue impugnado en este libelo, en consecuencia, no es procedente el pago de los rubros solicitados por el actor de este proceso referente a los artículos 188 y 185 del Código de trabajo.- Respecto al reclamo que realiza el accionante por concepto de la indemnización que establece el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. No obra de autos que la parte empleadora, conociera que el ex trabajador tenía a su cargo una persona con discapacidad, por lo tanto, se niega dicha pretensión.- Por las consideraciones expuestas el Tribunal de Alzada, RESUELVE: CONFIRMAR, en los términos de este fallo, la sentencia dictada por el Juez de primer nivel, que declaró SIN LUGAR la demanda presentada por el actor.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconforme con la sentencia de apelación, el actor propone recurso de casación, siendo aceptado a trámite por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. En lo principal de su recurso manifiesta, que los señores jueces de la Sala de apelación, han infringido las siguientes normas de derecho, artículos: 115 del Código de Procedimiento Civil; 326 numeral 2 y 327 de la Constitución de la República; 188 y 185 del Código del Trabajo; 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Del análisis realizado, han confluido los elementos constitutivos del contrato individual de trabajo a los que se refiere el artículo 8 del Código del Trabajo, siendo estos: la prestación de un servicio lícito y personal; la

dependencia o subordinación a las órdenes o disposiciones de quien cumple la función de empleador y la remuneración o pago, de quien beneficiándose del servicio debe retribuirle al trabajador. Siendo uno de los elementos primordiales para la existencia de la relación de tipo obrero-patronal, la dependencia laboral, la cual se ha demostrado en el presente caso in examine conforme ha quedado analizado ut supra, misma que:" es una dependencia jurídica, es decir, la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra, con la contraprestación de recibir una remuneración bajo subordinación del empleador que adquiere además el derecho de darle órdenes y de dirigirle el trabajo con la contraprestación de recibir una remuneración." , por las consideraciones expuestas, se advierte que el accionante ha mantenido una relación de tipo obrero-patronal con su empleador, desde el 17 de noviembre de 2011 hasta el 28 de febrero de 2014, siendo su última remuneración USD.(….), la que ha sido ininterrumpida, aclarándose en este punto que el contrato eventual de jornada parcial suscrito entre las partes, con una duración de 120 días contados desde el 01 de noviembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2014, no quita la estabilidad del trabajador, en tanto el contrato de servicios profesionales no surte los efectos ahí señalados, ya que como se ha indicado de aquel únicamente se desprende que existió una relación laboral y no de prestación de servicios profesionales, por lo que la relación entre las partes se convirtió en indefinida, gozando de estabilidad en su puesto de trabajo; sin embargo su empleador desconociendo dicha estabilidad, notifica con la terminación de la relación laboral, configurándose de este modo el despido intempestivo alegado por el accionante, por lo que le asiste el derecho a beneficiarse de la indemnización prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo, así como la bonificación por desahucio establecida en el artículo 185 ibídem. Por consiguiente, corresponde pronunciarse respecto de las pretensiones consignadas en el libelo inicial, así tenemos: Al haberse justificado el despido intempestivo del que fue víctima el actor conforme se analizó anteriormente en esta sentencia, le corresponde: 1. Indemnización por despido intempestivo, Bonificación por desahucio 3. Respecto a la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades," adicionalmente de la indemnización legal correspondiente, el tribunal de casación, observa, que el accionante ha demostrado haber sido sujeto de despido intempestivo, así como, tener a su cargo la manutención de su hija, quien de conformidad con el carné emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, tiene una discapacidad intelectual del 76%, correspondiéndole por tanto al accionante 18 meses de la mejor remuneración percibida, para cuyo efecto se toma como mejor remuneración la constante del proceso. En cuanto a la decimotercera remuneración correspondiente a todo el tiempo de servicios prestados, décima tercera y décimo cuarta remuneración.- Vacaciones no gozadas durante la relación laboral. Respecto a los fondos de reserva a los que se refiere el artículo 202 del Código del Trabajo, éstos proceden únicamente en el periodo en que su empleador no afilió al trabajador en el IESS. Por la motivación que antecede, el Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09359-2015-02173

Juez Ponente: Dr. Alejandro Arteaga

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL.-

Quito, lunes 16 de septiembre del 2019, las 15h41, **VISTOS:** Agréguese el escrito presentado por la parte demandada. En el juicio laboral seguido por Lenyn Cerbantes Gallegos Zurita en contra de la Escuela de Conductores Profesionales ESPOL E.P. (CONDUESPOL), en la persona de su gerente general ingeniero Mauricio Sebastián Rojas Saona y la directora de talento humano ingeniera Rayza Macías, por sus propios derechos y por responsabilidad solidaria; el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dicta sentencia el 21 de marzo de 2018, las 15h47, que resuelve confirmar la subida en grado, que declaró sin lugar la demanda. Inconforme con esta decisión, el actor propone recurso de casación, siendo aceptado a trámite por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por el Conjuez Nacional de la Sala de lo Laboral, mediante auto de fecha 04 de septiembre de 2018, las 09h18. Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera**:**

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 01-2018 de fecha 26 de enero de 2018 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 No. 38 de 17 de julio de 2013, en relación con la Resolución No. 04-2017, publicada en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial No. 962 de 14 de marzo de 2017. 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 Alejandro Arteaga García, Juez Nacional (e) Ponente, quien actúa en atención al oficio No. 1162-SG-CNJ de 21 de junio de 2019; doctora Katerine Muñoz Subía, Jueza Nacional; y, doctora María Consuelo Heredia Yerovi, Jueza Nacional.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN El actor con fundamento en la causal tercera, manifiesta en su recurso, que los señores jueces de la Sala de apelación, en la sentencia impugnada, han infringido las siguientes normas de derecho, artículos: 115 del Código de Procedimiento Civil; 326 numeral 2 y 327 de la Constitución de la República; 188 y 185 del Código del Trabajo; 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

III. 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 por 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, tiene como finalidad 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.

IV CONCEPTUALIZACIÓN DE 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 los juzgadores deben hacerlo sustentados 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 frente a la sentencia impugnada, y confrontarla con el ordenamiento jurídico vigente, limita su análisis a las acusaciones efectuadas al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

5.- ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN PROPUESTO:

5.1.- CAUSAL TERCERA.- Con cargo a esta causal el recurrente acusa, que el 03 de octubre de 2011 ingresó a laborar en la Escuela de Conductores Profesionales ESPOL EP (CONDUESPOL), siendo chofer profesional por lo que siempre fue trabajador amparado en el Código del Trabajo, sin embargo el 28 de noviembre de 2011, se le hizo suscribir un contrato de prestación de servicios profesionales, en cuya cláusula segunda se dice que: "el contratante contrata los servicios lícitos y personales de él profesional con el fin de que se desempeñe como docente en la materia de **PRACTICA DE CONDUCCIÓN";** no obstante, en la cláusula cuarta se habla de honorarios profesionales y en la cláusula quinta se dice, que en vista de que el presente contrato es de naturaleza civil, el contratante no tendrá ninguna relación laboral con el profesional, por lo que no se entienden incorporadas al presente contrato las disposiciones del Código del Trabajo ni las demás relativas a este tipo de relaciones. Lo que a criterio del casacionista constituye una clara renuncia de los derechos del trabajador que contraviene el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República y artículo 4 del Código del Trabajo, a más de una abierta violación del artículo 327 de la Constitución de la República. Que el 01 de noviembre de 2013 su empleador le hace suscribir un contrato de jornada parcial como instructor de práctica de conducción. Que en la cláusula quinta de este contrato se establece un plazo de 120 días, lo que es totalmente improcedente puesto que mantenía una relación laboral por más de dos años que era por tiempo indefinido, mismo que se habla de contrato de jornada parcial no previsto en nuestra legislación, estableciendo un horario de 18h00 a 22h00 de lunes a viernes. Que el empleador le obligó a facturar para pagarle, el promedio de la remuneración mensual de USD. 515,41. Que en forma improcedente, puesto que viene laborando desde octubre de 2011, en la cláusula quinta se fija un plazo de 120 días a contarse desde el 01 de noviembre de 2013 hasta 28 de febrero de 2014, con un periodo de prueba de 90 días, lo que es totalmente ilegal por contravenir los artículos 14 y 15 del Código del Trabajo, ya que considera su relación laboral era por tiempo indefinido. Añade, que el 14 de febrero de 2014, recibió un memo ECPE-DTH-011-2014 de 13 de febrero de 2014, dirigido a su persona a través del cual la directora de talento humano de la escuela de conductores profesionales ESPOL, le despide intempestivamente, pretendiendo desconocer su tiempo de servicios de 03 de octubre de 2011 a 31 de octubre de 2013, durante el cual, para evadir sus obligaciones patronales, el empleador le hizo facturar para pagarle sus remuneraciones. Finalmente alude, que tiene a su cargo la manutención de su hija Tanya Belén Gallegos Ruiz, C.I. 0930889753, nacida el 17 de diciembre de 1994, conforme el certificado de nacimiento que acompaña, quien tiene una discapacidad intelectual del 76 %. Luego de citar lo señalado por el tribunal en el considerando sexto de la sentencia recurrida, señala que a más de contradictorio lo dicho, pues de una parte se admite que la relación laboral no es motivo de controversia y luego se niega un período de la misma, constituye un error de valoración de la prueba, en la que se viola el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha incidido en que no se apliquen los artículos 185 y 188 del Código del Trabajo, y artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades al declarar sin lugar su demanda.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO: El problema jurídico a dilucidar al amparo de la causal tercera, consiste en establecer si la relación jurídica existente entre los contendientes desde noviembre de 2011 al 31 de octubre de 2013, es de tipo obrero patronal o por prestación de servicios profesionales; y no únicamente la comprendida entre noviembre de 2013 a febrero de 2014**.**

6.- RESPECTO DE LA CAUSAL TERCERA.- 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.

6.1.- EXAMEN DEL CARGO.- Sobre las impugnaciones formuladas por el recurrente se precisa: a) El tribunal ad quem en el considerando **SÉPTIMO** del fallo impugnado argumenta: "[…] **1.-** El actor en su demanda expresa que prestó sus servicios para la accionada desde el 3 de octubre del 2011 hasta el 28 de febrero del 2014. **2.-** De fs. 34 y 35 obra de autos contrato de prestación de servicios profesionales con fecha 19 de noviembre del 2011, siendo la materia del mismo el área Civil y no Laboral, conforme reza en la cláusula **QUINTA,** y, en la cláusula **OCTAVA,** se establece la **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA,** que determina que, cualquier controversia directa o indirecta que se origine, será sometida a un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros de entre los calificados por la Cámara de Comercio de Guayaquil.- **3.-** De fs. 38 a 40 obra de autos contrato eventual de jornada parcial, con fecha 1 de noviembre del 2013. **4.-** De fs. 257 y 258 consta Aviso de Entrada y Salida del trabajador de la Seguridad Social con fecha de inicio de la relación laboral 1 de noviembre del 2013 y término de la misma: 28 de febrero del 2014, cuya causal es terminación del contrato. Para los efectos legales pertinentes se tomará en cuenta como fecha de inicio de la relación laboral el 1 de noviembre del 2013 y terminación 28 de febrero del 2014, no correspondiendo analizar el tiempo durante el cual el actor de este proceso prestó sus servicios profesionales para los hoy accionados, por cuanto este tribunal no es competente en razón de la materia a la cual se sujetó el actor al firmar el contrato obrante de fs. 34 y 35.- […]" (énfasis añadido); examen al acervo probatorio que resulta contrario a los principios que rigen en el derecho laboral, tales como: principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, garantizado en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, que dice: " Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.", pues precisamente al haber reclamado el accionante, que la relación laboral inició en el año 2011 como trabajador y no por servicios profesionales, correspondía al tribunal de instancia examinar el contrato de servicios profesionales y sus cláusulas en observancia de lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, norma que por un lado impone a los jueces la obligatoriedad de valorar los medios probatorios incorporados al proceso a la luz de las reglas de la sana crítica, mismas que 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 otro, que la prueba sea vista como un todo, en aplicación del "principio de unidad de la prueba", que en palabras de Jaime Azula Camacho, tiene importancia en la medida en que "al juez le corresponde dar por establecidos los hechos en relación con los cuales exista armonía o concordancia entre los distintos medios probatorios"; para verificar de ese modo, si de aquel contrato de servicios profesionales, se desprende que lo que ha existido entre las partes es una relación laboral en los términos previstos en el artículo 8 del Código del Trabajo como alude el actor o una prestación de servicios profesionales, ya que en materia laboral rige el principio de primacía de realidad, el cual supone que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que conste de documentos o acuerdos, debe estarse a lo primero, esto es, que: "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 del servicio y es esta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia." (énfasis añadido), en consecuencia al verificarse el yerro en apreciación probatoria acusado por el casacionista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se dicta la sentencia que

corresponde: **b)** El contrato de servicios profesionales suscrito por el accionante y la empresa demandada Escuela de Conductores Profesionales ESPOL EP, constante en el cuaderno de primera instancia a fs. 34-35, en la cláusula primera establece, que se contrata al ahora accionante como "Docente de la materia de práctica de conducción", actividad en la que existe un predominio de lo manual por sobre lo intelectual, siendo la actividad principal enseñar el manejo o conducción de vehículos a sus estudiantes, no tratándose de aquellas que puedan catalogarse como prestación de servicios profesionales, pues estos suponen proporcionar determinados servicios calificados que requieren de preparación técnica y de un título profesional. Así el artículo 2022 del Código Civil, respecto al contrato de servicios profesionales, establece que: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.", cuestión que no encuadra en la actividad que ha cumplido el accionante, por lo que de ningún modo puede concebirse que se trata de un contrato por servicios profesionales aun cuando así se haya titulado a dicho documento, simulando a través de un contrato de orden civil la existencia de un contrato de trabajo, por lo que debe estarse en el presente caso a lo que ocurre en la práctica y no a lo que conste de documentos, en observancia del principio de primacía de la realidad; en el referido contrato, se verifica también la cláusula tercera denominada **"OBLIGACIÓN ESPECIAL",** que en lo principal dice: **"El PROFESIONAL** deberá acudir a las instalaciones de la Escuela de Conductores Profesionales **ESPOL ECPE E.P**. ubicada en, km. 30.5 vía perimetral, séptima avenida 100, contigua a la Cdla. Sta. Cecilia (Campus "Gustavo Galindo Velasco") Guayaquil, Provincial del Guayas, todos los días, desde donde cumplirá con las obligaciones que se deriven del presente contrato. Adicionalmente, **EL PROFESIONAL** deberá acudir, a las entidades, organismos, instituciones, empresas y demás localidades relacionadas o vinculadas con los servicios que se obliga a prestar mediante el presente contrato. No obstante, en virtud de los servicios que **EL PROFESIONAL** se obliga a prestar, deberá acudir a las oficinas de **EL CONTRATANTE** o de cualquier órgano, institución, o empresa si esto es necesario para dar cumplimiento al presente Contrato"; asimismo se ha fijado en la cláusula cuarta del mismo contrato, que la empresa demandada, se obliga al pago de cinco dólares por cada hora trabajada, que será cubierto dentro de los dos primeros días laborables del siguiente mes al causado o vencido; en la cláusula séptima, se ha estipulado como plazo de duración de cinco meses a partir de su suscripción, esto es desde noviembre de 2011, lo que da cuenta razonada de que se trata de un trabajador sujeto a las disposiciones del Código del Trabajo. Lo que se corrobora con el contrato de trabajo de jornada parcial permanente suscrito entre el actor y la empresa pública demandada, constante a fs. 38 del cuaderno de primer nivel, en el que fija como inicio de labores bajo esta modalidad contractual desde el 01 de noviembre de 2013 hasta 28 de febrero de 2014, en calidad de **"INSTRUCTOR DE PRÁCTICA DE CONDUCCIÓN",** con una remuneración de USD. 268.50, es decir, con el mismo cargo bajo el que se le contrató por servicios profesionales; del mismo modo, obra a fs. 215 del cuaderno de primera instancia, el certificado laboral emitido por la ingeniera Rayza Macías R., Talento Humano, de fecha 19 de junio de 2014, que en la parte pertinente expresamente dice: "[…] Que el Sr. Gallegos Zurita Lenyn Cerbantes con C.C. 0201329984, se desempeñó en el cargo de **INSTRUCTOR DE PRACTICA DE CONDUCCIÓN** de esta Institución desde: * Contrato por servicios profesionales desde el 09 de noviembre de 2011 hasta el 31 de octubre de 2013. * Contrato de relación de dependencia desde el 01 de noviembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2014. Dentro de sus funciones básicas se encontraban: **3.** Instruir en la práctica de conducción a los estudiantes de los cursos de licencia C. […]", verificándose que en el presente caso, han confluido los elementos constitutivos del contrato individual de trabajo a los que se refiere el artículo 8 del Código del Trabajo, siendo estos: la prestación de un servicio lícito y personal; la dependencia o subordinación a las órdenes o disposiciones de quien cumple la función de empleador y la remuneración o pago, de quien beneficiándose del servicio debe retribuirle al trabajador. Siendo uno de los elementos primordiales para la existencia de la relación de tipo obrero-patronal, la dependencia laboral, la cual se ha demostrado en el presente caso in examine conforme ha quedado analizado ut supra, misma que: "es una dependencia jurídica, es decir, la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra, con la contraprestación de recibir una remuneración

bajo subordinación del empleador que adquiere además el derecho de darle órdenes y de dirigirle el trabajo con la contraprestación de recibir una remuneración.", por las consideraciones expuestas, se advierte que el accionante ha mantenido una relación de tipo obrero-patronal con su empleador, desde el 17 de noviembre de 2011 hasta el 28 de febrero de 2014, siendo su última remuneración USD. 495.04 (historia laboral del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, fs. 212 del cuaderno de primer nivel), la que ha sido ininterrumpida, aclarándose en este punto que el contrato eventual de jornada parcial suscrito entre las partes, con una duración de 120 días contados desde el 01 de noviembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2014, no quita la estabilidad del trabajador, en tanto el contrato de servicios profesionales no surte los efectos ahí señalados, ya que como se ha indicado de aquel únicamente se desprende que existió una relación laboral y no de prestación de servicios profesionales, por lo que la relación entre las partes se convirtió en indefinida, gozando de estabilidad en su puesto de trabajo; sin embargo su empleador desconociendo dicha estabilidad, notifica con la terminación de la relación laboral a través del memorando ECPE-DTH-011-2014, con fecha 13 de febrero de 2014 (fs. 216 del cuaderno de primer nivel), que en lo principal señala: "Por medio del presente se le notifica que el próximo 28 de febrero de 2014, fecha en que finaliza su contrato de jornada parcial, NO se va a proceder a la renovación del mismo, en vista que la Institución no considera pertinente seguir contando con sus servicios por los hechos ocurridos según el MEMO-ECPE-LOG-001-2014; […]", configurándose de este modo el despido intempestivo alegado por el accionante, por lo que le asiste el derecho a beneficiarse de la indemnización prevista en el artículo 188 del Código del Trabajo, así como la bonificación por desahucio establecida en el artículo 185 ibídem. Por consiguiente, corresponde pronunciarse respecto de las pretensiones consignadas en el libelo inicial, así tenemos: Al haberse justificado el despido intempestivo del que fue víctima el actor conforme se analizó anteriormente en esta sentencia, le corresponde: **1.** Indemnización por despido intempestivo (art. 188 CT): USD. 495.04 x 3 = USD. 1.485,12; **2.** Bonificación por desahucio (art. 185 CT) USD. 123.76 x 2 = USD. 247.52; **3.** Respecto a la indemnización del artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, que dice: "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. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional." (énfasis añadido), este tribunal observa, que el accionante ha demostrado haber sido sujeto de despido intempestivo, así como, tener a su cargo la manutención de su hija Tanya Belén Gallegos Ruiz (fs. 2), quien de conformidad con el carné emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, tiene una discapacidad intelectual del 76%, correspondiéndole por tanto al accionante 18 meses de la mejor remuneración percibida, para cuyo efecto se toma como mejor remuneración la constante de fs.134-136, USD. 842.24 x 18 meses = USD. 15.160,32.- Es de suma importancia, señalar que al tratarse la decisión sobre una prerrogativa que indirectamente afecta el ejercicio de derechos de la niña considerada parte del grupo de atención prioritaria acorde al artículo 35 de la Constitución de la República, no solo por su condición de discapacidad sino también por su rango etario, se encontraba en una situación de doble vulnerabilidad y, consecuentemente, requería que la autoridad jurisdiccional actúe en atención al interés superior del niño, es decir en armonía con lo establecido en el artículo 44 ibídem. En el caso sub judice, resulta sustancial detenernos a razonar sobre la relación que tiene el derecho reconocido en el artículo 51 LOD respecto a la niña con discapacidad que se encuentra bajo el cuidado y protección del trabajador, pues así observamos que la disposición normativa se dirige a garantizar el derecho a la niña a ser cuidada y protegida por sus padres conforme se desprende del artículo 18 numeral 2 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad que señala: "Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su

nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.", en este mismo sentido lo prevé también el artículo 7 numeral 1 de la Convención de Derechos del Niño, lo cual ha sido recogido por el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia. Las disposiciones anteriormente referidas, guardan sentido con el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades por cuanto en esta norma se pretende dotar de una protección especial a aquel trabajador que tuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad y que ha sido despedido de forma injustificada, en el caso concreto, el trabajador despedido es padre de una niña con discapacidad. Parentesco que, a su vez, le exige cumplir con su obligación de cuidado de sus hijos conforme el interés superior del niño según lo determinado en el artículo 18 de la Convención de Derechos del Niño y en el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia. Esta obligación de cuidado, así como la garantía de estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 51 LOD, posibilitan el desarrollo del primer inciso del artículo 44 de la Constitución de la República: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas". Ya que, el ejercicio del derecho al trabajo y sus garantías en torno a la relación de filiación padre e hija con discapacidad, en este caso, hacen efectivo el desarrollo integral de la niña en situación de doble vulnerabilidad, acorde a su interés superior. Es importante recalcar, que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante las observaciones generales, entre ella la 18, permiten dilucidar el alcance de varios de sus derechos, entre ellos, el derecho al trabajo contenido en su art. 6, se señala que "es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia […]". Resumidamente, el ejercicio del derecho al trabajo beneficia no únicamente al trabajador sino a su familia, lo cual debe ser garantizado por el Estado ecuatoriano, y más aún si la contienda legal se circunscribe a un derecho que beneficia indirectamente a una niña con discapacidad, con este último elemento: trabajador despedido que tiene a cargo la manutención de una hija menor de edad con discapacidad, resulta obligatorio para la autoridad judicial actuar conforme el interés superior al momento de resolver el caso puesto en su conocimiento, con el fin de alcanzar una resolución adecuada . Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño. En tal sentido, debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños existe para el Estado durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados". En concordancia la Corte Constitucional al analizar el artículo 51 de la LOD, ha manifestado que el derecho constitucional al trabajo se encuentra en conexión con el derecho del hijo a recibir atención prioritaria, reconocidos en los artículos 33 y 35 de la norma suprema, a su vez el órgano constitucional reconoce que "[…] las normas de derecho, dictadas en aplicación de los derechos y garantías constitucionales y de las que proviene de tratados internacionales en derechos humanos, reconocen una protección especial a las personas con discapacidad severa y quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, conviviente en unión de hecho o progenitor con un grado severo de discapacidad, en una modalidad de terminación laboral". Es decir, el análisis realizado por el tribunal de alzada, no puede agotarse en el derecho del trabajador, sino que debe integrar, como parte de la reflexión, como efectivamente se lo está haciendo, el interés superior del niño con discapacidad que se encuentra bajo el cuidado de su padre o madre o cualquiera que tenga la responsabilidad de protección y garantía de sus derechos, en torno al reconocimiento del derecho a la indemnización por despido injusto contemplado en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Cabe precisar que acorde al artículo 11 del Código de Niñez y Adolescencia, el interés superior del niño es un principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de derecho de los niños 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", por lo tanto, los jueces estamos obligados a aplicar dicho

principio. **4.** En cuanto a la decimotercera remuneración correspondiente a todo el tiempo de servicios prestados, se observa que al haberse determinado la relación laboral entre las partes, se invierte la carga de la prueba correspondiendo al demandado demostrar el cumplimiento de sus obligaciones patronales, en atención a lo dispuesto en el artículo 42 numeral 1 del Código del Trabajo, cuestión que no lo ha hecho, por lo que se dispone su pago, para cuyo efecto respecto del periodo comprendido entre 17 de noviembre de 2011 a octubre de 2013, se toma como remuneraciones percibidas las constantes en las facturas que han sido canceladas al trabajador, las mismas que no pueden ser concebidas como honorario profesional sino como remuneración, y respecto de noviembre de 2013 a febrero 2014, las constantes en las planillas de la historia laboral del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, así tenemos: décima tercera remuneración período proporcional de 09 a 30 de noviembre de 2011 = 25.48 (fs. 47 del cuaderno de primera instancia); diciembre 2011 a noviembre de 2012 = USD. 489.18; diciembre de 2012 a noviembre de 2013 = USD. 533.45; diciembre de 2013 a 28 de febrero de 2014 = USD. 103.57 TOTAL: USD. 1.151,68. **5.** Decimocuarta remuneración correspondiente periodo 17 de noviembre de 2011 a febrero de 2014 = USD. 744.78. **6.-** Vacaciones no gozadas durante la relación laboral USD. 581.55 (no procede el recargo previsto en el artículo 74 del CT, ya que la labor desempeñada por el accionante no se trata de aquellas que puedan ser consideradas técnicas o de confianza). **7.** Respecto a los fondos de reserva a los que se refiere el artículo 202 del Código del Trabajo, éstos proceden únicamente en el periodo en que su empleador no afilió al trabajador en el IESS, esto es desde 17 de noviembre de 2012 a octubre de 2013, correspondiéndole la cantidad de USD. 533.45 + 50% recargo USD. 266.72 = USD. 800.17 + 6% de interés anual que será calculado por el juez de primer nivel al momento de ejecutar la sentencia. SUMA TOTAL: USD. 20.171,14. 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 la sentencia emitida por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 21 de marzo de 2018, y en su lugar dispone que la empresa demandada Escuela de Conductores Profesionales ESPOL E.P. (CONDUESPOL), a través de su representante legal, pague al accionante la cantidad de **VEINTE MIL CIENTO SETENTA Y UN DOLARES DE LO ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA** con 14/100 ctvs. (USD. 20.171,14). Con intereses respecto de los rubros que los generan de conformidad con lo que disponía el artículo 614 del Código del Trabajo, vigente a la fecha en que concluyó la relación laboral entre las partes. Sin costas por tratarse de una empresa pública.- **Notifíquese y devuélvase.**
f) Dr. Alejandro Arteaga García, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE); Dra. Katerine Muñoz Subía, JUEZA NACIONAL; y, Dra. María Consuelo Heredia Yerovi, JUEZA NACIONAL.

Gaceta Judicial

año 2019

SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 17230-2016-06352
Resolución Nro. 0201-2019
Fecha: 23 de septiembre del 2019

TEMA: Daño moral: La ponderación del monto por indemnización de daño moral debe atender a la gravedad del daño, atendiendo al carácter meramente reparador, mas no sancionador.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor manifiesta que mantenía una cuenta corriente en la entidad demandada, la cual procedió al pago de un cheque falsificado por el monto de $54.800.000,00 (cincuenta y cuatro millones ochocientos mil sucres), sin que existieran los fondos necesarios, para lo cual inclusive se le dio un sobregiro de diez millones, sin su conocimiento ni consentimiento, por lo cual ha sido" víctima de una infamia oprobiosa, ocasionada por la negligencia, imprevisión, ligereza y hasta complicidad interna de los empleados y funcionarios del Banco. Que el Banco jamás le entregó el cheque para realizar un peritaje y que la entidad alegó que el cheque se extravió, por lo cual un Juez de lo Civil, mediante sentencia, ordenó el pago de los $54.800.000,00 sucres al actor. Que además se le reportó en la central de riesgos, buró en el que permaneció injustamente durante dieciséis años. Que estas acciones le provocaron grave daño moral y deterioro de su calidad y proyecto de vida. Solicita el pago de tres millones de dólares como indemnización, además pide se publiquen disculpas públicas por tres días seguidos en un diario de amplia circulación; y el pago de honorarios de su abogado patrocinador.

Al analizar las pruebas, contestación a la demanda, excepciones planteadas, se acepta parcialmente la demanda, y considerando el tiempo que el actor estuvo en central de riesgos por 15 años, 11 meses, y semana (5821 días), ordena el pago de mil dólares por año, lo cual da una suma de USD $16.000,00 por el daño causado.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

El actor y la entidad demandada apelan la sentencia de primer nivel.

El actor manifiesta que la sentencia carece de motivación y lógica, que es incongruente y arbitraria, que solo se condena a la entidad y no a su representante legal quien también fue demandado por sus propios derechos, como ejecutor de los hechos del daño moral; y que la suma ordenada es" indignante e ínfima. Que la sentencia atenta contra el principio de igualdad procesal, ya que en otros casos la reparación por daño moral ha sido superior.

La entidad demandada sostiene que en ningún caso el daño moral puede ser" fuente ilícita (injusta)" de enriquecimiento. Que el actor no ha probado el daño moral ni daño a su honra. Que el sobregiro fue producto de la devolución de un cheque. Por último manifiesta que no se tomó en cuenta el informe de auditoría pero sí el informe psicológico, el cual era oscuro.

El tribunal de apelación rechaza los recursos de apelación de las dos partes y confirma en su totalidad la de primera instancia.

SÍNTESIS CASACIÓN

Inconformes con la resolución, el actor y la entidad demandada presentan recurso de casación.
***Recurso de la entidad demandada*:**
Con fundamento en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, considera que existió errónea interpretación del artículo 2235 del Código Civil, que la correcta interpretación de la perpetuación del acto, se debe al artículo 2235 del Código Civil, siendo la fecha en la que se consumó el acto, que en este caso sería el año 1997. Que el tiempo debe contarse desde que se reportó al cliente en la Central de Riesgos, por lo que existe prescripción de la acción.
La Sala concuerda con el tribunal de apelación, manifiesta que no existe la prescripción ya que se trata de una acción prolongada por dieciséis años, que estaba en manos del Banco terminar y que no lo hizo pese a la evidencia de su ilegitimidad. Por lo que rechaza el cargo
Recurso del actor:
Fue admitido parcialmente por la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. Alega que se pretende deja sin valor su cuantificación del daño moral, ya que no se ha tomado en cuenta la reparación del daño ocurrido por la negligencia del Banco al haberlo mantenido por dieciséis años en la Central de Riesgos, lo que le imposibilitó de ejercer actividades económicas relacionadas con su negocio. Que la suma ordenada da un valor de $3,65 dólares diarios, lo cual es humillante y no se compadece con el daño sufrido, y que la cuantificación no es lógica a que no se explica sobre qué base se estableció el monto. La Sala señala que el daño consistió en el reporte a la Central de Riesgos y Buró de Crédito por el lapso de dieciséis años, aun cuando en otro proceso se declaró extinguida la obligación y se mantuvo al actor como deudor de un sobregiro del cual no tuvo responsabilidad, sino de la institución bancaria. El hecho probado causó angustia y humillación pública. Añade que para llegar a un cálculo ponderado se necesita un punto referencial para establecer la reparación económica, considera que el actor no dejó de producir completamente. Bajo estos parámetros, considerando que la ponderación del monto por indemnización de daño moral debe atender a la gravedad del daño, que su carácter es meramente reparador, mas no sancionador, se observa la evolución de la canasta familiar vital, conforme aparece en el sitio web del INEC, durante los dieciséis años que el actor permaneció en la Central de Riesgos, tomando como punto de partida el año 1997 hasta julio del 2013, valores que arrojan un promedio anual de $3.476,62, monto que se multiplica por los dieciséis años, dan un total de USD $55.625,92. Por tales consideraciones, CASA la sentencia y ordena el pago a favor del actor.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17230-2016-06352

Jueza Ponente: Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-
Quito, lunes 23 de septiembre del 2019, las 10h43.
VISTOS.- En el juicio ordinario que por daño moral sigue **Marcelo Benjamín Vaca Navas**, en contra de **Banco Pichincha S.A.**; la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, expide sentencia el 19 de abril del 2018, las 09h02, confirmando el fallo de primera instancia, que declaró con lugar parcialmente la demanda, determinando que el demandado

BANCO PICHINCHA S.A., pague por concepto de compensación por daño moral la suma de DIECISEIS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. En ejercicio del derecho consagrado en el Art.76 numeral 7 literal m), así como la Ley de Casación vigente, la parte actora y demandada, interponen sendos 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 las señoras: Dra. María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos, Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, Juezas encargadas mediante oficios Nº191-SG-CNJ de 29 de enero de 2018, y 1594-SG-CNJ de 21 de septiembre de 2018, respectivamente. En atención a la admisión parcial de los recursos de casación en auto interlocutorio dictado con fecha 04 de octubre del 2018, las 10h19; 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; numeral primero del segundo inciso del art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y numeral 2 del art. 201 del Código Orgánico de la Función Judicial.

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. El recurso interpuesto por la parte demandada, por medio del doctor Jaime Flor Rubianes, en su calidad de representante jurídico del BANCO PICHINCHA S.A., una vez admitido parcialmente a trámite por la causal primera de Casación, se tiene como fundamentos de su impugnación, que existe errónea interpretación del Art. 2235 del Código Civil, cuya defectuosa interpretación, según señala, ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Indica que la errónea interpretación, existe en la "perpetuación del acto", compuesta en el periodo de permanencia en la Central de Riesgos y Buró de Crédito, esto es desde el año 1997 hasta junio del 2013. Que esta interpretación es totalmente errónea, pues la correcta interpretación de la perpetuación del acto, se debe al Art. 2235 del Código Civil, siendo la fecha en la que se consumó el acto, que en este caso, sería el año 1997. Que en la sentencia dictada por la Corte Nacional, caso 17711-2013-0331, se sienta el criterio de interpretación del Art. 2235 ibídem, en el sentido de que el acto dañoso corre desde la finalización del hecho causante. Alega que el tribunal inferior, ha confundido dos conceptos totalmente diferentes, esto es el "cometimiento del hecho ilícito" e "inicio y fin de efectos del hecho ilícito", uniendo estos dos conceptos en uno solo y definiéndolo como "perpetuación del acto", según los términos descritos en el artículo ibídem. Y que en atención a lo dicho, el periodo de tiempo para que prospere la prescripción corre desde el año 1997, fecha en la que se le incluyó al accionante en la Central de Riesgos y Buró de Crédito, consumándose el acto, desde lo que han trascurrido más de 16 años desde, por lo que la correcta interpretación de la norma en mención hace que no proceda la acción interpuesta. Solicita se case la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichicha, por las razones expuestas; y se rechace la demanda deducida en todas sus partes, condenando al actor en costas y honorarios.

2.2. Con respecto al recurso interpuesto el actor, Marcelo Benjamín Vaca Navas, ha sido admitido parcialmente a trámite por la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. En ese sentido argumenta que existe violación de los Arts. 274 y 276 del Código de Procedimiento Civil, así como el principio constitucional de motivación contemplado en el Art. 76, numeral 7 literal l), resguardado en el Art. 130, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Alega que se pretende dejar sin valor la cuantificación del daño moral, que es prueba documental plena para efecto del daño moral, por medio del juramento deferido, deficiencia en la motivación externa de la sentencia por no haberse justificado las premisas. Que no se ha tomado en cuenta para la cuantificación indemnizatoria, la repercusión del daño ocasionado por la negligencia cometida por el demandado, Banco Pichincha, al

haberlo mantenido por dieciséis años en la Central de Riesgos y Buró de Crédito, imposibilitándolo de ejercer actividades económicas relacionadas con sus negocios; acto sucesivo que en el mismo contexto de tiempo le ha causado perjuicio constante, y que pese a reconocer la existencia de aquel, sin embargo el cálculo utilizado para su reparación, en el valor de $ 3, 65, diarios es humillante y no se compadece con el perjuicio sufrido, cuya reparación debe ser integral. Concluye, que dicha cuantificación es ilógica pues no explica con qué bases se llegó a establecer el monto, acusando de falta de pureza racional y de carencia valorativa que provoca inequidad, por lo mismo falta de motivación. Considera que hay aplicación desprovista de razones y argumentaciones, lo que lleva a verdaderos despropósitos, arribando a una falta de pureza racional y de carencia valorativa. Solicita *"(…) se case la sentencia para que, cumpliendo con el debido control de legalidad se subsanen los errores de la sentencia recurrida"*.

TERCERO.- CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.-

3.1.- El recurso de casación es formalista, extraordinario, de admisibilidad restringida que obedece a parámetros rigurosos, cuya función es el control de legalidad y la sanción de los errores cometidos en los fallos de instancia y la unificación jurisprudencial.

"Es un remedio diverso de los demás otorgados para el caso de la simple injusticia y se incorpora como motivo del recurso el error "in procedendo" (Enrique Véscovi. La Casación Civil Montevideo Ediciones Idea pp. 9 y vta.). Ha sido creado dentro de un esquema de alta técnica jurídica, que requiere del cumplimiento a las normas que taxativamente constan en la ley, y que con claridad se evidencie la equivocación del juez o tribunal que la emitió, ya por exceso de poder y sobre la certeza de la existencia de vicios in iudicando e in procedendo, que provoquen violación normas sustantivas, procesales, o vicios, ultra, extra o infra petita; o decisiones contradictorias o incompatibles.

En el sistema ecuatoriano se han estableciendo cuatro fases en el trámite casacional: calificación, admisibilidad, sustanciación y resolución. En ese sentido la Corte Constitucional en sus distintas resoluciones, ha expresado: *(…) 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*."(Sentencia N.° 234-15-SEP-CC del caso N.° 1897-12-EP).

Con estos antecedentes, y por el hecho procesal de la admisión, solo resta obrar en conformidad con el mandato de los Arts. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, usando la facultad de control de legalidad y en cumplimiento de las garantías fundamentales que prescriben los Arts. 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 que se 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.

CUARTO.- DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. El demandado, sostiene que existe prescripción de la acción, pues debe contarse desde la fecha en que se notificó a la central de riesgos la calificación de cliente moroso, por todo el tiempo que se lo mantuvo en tales condiciones, o desde que cesó el registro a consecuencia del establecimiento de la responsabilidad del Banco accionado en el pago de un cheque falsificado, que se lo cargó a la costas del accionante, esto es desde cuanto se canceló el registro como hecho provocador del daño.

4.2. El actor, plantea si, es legítimo que por dieciséis años de habérselo mantenido en situación de riesgo, con calificación deficiente como sujeto de crédito, la reparación integral alcance a $3,65 diarios, partiendo de que los negocios del accionante han sido aniquilados a consecuencia de la acción dañosa del agente causante de la ruina.

QUINTO.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS.

5.1.- La justicia civil se rige por el principio dispositivo contemplado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República, en relación con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; en consecuencia los jueces y tribunales al resolver les corresponde atenerse a los puntos materia de la litis, en función del derecho de tutela judicial efectiva, entendido como el derecho de toda persona a acceder a la justicia, mediante un proceso que reconozca un conjunto de garantías

básicas como el derecho a acceder a la justicia, o derecho de pedir y obtener una justicia imparcial.

Por admitidos parcialmente los recursos de casación, quedan fijados los límites dentro de los cuales se desarrolla el análisis casacional y con ello el alcance de la resolución que corresponde proferir a este Tribunal, bajo las premisas expuestas en las respectivas censuras.

5.2.- RECURSO DE CASACIÓN DEL DEMANDADO BANCO PICHINCHA C.A.-

5.2.1. El recurrente, con apoyo en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, acusa la errónea interpretación del Art. 2235 del Código Civil, que a su texto expresa: *"Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto."*

Descartando que en casación hubiera impugnación alguna sobre la existencia del daño, la defensa del demandado, se concentra en la consideración del plazo en que prescribe el derecho de acción del actor.

Para entrar en materia, se dirá que la errónea interpretación de normas de derecho, ocurre *"cuando el precepto legal aplicado en la sentencia es el pertinente, pero se le da un sentido o alcance diferentes, sin profundizar en el pensamiento latente de la norma, en el espíritu de la ley y en la intrínseca intención del legislador. Tal situación es entonces una violación directa de la Ley."* (R.O. 238- 5 enero de 2001 pg. 19, citado por Tama p.151 El Recurso de Casación en la Jurisprudencia Nacional)

La perpetración de un acto que dé lugar al daño moral, se mira conceptualmente desde dos aristas, el ilícito y el resultado próximo de la acción u omisión indebida del demandado; sin el uno el otro no existe; porque en lógica jurídica no existe acto sin secuelas.

Si el banco conoce las consecuencias que tiene reportar a una persona como sujeto de no crédito, entiende también cuáles son los resultados de tal actividad, cuya suerte se encuentra a su arbitrio, siendo que su perpetración no constituye el solo hecho del reporte, sino también el de haberlo mantenido en ese estado hasta que por impulso propio, cesó la condición de deficiencia como sujeto de crédito, por el que se limitó el ejercicio del derecho de acceder a bienes y servicios comunes como son los bancarios.

Este Tribunal concuerda con el criterio de la Sala de Alzada, en cuanto considera que "*la inclusión de accionante en la centrar de riesgos data del año 1997, esta se mantuvo hasta junio de 2013"* y *"al contabilizar a partir del junio de 2013 en que el actor ya no estuvo en la central de riesgos y los demandados se presentaron a juicio en 18 de mayo de 2016, se advierte que no han transcurrido los cuatro años requeridos por la ley"*; pues el acto es uno, que inicia en 1997 y termina en junio de 2013. Es una sola acción prolongada por dieciséis años, que estaba en manos del demandado terminar, sin que lo haya hecho, pese a la evidencia de su ilegitimidad.

Bajo este antecedente, el criterio del Banco demandado, en el sentido de que *"el plazo para que opere la prescripción descrita en el Art. 2235 del Código Civil, corre desde la finalización de hecho dañoso"*, tiene cabida perfecta en la decisión que al respecto toma el Tribunal de Alzada, al contabilizar el tiempo hábil para la pretendida prescripción desde junio de 2013 en que finaliza el acto ilícito; al levantar Banco Pichincha, el registro dañoso del Buró de Crédito. Por lo mismo, la razón que consta en la citada sentencia del caso 17711-2013-0331, en la que apoya el recurso de casación el demandado, en nada se opone a la conclusión del Tribunal de alzada, que le lleva a la desestimación de la excepción de prescripción; porque insístase, el acto sancionado es uno solo, con duración de dieciséis años, pues si el registro surte efectos, estos, terminan con su levantamiento.

Por tanto no hay evidencia que determine que el fallo del Tribunal *Ad quem* hubiera incurrido en vicio de hermenéutica jurídica respecto del Art. 2235 del Código Civil, por lo que rechaza el cargo.

5.3.- RECURSO DE CASACIÓN DEL ACTOR, MARCELO BENJAMÍN VACA NAVAS.

5.3.1. La causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación: *"Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles";* contiene dos conceptos de infracción: 1) Defectos en la estructura del fallo, que se da por la falta de requisitos exigidos por la ley para la sentencia o auto.- 2) Adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en la parte dispositiva del fallo; en el primer caso se dirige a sancionar la falta de requisitos de forma y fondo que debe contener toda resolución; los unos relativos a la estructura, como son el lugar, fecha y hora de su emisión, la firma de la juez(a) o Jueces (zas) que lo suscriben, requerimientos que se encuentran detallados en el Art. 287 del Código de Procedimiento Civil; y los de fondo, concernientes al contenido de la sentencia o auto según lo determinan los Arts. 274 y 275 ibídem; en ese sentido un requisito esencial de

fondo es la motivación, que constituye la obligación del juzgador de explicar de manera ordenada las razones que le conducen a emitir tal o cual decisión. De ahí que la motivación es la mayor garantía de una correcta administración de justicia dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro; consiste en argumentar e indicar cuales fueron las razones que el juez optó para resolver el conflicto suscitado, brindando al justiciable una explicación suficiente que garantice sus derechos consagrados en la legislación, apreciados tanto en la Constitución como en el Art. 130. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Respecto de esta causal y vicio, el casacionista, postula que en la sentencia recurrida no se ha cumplido con la obligación de establecer las razones por las cuales se procede a la imposición de una sanción económica que estima ínfima. En ese sentido analiza, que el Tribunal de Instancia, considera en el ordinal cuarto de su fallo que: *"(…) 4.4.10 Las excepciones planteadas por la parte demandada, han quedado como meros enunciados, así la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda;* Que sus excepciones no han quedado demostradas*; que "la falta de legítimo contradictor, carece de fundamento en la medida en que el accionante es quien está llamado a demandar (…); y que "el demandado Banco Pichincha C.A. es el que está procesalmente está obligado a contradecir y replicar el contenido de la acción propuesta en su contra".* Entonces si no existe vicio en cuanto al litis consorcio necesario; y si el proceso es válido; y si no hay lugar a la prescripción de la acción; el mérito del proceso, solo da para abordar el asunto de fondo y ponderar de manera lógica el daño causado; daño que en efecto lo establece la Sala, calificando de inaceptable la tesis del demandado en el sentido de que, ha cancelado el valor del cheque falsificado, origen del conflicto; y señalando en lo que difiere el pago de dicho documento valor, con el objeto especifico de este proceso, que a la letra del Art. 2232 del Código Civil, busca la indemnización pecuniaria a título de reparación, por ser quien ha sufrido daños meramente morales; términos más, términos menos, son las razones por las que Ad quem desestima los argumentos de la oposición del demandado.

5.3.2. De la revisión de la sentencia recurrida se puede verificar que la motivación es incompleta, ya que, la fundamentación fáctica no va más allá de los textos jurídicos de las normas utilizadas en la redacción, sin argumentos bastantes, que lleven al Tribunal de instancia a una conclusión coherente con la dimensión del hecho dañoso claramente establecido; sin una evaluación critica del *quantum*, y su pertenencia a los antecedentes del ilícito, que se configura en los registros de la Central de Riesgos y Buró de Crédito, provenientes de las instancias del Banco Pichincha, sin justificación legal y por espacio de dieciséis años; teniendo en cuenta que *"las conductas señaladas en la ley como causa eficiente del daño moral, son todas ilícitas, contrarias al ordenamiento jurídico. No causa daño moral que pueda originar el deber de indemnizarlo, quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social..."* (Res. 103-2002. R. O. 627 de 26 de julio del 2002). Este concepto no aparece reflejado en el fallo impugnado, pues no existe una correcta y adecuada fundamentación, con el rigor que exigen los principios de la argumentación jurídica, respecto de los aspectos relevantes que conducen a valorar el daño moral declarado, y la posibilidad de que este pueda ser asumido como una efectiva reparación integral, ponderando la condición económica en que se desenvolvía el demandante, su estado de solvencia, y las limitaciones como sujeto de crédito a que se vio abocado, exhibiéndolo en el entorno económico como persona incumplida, por lo que le privó del libre acceso a medios que faciliten su trabajo. Así la cantidad estimada como reparación, no se sustenta en el conjunto de los aportes de las partes, como debe ser (sana critica), sino que por el contrario los manifiestos son incompatibles, con los principios jurídicos que se traen a la construcción del fallo, y aleja de la realidad procesal, en cuanto no ilustran el cálculo matemático que respalde la decisión; esto es no hay razón justificada (principio de razonabilidad) para llegar a determinar la cantidad impuesta, por lo que la resolución, no se ajusta a los principios constitucionales de coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Es decir no muestra el proceso intelectual que vincule de manera lógica la norma sustancial aplicable al caso con la reparación integral; el hecho dañoso, en relación con la cantidad fijada para tal objeto; no hay relación entre la causa y el efecto, lo que da lugar a juzgar que el fallo impugnado adolece del vicio de falta de motivación. A decir de Fernando de la Rúa, *"mientras por un lado se deja al juez la libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos,*

evitando de esta forma la arbitrariedad. (Teoría General del procedo, Buenos Aires, Ediciones De Palma 1991 p 150 a 154).

Por estas consideraciones se admite el cargo por la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación y SE CASA la sentencia impugnada, y por cuanto el efecto jurídico de la causal quinta del Art. 3 de la ley de Casación obliga a expedir el fallo que corresponde este Tribunal de Casación, pasa a pronunciar **sentencia de mérito** de conformidad con el Art. 16 ibídem.

PRIMERO.- El acto ilícito que motiva la acción, lo denuncia el actor en la actitud negligente, oprobiosa y cómplice -dice- del pago del cheque Nº 097942 de la cuenta corriente Nº 759297-5 que el actor mantenía en el Banco Pichincha, por cincuenta y cuatro millones ochocientos mil sucres ($54´800.000,00), que ha demostrado fue falsificado, por disconformidad de firma y sin los fondos disponibles, y que había sido sustraído en el mismo Banco; por lo cual fue reportado por el demandado a la Central de Riesgos y Buró de Crédito, en que el Banco demandado lo ha mantenido por dieciséis años, entre 1997 hasta junio del 2013; causándole daños y perjuicios, a más de daño moral, y de haberle obligado a cancelar el sobregiro, que jamás ha solicitado. Hecho que obligó al accionante a presentar el 20 de noviembre de 1986, demanda por pago indebido contra el Baco Pichincha C.A., con número de proceso 17386-1997-1876; y, que al haber obtenido sentencia favorable en todas las instancias el 28 de diciembre de 2015 se dicta el mandamiento de ejecución y el 6 de enero de 2016 el Banco consigna el valor del pago indebido, por lo que en auto de 13 de enero de 2016 se declara extinguida la obligación por pago efectivo. Estas afirmaciones constan en el proceso como hechos probados, que determinan el pago de un cheque falsificado girado contra la cuenta corriente del actor, conforme quedó establecido en el juicio Nº 17386-1997-1876. Que no obstante el demandante, fue reportado por el Banco Pichincha, a la Central de Riesgos y luego al Buró de Crédito, con cartera castigada, y calificación "E", la deficiente como sujeto de crédito, con corte a 31 de enero de 2000, hasta junio de 2013; (Documento gestionado en la Superintendencia de Bancos, de fecha 22 de marzo de 2000 fs. 126 y siguientes primer nivel), del que consta el actor reportado por el Banco Pichincha, con cartera castigada 126 y siguientes; la evolución del score crediticio que es bueno desde el inicio de la relación bancaria entre las partes, sufre detrimento en un segundo tramo y es mala hasta 2016, con probabilidad de 16.2% de incurrir en morosidad en el sistema crediticio ecuatoriano (fs. 258 y siguientes), hechos con las consecuencias psicológicas descritas en el informe clínico de fs. 234 y siguientes. La parte demandada, se limita a contradecir e impugnar la prueba, sin aportes capaces de desvirtuar los asertos de la demanda**.**

SEGUNDO.- Analizado el acervo probatorio, queda establecido el hecho imputado por el que el demandante ha sufrido daño moral, entendido como aquel inherente a la personalidad, a la integridad física, moral, que afecta al ser humano por motivos externos que están por fuera de su voluntad, cuya apreciación depende de los factores que inciden en la merma de sus capacidades de enfrentamiento de los conflictos provocados, que escapan de su control. Siendo medible en función de los efectos producidos por el acto dañoso, en el orden psíquico, físico, angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, o que manchen la reputación ajena, mediante cualquier, forma de difamación.

"Para la responsabilidad civil deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. La culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro. […].- La responsabilidad civil en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles". (Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 3. Página 848. Quito, 19 de marzo de 2007).

Conceptos que se cumplen en la especie, a causa de un acto ilícito próximo, provocado por el demandado, consistente en el reporte a la Central de Riesgos y Buró de crédito, por el espacio de dieciséis años, pues conforme se desprende del proceso, se mantiene al actor en la situación de deudor moroso en el Buró de Crédito por un sobregiro no pagado, insistiendo en tal afirmación aun cuando de autos consta demostrado que con fecha 13 de enero de 2016, luego del mandamiento de ejecución

y del depósito realizado por el demandado dentro del proceso de pago indebido seguido por el señor Marcelo Vaca, el juez declaró extinguida la obligación del Banco con respecto al accionante, lo que evidencia que a pesar de existir sentencias ejecutoriadas, en los archivos del Banco y en el Buró de Crédito se mantenía al accionante como deudor de un sobregiro que no fue de su responsabilidad, sino de la institución bancaria, afectando su credibilidad, y buen nombre, limitando además su accionar en el sistema financiero, nacional, dado que la Central de Riesgos y Buró de Crédito, constituye un referente de la categorización de los sujetos de crédito. El hecho (probado) no es lícito, porque proviene de la utilización no responsable de las facultades otorgadas por el Estado a la entidad financiera, que indudablemente impactan en el libre uso y goce de los derechos ciudadanos al buen vivir y al acceso a servicios indispensables para el desarrollo económico en la sociedad actual.

La gravedad del daño, se configura con la lesión del interés extrapatrimonial del actor, porque al arbitrio del demandado se lo incluye en un registro público, sin que existiera fundamento legal atribuible al actor, siendo que, por el contrario se genera en las esferas internas del Banco Pichincha, y su responsabilidad se traslada ilegítimamente al cliente. El hecho probado, por fuerza de la naturaleza humana, es indudablemente causante de angustia y humillación pública y por consecuencia de daño moral, justificándose la relación jurídica sustancial objeto de la demanda.

TERCERO.- Ahora bien, el instituto del daño moral, obliga al juzgador a ponderar la indemnización reparatoria, que no puede ser sino en base al examen, alcance o medida de la gravedad del daño producido, en los términos del Art. 2232 del Código Civil, que deja *"(…) a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo."*, así pues los hechos establecidas en el proceso, permiten fijar un valor equitativo, en justicia, atendiendo al carácter meramente reparador, mas no sancionador de la indemnización.

Tomando en cuenta que el actor, ha sido un comerciante, con un manejo económico regular, que se ve deteriorado frente a la Banca Nacional, conforme refleja el documento general en Equifax (fs. 258 primer nivel), que solo puede activar mediante el sistema de avances con tarjeta de crédito. Para llegar a un cálculo ponderado, es necesario buscar un punto referencial, que aunque no sea el mejor, sirva de referencia para la reparación económica; también se ha de sopesar que el accionante ha buscado alternativas de sobrevivencia, sin que se pueda admitir, que dejó de producir en forma absoluta; basta citar su afirmación, que ante la imposibilidad de acceder al sistema financiero, optó por implementar un taller de reparación de maquinaria pesada, que le ha permitido subsistir, si bien no en la medida que lo hacía cuando era sujeto de crédito, sin embargo, no dejo de ser un elemento productivo. Bajo estos parámetros se observa la evolución del costo de la canasta familiar vital nacional, conforme aparece en el sitio web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC, durante los 16 años que el actor permaneció en la central de riesgos con cartera castigada, tomando como punto de partida julio de 1997 hasta julio de 2013; valores que arrojan un costo promedio anual de la canasta familiar vital, de tres mil cuatrocientos setenta y seis dólares con sesenta y dos centavos (USD3.476,62), monto que multiplicado por 16 años da la suma de cincuenta y cinco mil seiscientos veinticinco dólares con noventa y dos centavos (USD 55.625,92); cantidad en que se estima prudente fijar la indemnización a favor del actor, con el fin de reparar el daño moral sufrido.-

Por las razones expuestas *ut supra*, no hay lugar a la prescripción de la acción, alegada por la parte demandada.

CUARTO.- DECISIÓN.- Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia expedida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 19 de abril del 2018, las 09h02; y en su lugar, en los términos expresados en esta resolución, acepta la demanda y dispone que el Banco Pichincha, pague al actor Marcelo Benjamín Vaca Navas, la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (USD 55.625,92) . Sin costas ni honorarios. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

f) Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE); Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL; Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. 17113-2013-0718
Resolución Nro. 0216-2019
Fecha: lunes 30 de septiembre del 2019, las 09h13

TEMA: La reclamación de daño moral no está ligada a resultados de proceso penal.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El actor de la causa demanda por la vía verbal sumaria a la Agente Fiscal, en un proceso en el que pretende el reconocimiento de daños y perjuicios y daño moral causado por haber sido ilegal, arbitraria e inconstitucionalmente detenido en los calabozos de la Policía Nacional, acusado de violación a una norteamericana a quien jamás conoció. Cuantifica su demanda en tres millones de dólares.
En su demanda señala que su detención se produjo por acusación de la fiscal María Soledad Recalde, en la que no se incluyó examen de ADN, ni su versión como imputado, entre otras" graves omisiones", sino que se hizo en base a una sola versión rendida por un supuesto guardia, ante agentes de la Policía Nacional, sin presencia de abogado ni fiscal. La Fiscal, emite dictamen acusatorio, pese a que estaban pendientes diligencias.
El Juez Décimo Quinto de lo Penal dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los imputados, y declara que no puede continuarse con la etapa de juicio. El actor presentó recurso de apelación, al considerar que se debió dictar auto de sobreseimiento definitivo debido a la inexistencia de prueba.
La sentencia de primer nivel rechaza la demanda de daño moral por improcedente, acogiendo la excepción de violación de trámite porque el fundamento debía ser la sentencia absolutoria en firme o sobreseimiento definitivo.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

El actor presentó recurso de apelación. El Tribunal de apelación considerando la gravedad del perjuicio sufrido, aceptó el recurso y revocó la sentencia. Se declaró la existencia de daño moral causado al actor, se dispuso que la pague una indemnización pecuniaria de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 30.000) en concepto de reparación por daño moral y que publique el contenido de esta resolución en uno de los diarios de mayor circulación de la ciudad de Quito

SÍNTESIS CASACIÓN

La demandada presentó recurso de casación, el cual fue admitido a trámite exclusivamente en relación con los cargos por indebida aplicación del art. 2232 inciso tercero del Código Civil, que condujo a la no aplicación del art. 172 inciso tercero de la Constitución de la República, que ocasionó la falta de aplicación del art. 22 de la Constitución. Cargos que los realiza al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.
De la confrontación de la sentencia, la Sala encuentra que al determinarse la existencia de omisión culposa que dio lugar al daño sufrido por el actor, el tribunal aplicó debidamente el art. 2232 del Código Civil, pues la omisión culposa no es otra cosa que una omisión ilícita, en los términos de la indicada ley sustantiva. Por lo demás, la Sala de

casación coincide con la sentencia de apelación en que para proponer la acción por daño moral no se requiere la existencia de sobreseimiento definitivo y menos aún, la declaratoria de maliciosa o temeraria de la actuación fiscal. Por lo señalado, no casa la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 17113-2013-0718

Jueza Ponente: Dra. Magaly Soledispa Toro

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, lunes 30 de septiembre del 2019, las 09h13.

VISTOS: La doctora María Soledad Recalde Argüello interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada y notificada el 29 de noviembre de 2017, las 09h47, por un tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el proceso verbal sumario que por daño moral sigue en su contra el abogado Diego Francisco Yépez Garcés.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL: Esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y, en virtud de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia no. 001-2018, de 26 de enero de 2018.[1]

Obra del proceso la razón de sorteo de la causa de fecha 17 de mayo de 2018.

Este tribunal estuvo integrado inicialmente por el doctor Carlos Teodoro Delgado Alonzo (ponente), en calidad de juez nacional encargado; las doctoras Rosa Beatriz Suárez Armijos, jueza nacional encargada y María Rosa Merchán Larrea, jueza nacional. En virtud de la renuncia presentada por el doctor Delgado, pasó a integrar este tribunal la doctora Magaly Soledispa Toro, en calidad de jueza nacional encargada, conforme oficio no. 1594-SG-CNJ, de 21 de septiembre de 2018, suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia.

Agréguese al proceso los escritos que anteceden, presentados por los sujetos procesales.

Para resolver el recurso de casación propuesto, se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERA. ANTECEDENTES.

1.1 El abogado Diego Francisco Yépez Garcés demanda por la vía verbal sumaria a la agente fiscal, doctora María Soledad Recalde Argüello, a fin de que en sentencia, entre otros aspectos, se declare su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios y el daño moral causado por la demandada y que fija en tres millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 3'000.000,00).

En su escrito inicial, el actor explica que "inconstitucional, ilegal y arbitrariamente fue detenido en los calabozos de la Policía Nacional, acusado de ser un taxista pirata que violó sexualmente a una norteamericana a la que nunca conoció", por acusación de la fiscal María Soledad Recalde, en la que no se incluyó el examen de ADN ni su versión como imputado, entre otras "graves omisiones", sino que se la hizo con base en una sola versión rendida ante agentes de la Policía Nacional, sin presencia de abogado ni de la misma fiscal.

En la extensa demanda relata las condiciones en que se desenvolvió el proceso penal en su contra. Específicamente señala que, de la versión libre rendida por la víctima, en la indagación previa, se estableció que la señorita Carrie Lynn Waters, ciudadana norteamericana, fue drogada en el Bar Huaina, luego de lo cual, en estado de ebriedad y bajo los efectos de la escopolamina, se trasladó, con unos amigos, al Bar Gia, en donde comenzó a

[1] Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 001-2018, de 26 de enero de 2018, sobre la integración de la seis Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

sentir fuertemente los efectos de la droga y, por su estado no le permitieron ingresar, circunstancia en la que una amiga detuvo un taxi y la embarcó en él pero a pocos metros se lanzó del indicado taxi. Una vez en el suelo, un muchacho la levantó y la subió a un carro pequeño oscuro, de color rojo en donde se encontraban tres o cuatro muchachos más. Estos individuos que la recogieron, presumiblemente, la violaron para después dejarla en la puerta de su casa alrededor de las 04h00 del día 30 de abril de 2006. Al despertar en su domicilio sintió dolor en sus genitales. Ante ello, acudió al Hospital Vozandes en donde le informan que hubo penetración reciente y decide denunciar ante las autoridades respectivas los hechos.

Presentada la denuncia se le practicó el examen médico en el que se confirmó que la zona genital había sufrido una penetración en horas anteriores y se retuvo, como evidencia, el interior de la víctima. El examen forense de 3 de mayo de 2006 arroja como resultado la existencia de espermatozoides en el mismo, mientras que el análisis toxicológico de 5 de mayo de 2006 determina la presencia de escopolamina en su organismo.

El accionante expone que, el 17 de junio de 2006 el agente investigador cabo primero Washington Oña; el subteniente de Policía, Pablo Bolaño y el oficial jefe del grupo, bajo el visto bueno del abogado Lenin Vinueza, capitán de Policía y jefe de la Brigada de Homicidios de la Policía Judicial de Pichincha, elabora un parte policial signado con el no. 2006-7271-PJ-P, que en el punto 3, relata la información brindada por el jefe operativo de la discoteca GIA.

Así las cosas, la fiscal María Soledad Recalde, el 17 de agosto de 2006, da inicio a la etapa de instrucción fisca mediante resolución en la que refiere los hechos relatados por la ofendida e imputa a Alfonso Tipán y Alex Revelo (trabajadores del Bar Huaina), a los cuales se los detiene y contra quienes la víctima llegó a presentar acusación particular, acusándolos de haberla drogado.

También indica que al momento de rendir su testimonio anticipado, la ofendida (fojas 70, 71 y 72 del proceso) declara que "(…) en un momento de media conciencia su amiga la puso en un taxi, estaba sola, el taxi empezó a rodar, quiso bajarse, su cuerpo estaba entrando en parálisis, cuando quiso bajarse del taxi, se desmoronó en el suelo.- Llegó un chico para ayudarle, el taxi se fue, el chico le puso en un automóvil, ella no podía defenderse, no podía hacer nada, no podía ni hablar, y en el carro perdió la conciencia , y cuando volvió la conciencia, estaba en la parte de atrás de un carro rojo…"; y, que ante la pregunta del defensor de oficio, aclaró que sus agresores no se subieron al taxi con ella, "pero quiero recalcar que estaba sufriendo de la sobredosis que el cuerpo estaba paralizado".

Expone además que la ofendida al presentar acusación particular en contra de Alfonso Tipán Pinto y Alex Revelo Castro, en la letra j de su escrito, manifiesta que se bajó del taxi y cayó al piso y que un hombre joven de cabello corto la ayudó a levantarse y la embarcó en el asiento trasero de un vehículo de color rojo.

No obstante, el 19 de octubre de 2006, los agentes encargados de la investigación policial presentan el parte informativo no. 2006-11029-PJ-P (fojas 239 a 266), en el que descartan la participación de los acusados y "sorpresivamente", con base en nuevas *"fuentes informativas"* que nunca fueron identificadas, establecer un *"hallazgo"* según el cual (foja 252 y 252, vta.), un guardia de seguridad del bar GIA, que esa noche habría estado laborando, de nombres Diego Oswaldo Minda Ucles, cuya relación laboral no se acreditó, les habría referido que a las 2h30, la ofendida se subió al taxi de placas POU-006, en el cual además se subió un sujeto de tez negra que cuidaba los vehículos de la calle y que dijo no haber informado nada al respecto en forma previa "para no tener problemas con ninguna persona debido a que yo conozco al sujeto que realizó la carrera aquella madrugada", asegurando que el mismo Diego (taxista) le contó "que había tenido relaciones sexuales con dicha extranjera y que había estado acompañado de otro sujeto de tez negra".

Y que con este "hallazgo" los agentes investigadores accedieron al sistema informático de la Jefatura Nacional de Tránsito, logrando establecer que el vehículo de placas POU-006, blanco, Chevrolet Corsa, pertenece a Diego Francisco Yépez Garcés, "vehículo que se encuentra laborando como taxi, sin permiso de la EMSAT", por lo que solicitan se les extienda la orden de detención en su contra.

Con este antecedente, la fiscal solicita la prisión preventiva en su contra el 8 de noviembre de 2006, con la cual, el juez décimo quinto de lo penal de Pichincha emite auto de vinculación a la instrucción fiscal de Diego Francisco Yépez Garcés, decisión que la agraviada impugna y al mostrar su inconformidad, expone en escrito presentado el 20

de noviembre de 2006, que es falso "en su totalidad" el parte informativo que sirve de antecedente para tal decisión y califica a Diego Minda de "solemne desconocido", que busca beneficiar a uno de los imputados.

Es así que la fiscal ordena que Diego Oswaldo Minda Ucles amplíe su versión, [que a la larga no se cumple pese a los señalamientos y a la disposición para que la Policía colabore] y, se oficie al gerente de la discoteca GIA para que remita un listado de las personas que prestaron y prestan sus servicios en ese establecimiento.

El 11 de diciembre de 2006, el juez de la causa declara concluida la etapa de instrucción fiscal, a fin de que la doctora María Soledad Recalde emita su dictamen en el plazo de 6 días, con lo cual, "sin base ni fundamento que no sea la aventurada e irresponsable afirmación de los investigadores policiales", la fiscal Recalde, sin una mínima investigación, emite dictamen acusatorio en contra de Diego Yépez y otros, "pese a que estaban pendientes diligencias pertinentes y vitales para esclarecer los hechos" en el que le atribuye la ocupación de chofer de taxi, pese a haber entregado evidencia documental que demuestra su calidad de abogado, perito del Ministerio Fiscal y estudiante de especialización de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Luego, el 15 de marzo de 2007 (esto es tres meses después del dictamen acusatorio en su contra), de la manera más humillante y engañosa le detuvieron en las afueras del Palacio de Justicia, a donde acudía diariamente a efectuar sus labores como abogado en libre ejercicio profesional:

Explica que el 16 de marzo de 2007, en los calabozos de la Policía Judicial se lo notifica con el auto de instrucción fiscal y vinculación y que en esa misma fecha, el juez décimo quinto de lo Penal, emite boleta constitucional de encarcelamiento en su contra, declara concluida la instrucción fiscal y señala para el 04 de abril de 2007, la audiencia preliminar del presente caso, sin que hubiera tenido oportunidad de defenderse.

Así, el 4 de abril de 2007, compareció a la audiencia preliminar del juicio de violación, en compañía de su abogado defensor, en la que ponen de manifiesto las fallas, ilegalidades e incoherencias que tenía el dictamen acusatorio de la fiscal Recalde. Incorpora certificados de honorabilidad, de no pertenecer a la Federación de Taxis y de no haber sido sentenciado, títulos y hoja de vida y su perfil genético en donde se concluye que su perfil genético no concuerda con el perfil que estaba en el proceso.

Sobre la base de estos elementos, el 17 de abril de 2007, el juez décimo quinto de lo penal de Pichincha dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los imputados, entre ellos, de Diego Francisco Yépez Garcés y declara que no puede continuarse con la etapa de juicio; dicho auto es confirmado el 29 de mayo de 2007 por la mayoría de los integrantes de la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, aclarando que el voto salvado se pronuncia por el sobreseimiento definitivo.

El accionante sostiene que, el 19 de abril de 2017, luego de treinta y seis días de haber estado detenido por el delito de violación, obtuvo su preciada y justa libertad pero interpuso recurso de apelación por considerar que se debió dictar auto de sobreseimiento definitivo debido a la inexistencia de prueba.

Cuestiona el hecho de que la fiscal Recalde, sin remordimiento alguno y con inexplicable odio a su persona, apela la decisión del juez y afirma que él es autor de violación pues, si bien el actor no es taxista sí es propietario del vehículo "tanto más que existe abundante evidencia en su contra".

No concluyeron allí las cosas sino que, a petición de la agraviada, se intentó reabrir el caso para determinar la responsabilidad penal de Diego Francisco Yépez Garcés, a cuyo efecto, el fiscal de turismo de la época, doctor Bormman Peñaherrera Manosalvas, el 17 de noviembre de 2008, elabora previamente una resolución en orden a evacuar diligencias solicitadas por ella, entre las cuales estuvo la práctica del examen comparativo de ADN de él con las muestras que se habían tomado de la prenda interior de la ofendida, el mismo que en sus conclusiones: "excluye la presencia de material genético del Sr. Diego Francisco Yépez Garcés en la evidencia 1 (hisopos)".

Otra de las diligencias dispuestas fue la recepción de las versiones de los agentes investigadores que suscribieron el informe, con las que se pudo conocer la forma cómo accedieron al "hallazgo"; esto es, en razón de un aparentemente espontáneo informe de un detenido por tenencia de armas.

También se dispuso oficiar al Colegio Americano de Quito, donde se graduó, a fin de que facilite fotografías de los alumnos de su promoción, lo cual, según dice, agravó el daño moral causado.

Todas estas diligencias permitieron establecer, lo que en su criterio es "la absurda negligencia y mala fe de dicha funcionaria quien con sola una versión, improvisada, jamás corroboró los elementos que aparentemente sustentaba una inventada responsabilidad, aun cuando tenía todos los medios para hacerlo".

Funda la demanda por daños y perjuicios y daño moral en los arts. 3, 11, 66, 75, 76, 77 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; 34 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 2232, 2233, 2234 y 2235 del Código Civil.

En la audiencia de conciliación (fojas 177 a 179 del cuaderno de primera instancia) la accionada deduce las siguientes excepciones: a) improcedencia de la demanda en el fondo y en la forma por cuanto consta "la existencia únicamente de un sobreseimiento provisional del proceso y del procesado sin que exista hasta la presente fecha ni sobreseimiento definitivo y menos sentencia absolutoria; así como tampoco en el sobreseimiento existe ninguna alusión que declare la malicia o temeridad"; b) violación del trámite porque, en derecho, "su fundamento lo constituye la sentencia absolutoria en firme o el sobreseimiento definitivo"; c) falta de derecho del actor para proponer la acción por daño moral, por cuanto el fundamento alegado para proponer la acción no tiene base legal alguna para generar ningún derecho a favor del accionante; d) incompetencia del juzgado para conocer y resolver el juicio verbal sumario por daño moral; "además, la vía no es la adecuada para hacerlo"; e) falta de legítimo contradictor; y, f) licitud y legalidad de todos los actos de la demandada como fiscal.

Además, sostiene que los supuestos daños morales no son el resultado próximo de una acción u omisión ilícita suya y que no habiendo falta, tampoco hay daño moral alguno.

1.2 Trabada así la litis, mediante sentencia de 01 de diciembre de 2010, las 14h56, el juez primero de lo Civil de Pichincha resuelve, aceptar la excepción número 2 (referida a la improcedencia de la demanda, violación del trámite, porque, en derecho el fundamento debería ser la sentencia absolutoria en firme o sobreseimiento definitivo) y rechaza la demanda por improcedente.

1.3 Respecto de esta sentencia, el accionante, abogado Diego Francisco Yépez Garcés, postula recurso vertical de apelación que es concedido por el juez de primer grado jurisdiccional. Es así que, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2017, las 09h47, un tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al considerar que:

> "[…] En este caso, por la naturaleza de la acción y de la pretensión, no tiene relevancia que los órganos de administración de justicia dictaran sobreseimiento provisional a favor del actor o que la actuación no hubiera sido declarada maliciosa o temeraria".

En la parte del *decisum*, resuelve:

> "[…] considerando la gravedad del perjuicio sufrido, se acepta el recurso de apelación, se revoca el fallo recurrido, se declara la existencia de daño moral causado a Diego Francisco Yépez Garcés, se dispone que la demandada María Soledad Recalde Argüello pague una indemnización pecuniaria de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD $ 30.000) en concepto de reparación por daño moral y que publique el contenido de esta resolución en uno de los diarios de mayor circulación de la ciudad de Quito. Por las razones expuestas en el número 4 de este fallo se niega el pago de daños materiales. El Tribunal rechaza las pretensiones de la demanda y no considera como formas adecuadas de reparación integral, en este caso, la publicación de la sentencia en el Registro Oficial, la iniciación de expediente administrativo ni el envío del expediente al Ministerio Público. Sin costas ni honorarios que regular en este nivel".

1.4 Con auto de 15 de febrero de 2018, las 10h03, el tribunal de apelación rechazó los pedidos de ampliación y aclaración realizados por la parte demandada,

> "No obstante, se precisa que el tribunal, en el número 3 de la sentencia, explica ampliamente la diferencia entre responsabilidad objetiva y subjetiva. Queda a la prudencia del Juez o Tribunal la determinación del valor de la indemnización por daño moral, atentas las circunstancias previstas en el artículo 2232 del Código Civil, esta es la disposición legal en que se basó este Tribunal para fijar el monto indemnizatorio. A petición de las partes se corrige la línea 14 de la página 7 de la sentencia (número 3) de 29 de noviembre del 2017, en el lugar en que dice "Código Civil regula" debe decir "Código Orgánico de la Función Judicial regula".

1.5 Con estos antecedentes, la accionada, doctora María Soledad Argüello Recalde, interpone recurso de casación, el cual es concedido, en los términos de la Ley de Casación, por el juez plural, y admitido a trámite por el órgano de calificación, exclusivamente en relación con los cargos por indebida aplicación del art. 2232, inciso tercero del Código Civil, que condujo a la no aplicación del art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal y por indebida aplicación del art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, que ocasionó la falta de aplicación del art. 22 de la Constitución Política del Ecuador, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, mediante auto de 25 de abril de 2018, las 13h50.

SEGUNDA: NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN

La casación es un recurso limitado, extraordinario y supremo, de competencia exclusiva, establecido para evitar arbitrariedades que se puedan suscitar a consecuencia de la ejecución de determinadas decisiones judiciales y definitivas, a fin de impedir o cesar la lesión de bienes y derechos jurídicamente protegidos.

Las características del recurso de casación son las de que constituye un recurso extraordinario, formal, acusadamente público, técnico, restrictivo y concreto, como medio de impugnación judicial.

Corresponde a esta sala verificar, a través de este recurso la existencia de eventuales infracciones legales en que habría incurrido el tribunal de apelación en la resolución de esta causa, a la luz del cargo que formulan los recurrentes, teniendo para el efecto, únicamente el apoyo de los insumos proporcionados en la fundamentación del recurso, pues como lo señala Edgardo Villamil Portilla[2]: "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 de 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"[3]. Los límites de esa jurisdicción están previstos, en este caso en la Ley de Casación.

El fin de la casación, de acuerdo con Enrique Véscovi es: "[…] la defensa del derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Esta función acentúa el carácter constitucional del recurso […]"[4].

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.

TERCERA: DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y SU CONTESTACIÓN

3.1. El recurso de casación propuesto, en la parte que fue admitido a trámite, se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

3.1.1. Respecto del cargo por indebida aplicación del art. 2232, inciso tercero del Código Civil, que condujo a la no aplicación del art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal, la parte casacionista indica que sus acciones no provienen de una causa ilícita, conforme lo exige, expresamente, el art. 2232 del Código Civil para la procedencia del daño moral, sino que estas se dieron en el ejercicio de sus funciones como agente fiscal de Pichincha, pues "(…) incluso para que un acto ilícito pudiera ser catalogado como fuente de obligaciones debió entonces haber sido consecuencia de un abuso de poder de mi parte, hecho que tampoco es verificado en la sentencia".

Agrega que, el inciso tercero del art. 2232 del Código Civil, dispone*:* "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado (…)" pero, en su caso particular, se pregunta cuáles fueron sus actos ilícitos; por el contrario, ella actuó en el ámbito del cumplimiento de sus funciones y su conducta se enmarca en la

[2] Edgardo Villamil, *Estructura de la sentencia judicial, en Escuela Judicial* "Rodrigo Lara Bonilla" (Bogotá: Consejo Nacional de la Judicatura de Colombia, 2004), 156.
[3] Hugo Rocco, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* v. 1, parte general (Bofotá: Ed. TEMIS, 1969), 399.
[4] Cfr. Enrique Véscovi, La

norma legal vigente. Por ello, considera que existe una aplicación indebida del art. 2232, inciso tercero del Código Civil.

Puntualiza que el hecho de que la fiscal haya solicitado la prisión preventiva del hoy actor, sobre la base de los elementos de convicción existentes no es causa directa y necesaria del daño moral. Los juzgadores comenten el equívoco de fallar sin que se encuentren reunidos los requisitos del art. 2232, inciso tercero del Código Civil pues, "(…) no se ha determinado la relación de causalidad como lo manda la ley, así tampoco se ha determinado qué disposiciones legales y reglamentarias violenté o dejé de aplicar para considerar por parte del Tribunal que actué negligentemente, pues esta aseveración no poder ser jamás producto del análisis subjetivo del juzgador (…)".

Según su criterio, lo expuesto por el tribunal dio lugar a que se deje de aplicar el art. 216 del Código de Procedimiento Penal, en su número 9 que, establece, entre las atribuciones del fiscal, solicitar medidas cautelares, como la prisión preventiva, en concordancia con lo dispuesto en el art. 219 de la Constitución de 1998.

Consecuentemente, concluye que el tribunal de apelación efectuó una aplicación indebida del inciso tercero del art. 2232 del Código Civil, al inobservar en su criterio el art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal, el momento de subsumir los hechos en la norma, sin calificar la licitud de la actuación de la agente fiscal de Pichincha y sin establecer la relación de causalidad de manera coherente como lo manda la ley y la Constitución. Por ello, solicita que se case dicha sentencia.

3.1.2. Con relación al segundo cargo, por indebida aplicación del art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, que ocasionó la falta de aplicación del art. 22 de la Constitución Política del Ecuador, la parte recurrente sostiene que varios pasajes de la sentencia objetada se refieren a hechos materia de un supuesto "daño moral" que ocurrieron el 29 de abril de 2006, es decir, cuando se encontraba vigente la Constitución Política del Ecuador del 1998 y no la Constitución de la República del 2008. Por ello, la sentencia del tribunal de instancia (fjs. 72) aplicó indebidamente el art. 172, inciso 3 de la Constitución de 2008, por ser una norma sustantiva inexistente a la fecha en que ocurrieron los hechos. En su lugar, se debió aplicar la norma del art. 22 de la Constitución Política de 1998, que determina la responsabilidad del Estado, existiendo por tanto una suerte de prejudicialidad, que provocó que se dicte una sentencia que dispuso el pago de una indemnización sobre la base de un supuesto daño moral inexistente.

3.1.3 Concluye la exposición solicitando se case la sentencia del tribunal provincial y, en su lugar se dicte la sentencia de mérito desechando la demanda por improcedente y contraria a derecho.

3.2. Con la admisión del recurso de casación propuesto, se corrió traslado a la parte actora quien contesta el recurso propuesto, en los siguientes términos:

3.2.1. Respecto del cargo de indebida aplicación del art. 2232, inciso 3 del Código Civil que condujo a la no aplicación del artículo 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal, el accionante señala que la recurrente trata de convencer al tribunal de que sus actuaciones fueron lícitas, cuando no lo fueron. Analizar la licitud o ilicitud de las acciones y omisiones que, a lo largo del proceso judicial, se probó en contra de la fiscal María Soledad Recalde, implica que la causal admitida a trámite de casación necesariamente se dirija a realizar un contraste y una nueva valoración probatoria lo cual no está permitido por mandato expreso de ley.

3.2.2. Además, sostiene que el fallo de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha analiza una serie de acciones y omisiones ilícitas, negligentes, dolosas e inconstitucionales de la fiscal Soledad Recalde, realizadas en el ejercicio de sus funciones individuales dentro del juicio penal por violación, en el cual se lo vincula y se solicita su prisión preventiva, sobre la base de una única versión del ciudadano Diego Oswaldo Minda Ucles, rendida sin la presencia de un abogado defensor ni de fiscal.

Asegura que las acciones ilícitas de la accionada provocaron no solo la detención arbitraria de un ciudadano inocente sino una serie de daños posteriores como estrés postraumático, ansiedad, depresión, dolor, sufrimiento y miedo.

3.2.3. Con relación a la indebida aplicación del art. 172, inciso 3, de la Constitución de la República que ocasionó la falta de aplicación del art. 22 de la Constitución Política de 1998, señala que se trata de descontextualizar la no aplicación de una parte de la norma jurídica que tiene una subsunción íntegra y completa y no de forma segmentada pues, "[…] el mismo artículo 172 de la Constitución Política de 1998, expresa una

responsabilidad de rango de debida diligencia de TODOS LOS SERVIDORES JUDICIALES, en procesos judiciales", por lo tanto, no puede excluirse a los fiscales, como sugiere la recurrente, más aún cuando ellos tienen, dentro del proceso penal, la responsabilidad individual de ser titulares de la acción penal.

Por otro lado, respecto de la supuesta prejudicialidad del art. 22 de la Constitución de la República de 1998, alegada por la recurrente, pone de manifiesto que ya fue descartada *in limine* en el auto de admisión. **3.2.3.** Concluye solicitando que se rechace el recurso de casación interpuesto por la doctora María Soledad Recalde, por improcedente.

CUARTA: ANÁLISIS DEL RECURSO PLANTEADO

Con base en las argumentaciones presentadas por las partes procesales, corresponde fijar los límites dentro de los cuales se enmarcará el pronunciamiento de este tribunal, a través del establecimiento de los problemas jurídicos a resolver y que para el caso son los siguientes:

a) El tribunal provincial aplicó indebidamente el art. 2232, inciso tercero del Código Civil, en vez de aplicar el art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal?
b) ¿Incurrió el órgano de apelación en indebida aplicación del art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, omitiendo aplicar el art. 22 de la Constitución Política del Ecuador?

4.1. La hipótesis casacional de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, establece:

"Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: […]

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 […]".

En tal virtud, este tribunal procede al análisis de los problemas jurídicos planteados, en relación con los cargos propuestos.

4.2. ANÁLISIS DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

4.2.1. La parte casacionista, postula cargo por indebida aplicación del art. 2232, inciso tercero del Código Civil que condujo a la no aplicación del art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal y en orden a fundamentarlo, señala que todas sus acciones como fiscal dentro del proceso penal por violación en el que se vinculó como autor material al ciudadano Diego Yépez Garcés y, posteriormente, se solicitó su prisión preventiva, fueron lícitas, en el marco de las atribuciones previstas en el artículo 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal.

Por ello, considera que no se configura la reparación por daños morales puesto que esta no es el resultado próximo de una acción u omisión ilícita.

Por su parte, el actor argumenta que el actuar de la fiscal dentro del proceso fue negligente y doloso, pues dicha funcionaria, lo vinculó al proceso y, posteriormente, ordenó su prisión preventiva, sobre la base de un solo elemento de cargo y sin tomar en cuenta que, artículo 219, número 9 del CPP señalaba como atribución de los fiscales también analizar los elementos de descargo y solicitar la revocatoria o cesación de dicha medida, cuando estime que la investigación practicada permitió desvirtuar los indicios que la motivaron.

4.2.2. El art. 2232 del Código Civil, prevé:

> "Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.
>
> Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.
>
> **La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las**

circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo". [5]

El invocado inciso tercero de este artículo incorpora un elemento de la responsabilidad del daño moral que es la existencia de una acción u omisión ilícita de parte del demandado.

¿Qué se debe entender la acción u omisión ilícita?

Como lo pone de manifiesto, el tratadista argentino Héctor P. Zárate[6], "la antijuridicidad específicamente civil, esto es, el ilícito civil, se traduce, desde luego, en la transgresión de una norma de esa naturaleza. Frecuentemente entraña, también, la lesión de un derecho subjetivo".

En un sentido amplio, agrega el autor, el ilícito puede concebirse como el incumplimiento de ciertos deberes especiales que, por razón de una relación jurídica determinada, vienen impuestos a una de las partes respecto de la otra. Por ello ha sido llamado, también, "infracción relativa", ya que no lo sería si no existiese esa relación jurídica anterior. En efecto, la ilicitud en el derecho civil difiere de la ilicitud del derecho penal. En materia civil, el hecho antijurídico es la acción generadora de daños que da lugar a la responsabilidad civil y se configura por un hecho abusivo, por una acción violatoria de la ley o por la perpetración de un cuasidelito o de un delito, esto es, de actos u omisiones que causan daño a personas o bienes, por dolo, culpa, negligencia imprudencia e impericia.

En consecuencia, cuando el Código Civil, establece como un elemento constitutivo del daño moral, la existencia de una acción u omisión ilícita, no está refiriéndose a una acción delictiva.

El órgano de apelación, en su parte resolutiva y luego de referir parte de las resoluciones del juez décimo quinto de lo Penal de Pichincha y de Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, deja establecidos los siguientes hechos:

> *"En consecuencia son los propios jueces que examinaron el proceso penal quienes determinaron la falta de acuciosidad, las omisiones, la desviación de la teoría del caso, la contradicción de las conclusiones de la fiscal con lo afirmado por la víctima, lo que condujo a un resultado dañoso pues se vincula a un proceso y se priva de la libertad a un ciudadano, sin que existan presunciones suficientes, graves y fundadas de su participación en el ilícito.*
>
> *Todos estos elementos derivan en la culpa personal en que ha incurrió la demandada. En cuanto a la relación de causalidad entre las omisiones culposas con el daño sufrido por el actor, se ha establecido que la falta de cuidado, de diligencia, de acuciosidad de la funcionaria del Ministerio Público fue la causa directa y necesaria para producir el daño (…)"*

Al haber determinado la existencia de omisión culposa que dio lugar al daño sufrido por el actor, el tribunal ha aplicado debidamente el art. 2232, inciso tercero del Código Civil pues la omisión culposa no es otra cosa que una omisión ilícita, en los términos de la indicada ley sustantiva y conforme se evidenció previamente.

4.2.3 La casacionista reclama la aplicación del art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal, vigente a esa fecha.

> "Art. 216.- Atribuciones del Fiscal.- (Reformado por la Disposición Reformatoria Tercera, num. 1, de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- La Fiscal o el Fiscal deberá, especialmente:
>
> (…)
>
> 9. (Reformado por la Disposición Reformatoria Tercera, num. 1, de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009; y, por la Disposición General Quinta de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Solicitar al Juez de garantías penales que dicte las medidas cautelares, personales y reales que la Fiscal o el Fiscal considere oportunas. Igualmente deberá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas, cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvirtuar los indicios que las motivaron. En estos casos, deberá remitir al Juez de garantías penales copias certificadas de lo actuado; y, (…)"

La norma describe las facultades del o de la funcionaria pública que ejerce la titularidad de la acción penal de ejercicio público.

[5] El resaltado es propio.

[6] ZÁRATE, Héctor P., "La responsabilidad civil y el concepto de acto ilícito", Revista Jurídica de Buenos Aires, UBA, no. 26, páginas 88 a 92, Buenos Aires, Argentina.

Dichas atribuciones le son conferidas dentro del marco de un sistema normativo, donde confluyen garantías, derechos y obligaciones, que deben ser observados por quienes actúan en nombre de los poderes públicos.

Por ello, esa atribución está condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos para el efecto en ese mismo cuerpo normativo y más aún, en la Constitución de la República del Ecuador y a su tiempo, por la Constitución Política del Ecuador.

De allí que, frente a los hechos que da por ciertos el tribunal de apelación, la invocación de dicha norma se torna irrelevante al no constituir una causa de exoneración de responsabilidad civil por daño moral.

Siendo así, corresponde concluir que el tribunal provincial aplicó debidamente el art. 2232, inciso tercero del Código Civil, y que la aplicación del art. 216, número 9 del Código de Procedimiento Penal no es trascendente para la decisión de la causa, por lo que se rechaza esta impugnación.

4.3 ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

4.3.1. La accionada postula además cargo por indebida aplicación del art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, que ocasionó la falta de aplicación del art. 22 de la Constitución Política del Ecuador.

> El art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde octubre de 2008, establece:
>
> "Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.
>
> Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.
>
> **Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley"**[7].

El art. 22 de la Constitución Política del Ecuador, preveía:

> "Artículo 22.- El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable".

4.3.2. Al efecto, corresponde indicar que la demanda propuesta por Diego Francisco Yépez Garcés fue presentada el 10 de junio de 2009, en tanto que los hechos que sirven de base a la reclamación ocurrieron entre el 15 de marzo de 2007 y el 19 de abril de 2007.

El tribunal de apelación, en el apartado "3.- Naturaleza jurídica de la acción por responsabilidad de jueces, fiscales y defensores públicos" señaló:

> *"La Disposición Reformatoria Segunda, núm. 44 del Código Orgánico de la Función Judicial derogó la sección 31 del Título II, del Libro II del Código de Procedimiento Civil, que regulaba el juicio sobre indemnización de daños y perjuicios contra magistrados, jueces y funcionarios de la Función Judicial y, en su lugar, incluyó en su articulado el artículo 34, que dispone que las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral, que se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores público, con fundamento en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada. La norma citada se remite al inciso tercero del artículo 172 de la Constitución de la República que determina la responsabilidad que los jueces causen a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, es decir, eleva a rango constitucional la responsabilidad subjetiva de jueces, fiscales y defensores públicos, responsabilidad que es diferente de la responsabilidad extracontractual del Estado, regulada en el número 9 del artículo 11 de la Constitución, que norma la responsabilidad objetiva directa del Estado*

[7] Resaltado por el tribunal.

por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de juicio, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En este caso, por la naturaleza de la acción y de la pretensión, no tiene relevancia que los órganos de administración de justicia dictaran sobreseimiento provisional a favor del actor o que la actuación no hubiera sido declarada maliciosa o temeraria".

Al respecto, vale precisar que el tribunal de apelación no cita de forma directa el art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador sino que acude a él por la remisión que hace el art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial y que no es materia de este análisis.

Además, de la lectura de la sentencia se advierte que a través de dicha referencia el tribunal se propone evidenciar la falta de relevancia que tiene la excepción de improcedencia de la demanda y violación del trámite, por la falta de una sentencia absolutoria en firme o sobreseimiento definitivo, opuesta por la parte demandada y que sirvió de fundamento para que el juez primero de lo Civil de Pichincha rechace la demanda por improcedente.

Es así, que el tribunal de apelación señala que por la naturaleza de la acción y de la pretensión "(…) no tiene relevancia que los órganos de administración de justicia dictaran sobreseimiento provisional a favor del actor o que la actuación no hubiera sido declarada maliciosa o temeraria (…), ya que el objeto del proceso se atiene a temas de responsabilidad subjetiva de los operadores de justicia, en este caso, daño moral resarcible".

Además, la norma del art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República, vigente a la presentación de la demanda, se refiere a la responsabilidad subjetiva de jueces, fiscales y defensores públicos por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, aplicable a este caso, y que difiere de la responsabilidad extracontractual del Estado, que se encontraba regulada antes en el art. 22 de la Constitución Política de 1998 y actualmente, en el art. 11, número 9 de la Constitución de la República, que se refiere a la responsabilidad objetiva del Estado, pues por sí mismo el Estado no causa daño a sus ciudadanos. En suma, no estamos frente a normas contradictorias.

Más allá del debate respecto de la aplicabilidad de una u otra regla constitucional, en función de su ámbito de validez temporal, y de las diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad, la norma que consagra el derecho a la indemnización por daño moral, es la secundaria prevista en el art. 2232 del Código Civil, que sirve de base a esta acción. Lo contrario [como alega la accionante] implicaría que solo las y los ciudadanos comunes estarían llamados a esa época al pago de tal indemnización, en franco desconocimiento del principio de igualdad ante la Ley.

Siendo así, es irrelevante para efectos de la resolución de la causa, que se haya citado el art. 172, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador y que no se haya aplicado el art. 22 de la Constitución Política del Ecuador de 1998.

De allí que la respuesta a este segundo problema jurídico es que no existen los vicios alegados.

Por lo demás, este tribunal coincide con el de apelación en el sentido de que para proponer la acción por daño moral no se requiere la existencia de sobreseimiento definitivo y menos aún, la declaratoria de maliciosa o temeraria de la actuación fiscal.

La reclamación de indemnización por daño moral es una acción autónoma, por lo que no está ligada a los resultados de un proceso penal, pues la obligación de reparar el daño moral, no surge exclusivamente del ámbito penal, sino que, como se indicó previamente y lo prevé el art. 2232, inciso segundo del Código Civil, tiene varias vertientes.

La sola existencia de un arresto arbitrario, como lo ha determinado en el presente caso la administración de justicia, según refiere la sentencia del tribunal provincial, constituye uno de las hipótesis que configuran el daño moral, en los términos del art. 2232 del Código Civil, en su segundo inciso.

Se debe concluir entonces que los presuntos vicios alegados no han sido determinantes en la resolución de la causa, por lo que también se rechaza este cargo.

RESOLUCIÓN:

Con tales consideraciones, 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, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** al rechazar el recurso de casación propuesto por María Soledad Recalde Argüello **NO CASA** la sentencia emitida el 29 de noviembre de 2017, las 09h47, por el tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de

Justicia de Pichincha. Sin costas ni honorarios que regular. **Notifíquese y devuélvase.**

f) Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (E).

VOTO SALVADO
Juicio No. 17113-2013-0718
Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, lunes 30 de septiembre del 2019, las 09h13.

VISTOS:

ANTECEDENTES.-

Dentro del juicio verbal sumario que por DAÑO MORAL sigue el señor Diego Francisco Yepez Garcés, en contra de la señora Maria Soledad Recalde Argüello, Agente Fiscal, la demandada deduce recurso de casación, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, expedida con fecha 29 de noviembre del 2017, las 09h47, que revocando el fallo de primera instancia, acepta la demanda y declara con lugar la indemnización pecuniaria de treinta mil dólares, por concepto de reparación por daño moral.

Con el auto de admisibilidad se ha corrido traslado a la contraparte por el término correspondiente, y con su contestación, concluye la sustanciación, correspondiendo a este Tribunal su análisis de fondo y para hacerlo considero:

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 Republica.

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 del Art. 269 del Código Orgánico General de Procesos.

El Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional, se encuentra integrado por las señoras doctoras María Rosa Merchán Larrea, Jueza Nacional, Rosa Beatriz Suárez Armijos y Julieta Magaly Soledispa Toro, Juezas encargadas mediante oficios N°191-SG-CNJ de 29 de enero de 2018, y 1594-SG-CNJ de 21 de septiembre de 2018, respectivamente.

CRITERIO QUE SE SEPARA DEL VOTO DE MAYORÍA.-

Encontrándome de acuerdo con la fundamentación del fallo de casación, sin embargo me aparto del criterio de mayoría, en cuanto no se aborda el tema del quantum de la decisión impugnada, respecto de los aspectos relevantes que conducen a valorar el daño moral declarado y la posibilidad de que este, pueda ser asumido con solvencia por la demandada. Así la cantidad estimada como tal, no se sustenta en el conjunto de los aportes de las partes, sino exclusivamente en las motivaciones que han causado el dolor del demandado (respetable por demás), pero incompatible, con los principios jurídicos que se traen a la *construcción del fallo de instancia,* alejándolos de la realidad procesal, en cuanto no ilustran sobre el cálculo matemático que respalde la decisión; esto es, no hay razón justificada para llegar a determinar la cantidad impuesta, por lo que la resolución, no se ajusta a los principios constitucionales de coherencia entre las premisas y la conclusión, atendiendo a las razones generadoras del acto sancionado, proveniente de la demandada, en funciones de fiscal, representante de la vindicta pública. Tanto más cuanto que el accionante, en audiencia de debate de casación, dejó claro que no era su pretensión fundamental obtener utilidad económica, sino su reivindicación moral ante su familia y la sociedad, la que le ha sido otorgada por la justicia, como órgano administrador, a cuya "prudencia", queda dicha cuantificación, para efectos de control de legalidad, debiendo en tal sentido encontrar equilibrio entre la pretensión de la acción y su justificación. La cuantificación debe ser el resultado de un análisis equilibrado que

al tiempo de reparar el daño moral, tampoco se afecte de manera desproporcionada a la persona que debe responder por ello.- En instancia, no se ha considerado que la demandada a más de sufrir la condena moral (que se admite), debe enfrentar la condena económica, que no se compadece con su situación laboral; siendo que la imposición no se halla justificada por el perjuicio sufrido y por la falta. Por estas consideraciones, estimo que la indemnización pecuniaria, no debe exceder de tres mil dólares; reiterando mi acuerdo con el análisis de fondo. Sin Costas.- **NOTIFIQUESE.**

f) Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (E).

III

Juicio Nro. 18334-2014-3998
Resolución Nro. 0238-2019
Fecha: Jueves 24 de octubre del 2019, las 14h23

TEMA: La omisión de solemnidades indispensables para la validez de la compraventa de una sucesión hereditaria de una menor incapaz relativa, contenida en el acta de mediación, insinuación judicial y escritura pública, producen nulidad absoluta, y contra aquella no opera la prescripción de la acción rescisoria, pues no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por el transcurso del tiempo, y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

La actora María Cristina Sevilla Altamirano, demanda la Nulidad del Acta de Mediación suscrito por su madre, en su representación, dictada por el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio de Ambato, Industrias de Tungurahua y Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato, el 22 de febrero del 2007; proceso en el cual, al momento de la celebración, la compareciente era menor de edad, por lo que alega debía ser consultada. Solicita venia para demandar a su madre, la cual no fue otorgada por el juez que primigeniamente conoció la causa, pero que al ser una formalidad, se convalida esta actuación, estableciendo que la actora de la causa cuenta con la venia de plantear la demanda contra su progenitora. La sentencia de primera instancia rechaza la demanda por improcedente, ya que el no consultar al niño o adolescente, no es causal de nulidad.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Del análisis del recurso de apelación, el Tribunal encuentra que el Acta de Mediación se trató de una partición hereditaria extrajudicial, en el que se resolvió el patrimonio hereditario de la demandante; por lo que se debió contar con la opinión de la actora. Que al tratarse de una menor de edad, la partición debió ser judicial para su validez, conforme lo determinaba el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil. Esto entraña una violación de trámite, además de una vulneración de la norma sustancial o material, así como una evidente vulneración de derechos del adolescente garantizados en la Constitución de la República del Ecuador. Por lo expuesto, acepta el recurso de apelación, y declara la nulidad del acta de mediación.

SÍNTESIS CASACIÓN

El Procurador común de los demandados presenta recurso de casación. Alega infracción de los artículos 273 del Código de Procedimiento Civil; 65 inciso primero y numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia; 1364, inciso primero, 1697, 1698, 1700 primer inciso, 1708, 1709 inciso segundo, 1710, 1712, 2392, 2414, 2393, y 2418 del Código Civil; fundamenta su recurso en las causales 1 y 4 del artículo de la Ley de Casación. Acusa extra petita al declarar la nulidad del acta; citra petita por no resolver la excepción de prescripción propuesta al contestar la demanda. Argumenta que se omitió analizar las reglas de nulidad que rigen a los contratos y particiones.

Del análisis de la sentencia, la Sala encuentra que se configuran los vicios de extra petita y de citra petita; por lo que CASA la sentencia y pronuncia la correspondiente de mérito:
La actora demanda la nulidad del Acta de Mediación, sin precisar si es nulidad absoluta o relativa. Reclama el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser consultados en los asuntos que les afecten. Pretensión que así descrita, no produciría ni aún la nulidad relativa del acto o contrato, dice la Sala. Agrega que el Código Civil determina que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por la ley para representarla, surte iguales efectos que si los hubiera realizado por sí mismo; además el COGEP establece que los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza. La Sala además sostiene que, opuesta la excepción de prescripción, ésta operaría por el solo decurso del tiempo, pues han transcurrido más de los cuatro años previstos en el artículo 1708 del Código Civil, para pedir la rescisión, contados desde el día que cesó la incapacidad, es decir, la fecha en que cumplió la mayoría de edad. Por lo que no procede la declaratoria de nulidad.
Sin embargo, de la lectura del Acta, se encuentra la omisión de una solemnidad, lo que acarrea nulidad absoluta, dicha omisión es haber realizado la compraventa de derechos en una sucesión hereditaria, sin la correspondiente suscripción de escritura pública, según lo determinado en el artículo 1740 inciso segundo del Código Civil; consecuentemente CASA la sentencia y de OFICIO en atención a lo dispuesto en el artículo 1699 del Código Civil, declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa de derechos y acciones sucesorios, contenido en el Acta de Mediación materia del litigio, disponiendo que las cosas vuelvan al estado anterior a su celebración.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 18334-2014-3998

Jueza Ponente: Dra. María Rosa Merchán Larrea

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-
Quito, jueves 24 de octubre del 2019, las 14h23.
VISTOS:
ANTECEDENTES
En el juicio ordinario que, por nulidad de acta de mediación sigue María Cristina Sevilla Altamirano en contra de Patricia Elena, Lorenzo Germán, Juan Antonio y Ana Lucia Sevilla Naranjo, e Hilda Aurelia Naranjo Román; Juan Antonio Sevilla Naranjo por sus propios derechos y en calidad de procurador común de los demandados, interpone recurso de casación impugnando la sentencia de mayoría dictada el 3 de mayo de 2018, las 14h11, por un Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, el que, al aceptar el recurso de apelación interpuesto por la accionante, declara la nulidad del acta de mediación suscrita en el proceso No. CAM-M-0004-2007, al considerar que la misma, contiene una partición extrajudicial, la que debió ser necesariamente judicial, en virtud de que al momento de su celebración, aquella era menor de edad.
Concedido el recurso de casación por el Tribunal de instancia, y remitido el expediente al órgano jurisdiccional competente de esta Corte Nacional de Justicia, la Conjueza de esta Sala de lo Civil y Mercantil, 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 el artículo 6 de la Ley de Casación.
FUNDAMENTOS DEL RECURSO
El recurrente, en el escrito de interposición del recurso, determina como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículo 273 del Código de Procedimiento Civil; 65 inciso primero y

numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia; 1364, inciso primero, 1697, 1698, 1700 primer inciso, 1708, 1709 inciso segundo, 1710, 1712, 2392, 2414, 2393, y 2418 del Código Civil; funda el recurso en las causales 1 y 4 del artículo 3 de la Ley de Casación.

Con fundamento en la causal 4, acusa a la sentencia impugnada, de resolver algo distinto a los puntos materia de la traba de la Litis, incurriendo en el vicio de extra *petita*, al declarar la nulidad del acta de mediación suscrita el 22 de febrero de 2007, con el argumento de que *"... el Acta contenía una partición hereditaria que debió hacerse en vía judicial, para su validez.[...]En otras palabras, el tribunal ad quem declaró oficiosamente la nulidad del Acta de Medicación* ***por considerar que se había violado el trámite, al aprobarse una partición hereditaria en la que tenía interés una menor de edad, prescindiendo del trámite judicial "*** (Sic); vicio que, sostiene, es trascendente, ya que, la causa se resolvió "con base a una pretensión que no formó parte de la Litis, y respecto de la cual, los demandados no pudimos contestar o contradecir." (Sic).

Alega, al amparo de la misma causal, que, la sentencia impugnada incurrió en el *vicio de citra petita*, al dejar de resolver la excepción de prescripción propuesta al contestar la demanda; omisión que, sostiene, ***"constituye un vicio trascendente*** **para la resolución de la causa, ya que, de haberse resuelto y aceptado en la parte resolutiva,** ***se habría reconocido que la acción de nulidad de Acta de Mediación estaba prescrita y se habría llegado a la misma conclusión contenida en el Voto Salvado."*** (Sic).

Invocando la causal 1, sostiene que, en la sentencia impugnada, el Tribunal de instancia, aplica indebidamente el artículo 65.1 del Código de la Niñez y Adolescencia, referido a la validez de los actos jurídicos suscritos por niñas, niños y adolescentes, y no a la falta de consulta a menores de edad. Alega que, el análisis sobre la capacidad jurídica de los menores de edad para celebrar actos jurídicos difiere del "análisis que conlleva la supuesta falta de consulta alegada por la actora y señalada por el tribunal ad quem." (Sic), el que, dice, atribuyó a la falta de consulta efectos jurídicos no previstos para tal supuesto. Además, el recurrente, acusa a la sentencia de falta de aplicación de los artículos 1364, primer inciso, 1697, 1698, 1700, primer inciso, 1708, 1709, inciso segundo, 1710, y 1712 del Código Civil, argumentando que, el órgano jurisdiccional de instancia omitió analizar las reglas de nulidad que rigen a los contratos y a las particiones, pese haber considerado que el Acta de Mediación contenía una partición judicial; y, si la falta de consulta provocaba la nulidad absoluta o relativa, las que, dice, son totalmente diferentes. Sostiene que, el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia *"únicamente podría generar nulidad relativa."* (Sic), la que, según el también inaplicado artículo 1700 del Código Civil, debe ser declarada por el juez a petición de parte, alegada por ciertas personas y, sanearse por el transcurso de tiempo o por la ratificación de las partes; y que, de haberse aplicado los artículos 1708, 1709, 1710, y 1712 ibídem, la demanda de nulidad por falta de consulta, debió ser rechazada, ya que, la nulidad se habría saneado por el transcurso del tiempo, o por la ratificación de las partes, en forma tácita, puesto que la actora "ejecutó voluntariamente la obligación contratada al haber recibido personalmente el vehículo y el dinero objeto del Acta de Mediación, para solventar sus gastos y manutención personal." (Sic). Finalmente, sostiene que, en la sentencia recurrida existe falta de aplicación de los artículos 2392, 2393, 2414, y 2418 del Código Civil, porque, el Tribunal de instancia, no analizó la excepción de prescripción extintiva alegada al contestar la demanda, pese haber transcurrido en exceso el plazo de 4 años para pedir la acción rescisoria, cuadrienio que, según el también inaplicado artículo 1709 ibídem, empieza a correr desde que los herederos menores hubieren llegado a la mayoría de edad, ni contabilizó el tiempo transcurrido desde que la actora llegó a la mayoría de edad hasta la fecha de citación con la demanda; y que, de haber aplicado la citadas normas, habría declarado la prescripción de la acción.

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 186.6 de la Constitución de la República, normado por el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. Corresponde el conocimiento de esta causa, en razón del sorteo realizado, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueza y Conjuezas Nacionales, nombradas y posesionadas por el Consejo de la Judicatura, con competencia para resolver el recurso de casación interpuesto, en virtud de 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. Actúan la Dra. Beatriz Suárez Armijos y Dra. Magaly Soledispa Toro, en virtud de los oficios números 191-SG-CNJ de fecha 29 de enero de 2018 y, 1594-SG-CNJ de 21 de septiembre de 2018, respectivamente.

2. PROBLEMA JURÍDICO QUE DEBE RESOLVER EL TRIBUNAL

2.1. Al Tribunal, en virtud de los puntos a los cuales el recurrente contrae el recurso le corresponde resolver:

Si una sentencia es incongruente, cuando en ella, se omite resolver la excepción de prescripción alegada al contestar la demanda; y, si vulnera los artículos 65, inciso primero y numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, 1364 inciso primero, 1697, 1698, 1700 primer inciso, 1708, 1709 inciso segundo, 1710, 1712, 2392, 2414, 2393, y 2418 del Código Civil, al considerar que, el acta de mediación adolece de nulidad insanable, porque contiene una partición de bienes, que para su validez debió ser judicial, al resolverse en ella intereses de una menor de edad.

3. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

3.1 En Casación, la causal que se invoca en sustento de una acusación en contra de la sentencia, constituye la razón legal de la impugnación y el límite impuesto por el recurrente para el ejercicio del control de legalidad que debe realizar el Tribunal.

3.2 La causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, configura los vicios inconsonancia, disonancia o incongruencia; presente en una decisión judicial, cuando aquella desbordando el principio dispositivo, rector, entre otros, de la administración de justicia, no se sujeta a los límites impuestos por las partes en la pretensión y la contradicción, ya porque otorga más de los pedido; algo distinto a lo pedido o deja de resolver sobre algo de lo pedido. Para verificar la presencia de uno de los vicios previstos en esta causal, se debe confrontar la demanda, las excepciones propuestas al contestarla y la sentencia, a fin de comprobar si el juzgador resolvió dentro de los límites fijados por las partes en la controversia.

3.3 Los principios y normas que regulan la expedición de una resolución judicial, disponen que ésta debe decidir con claridad los puntos sobre los que se trabó la Litis, (principio dispositivo) y los incidentes originados durante el juicio, fundándose en la Ley y los méritos del proceso; la omisión de resolverlos o la exagerada diligencia más allá de aquellos, constituye causal para fundamentar el recurso de casación. (Artículos 273 del Código de Procedimiento Civil; 9, 19 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial y 3.4 de la Ley de Casación.)

3.4 Lo jurídicamente calificado como traba de la litis, se compone de las pretensiones formuladas por el actor en la demanda, y por el demandado en la reconvención, (exigencia fundada o no) y la resistencia esgrimida en contra, (excepciones). Fijados los puntos del litigio, y desarrollada su discusión más allá de la negación pura, corresponde al órgano jurisdiccional pronunciarse y decidir sobre cada una de las cuestiones, o razones que fundamentan las pretensiones y la oposición, para construir los fundamentos o la motivación de la decisión, en armonía con lo exigido y las defensas invocadas.

3.5 Una sentencia es incongruente, cuando el pronunciamiento dado en ella, no guarda armonía con las pretensiones contenidas en la demanda y las excepciones opuestas en defensa. *"El vicio de incongruencia puede exteriorizarse, por regla, tanto al decidir cuestiones ajenas o distintas de las peticionadas temporáneamente por las partes (extra petita); omitir decisión respecto a cuestiones planteadas en tiempo y modo oportuno (citra petita) o rebasar o exceder el contenido de la pretensión u oposición añadiendo algo no solicitado, no obstante haber sido cumplidos los requisitos de actividad requeridos para esos actos (ultra petita)".* (ENDERERLE Guillermo Jorge. La Congruencia Procesal. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. Pág. 103)

3.6 Cuando el órgano jurisdiccional al resolver vulnera el principio de consonancia entre lo pedido y lo resuelto, por exceso u omisión, lesiona el interés jurídico de las partes en el proceso y su derecho a la tutela judicial efectiva.

3.7 La mediación es un procedimiento alternativo de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto; procedimiento que concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo, la que, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. (Artículos 43, y 47, inciso cuarto de la Ley de Arbitraje y Mediación)

3.8 La nulidad producida, por un objeto o causa ilícita, y por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la recisión del acto o contrato. (Artículo 1698 C.C)

3.9. Artículo 1740 del Código Civil: *"La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito."* (El subrayado nos pertenece)

4. ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN DEL RECURSO

4.1 PRIMER CARGO: Con fundamento en la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis.", el recurrente, en calidad de procurador común de los demandados, sostiene que la sentencia impugnada es incongruente y vulnera el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, porque en ella, el Tribunal de instancia, resuelve declarar la nulidad del acta de mediación con fundamento en que *"el Acta contenía una partición hereditaria que debió hacerse en vía judicial, para su validez."* (Sic), lo que, dice, no fue alegado por la actora en su pretensión; y, omite resolver la excepción de prescripción de la acción, opuesta en la contestación a la demanda, alegando que la omisión de consulta ocasiona la nulidad relativa del acto, la que, tiene un plazo de prescripción de cuatro años.

4.1.1 1 Para el análisis de la acusación, se precisa determinar la traba de la Litis, la que se establece con la pretensión contenida en la demanda, las excepciones opuestas a la misma y la decisión en sentencia, al respecto, de la lectura de la demanda, contestación y sentencia impugnada, este Tribunal de Casación, obtiene:

De la lectura del libelo de demanda, se desprende que en ella, la actora pretende se declare la nulidad del acta de mediación celebrada el 22 de febrero de 2007, en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio de Ambato Industrias de Tungurahua y Pontificia Universidad Católica del Ecuador, con sede en Ambato, entre Juan Antonio Sevilla Naranjo, por su propios derechos y en representación de Hilda Aurelia Naranjo Román, Patricia Elena, Ana Lucia, y Lorenzo Germán Francisco Sevilla Naranjo; y, Zandra Alicia Altamirano García, madre y representante legal de María Cristina Sevilla Altamirano, porque, a la fecha de su celebración era menor adulta y debía ser consultada, pretende además, el pago de daños y perjuicios, la suspensión de ejecución del acta, costas procesales, y honorarios profesionales; en oposición, los demandados al contestar la demanda, proponen las excepciones de falta de derecho para demandar, debido a la existencia de cosa juzgada y a la falta de configuración de las causales de nulidad; falta de legítimo contradictor; falta de derecho para demandar con fundamento en disposiciones relativas a la capacidad de las personas, y a la falta de consentimiento; y, prescripción de la acción. Pretensión y contestación con las que ha quedado trabada la Litis, y sobre las que la sentencia debía resolver.

En la especie, revisada la sentencia impugnada, se obtiene que en el literal C), numeral III, del considerando TERCERO, el Tribunal de instancia, al analizar la cláusula tercera del acta de mediación, señala: *"De la cláusula tercera del acta de mediación, que se refiere a "ACUERDOS" numerales 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6 y 3.7, se desprende inequívocamente de que se trata de una partición hereditaria extra judicial; D.- De lo descrito anteriormente, se puede deducir los siguiente: 1.- Que el acuerdo al que llegaron los demandados y ZANDRA ALICIA ALTAMIRANO GARCIA, en representación de su hija menor de edad MARIA CRISTINA SEVILLA ALTAMIRANO, a través de la mediación, como medio alternativo de solución de conflictos, en el que se resolvió el patrimonio hereditario de la demandante, y por ende se debió contar con la opinión de MARIA CRISTINA SEVILLA ALTAMIRANO, de 14 años de edad en ese entonces, hecho que no se ha justificado ni en primera ni segunda instancia, incumpliéndose de este modo con lo que determina la Carta Magna del Ecuador de 1998, vigente a la época de celebración del acta de mediación,..."*, concluyendo más adelante, luego de transcribir lo previsto en los artículos 49 de la Constitución de la República de 1998; 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño; 60 y 65.1 del Código de la Niñez y Adolescencia; y, 44 de la Constitución de la República

de 2008, que, *"...el acta de mediación cuya nulidad es objeto de este enjuiciamiento, contiene una partición extrajudicial, la misma que adolece de vicio de NULIDAD insanable, por cuanto, al momento de su celebración, MARIA CRISTINA SEVILLA ALTAMIRANO, hija y, por ende, heredera del fallecido Arquitecto GERMAN FRANCISO SEVILLA NARANJO, tenía la edad de 14 años, es decir que era menor de edad, por tanto, la partición hereditaria, debió ser necesariamente judicial para su validez, conforme lo determina el Art. 657 del anterior Código Adjetivo Civil [...], en igual forma dispone el Art. 1346 del Código Civil, inciso primero, [...]. Sin que la comparecencia de ZANDRA ALICIA ALTAMIRANO GARCÍA, en calidad de madre y representante legal de MARIA CRISTINA SEVILLA ALTAMIRANO, menor de edad al momento de la partición de los bienes hereditarios de su padre GERMAN FRANCISCO SEVILLA NARANJO, a través de un acuerdo extra judicial, como el contenido en el acta de mediación, haya suplido la exigencia legal."*; asunto que no es materia de la traba de la Litis y que contrariamente a lo que sostiene el tribunal de instancia no contiene una partición extrajudicial de bienes, porque en ella no se establece una masa partible, ni se adjudica bienes a los herederos, terminando un estado de indivisión (extra petita).

Sobre la acusación de no haberse resuelto la excepción de prescripción extintiva de la acción opuesta en la contestación a la demanda, este Tribunal deja sentado que, del análisis de la sentencia impugnada se obtiene que el órgano jurisdiccional de instancia, no considera ni se pronuncia sobre ella, expresando de manera fundamentada las razones por las que la admite o rechaza, incurriendo así además, en el vicio de *citra o mínima petita* previsto en la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, razón por la cual este tribunal de casación, acepta los cargos y CASA la sentencia impugnada, procediendo en su lugar, en atención a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación, a dictar sentencia de mérito, en los siguientes términos

SENTENCIA DE MÉRITO. De la lectura del libelo de demanda, se obtiene que en ella, la actora pretende se declare la nulidad **(sin precisar si absoluta o relativa)** del acta de mediación de 22 de febrero de 2007, celebrada en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio de Ambato, Industrias de Tungurahua y Pontifica Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato, entre Juan Antonio Sevilla Naranjo, por su propios derechos y en representación de Hilda Aurelia Naranjo Román, Patricia Elena, Ana Lucia, y Lorenzo Germán Francisco Sevilla Naranjo, y, Zandra Alicia Altamirano García, madre y representante legal de la menor de edad María Cristina Sevilla Altamirano demandante -, por la omisión de consulta a la entonces adolescente de 14 años de edad. Fundamenta la acción en los artículos 1461 incisos segundo y tercero, 1463 inciso tercero del Código Civil y 49 de la Constitución de la República de 1998, que en su orden establecen: los requisitos para que una persona se obligue válidamente; la incapacidad relativa de los menores adultos y el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser consultados en los asuntos que les afecten. Pretensión que así descrita, no produciría ni aún la nulidad relativa del acto o contrato, pues la falta de consulta a los menores interesados sobre asuntos que les afecten, y a cuyo nombre intervine su madre en calidad de representante legal, no prevé como sanción la nulidad del acto o contrato. El artículo 1461 del Código Civil dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario entre otros requisitos, que sea legalmente capaz; el artículo 1463 prevé que son también incapaces los menores adultos, situación en la que se encontraba la demandante, a la fecha de la celebración del acta de mediación, incapacidad que según la propia norma no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertos respectos determinados por las leyes; en tanto, el artículo 1464 determina que, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si los hubiera realizado por sí mismo. El artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, con vigencia ulterior a su derogatoria, en virtud de la transitoria Primera del COGEP, establece que los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza. En principio, si la ley, prevé la intervención de la madre a nombre de la adolescente, aún sin su opinión, se entendería válido el acto o contrato celebrado por ésta a su nombre; y en todo caso relacionado con sus derechos, por su calidad de menor de 14 años, (calidad o estado de las partes) procedería la nulidad relativa que da derecho a la rescisión del contrato y opuesta la excepción de prescripción, ésta operaria por el solo decurso del tiempo, pues han transcurrido más de los cuatro años previstos en el artículo 1708 del Código Civil, para pedir la

rescisión (nulidad relativa), contados desde el día que cesó la incapacidad de la ahora demandante, la fecha en la que cumplió 18 años de edad, 29 de julio de 2010, hasta que se perfeccionó la citación a los demandados, 23 de abril de 2015 (publicaciones por la prensa). Así el cuadro procesal, no procede la declaratoria de nulidad con sustento en la omisión de consulta a la menor interesada en el acta de mediación.

Sin embargo, de la lectura del acuerdo de mediación, cuya nulidad se demanda (fs. 3 a 5 del cuaderno de primera instancia) cláusula TERCERA - 3.5 -, consta que la menor María Cristina Sevilla Altamirano, recibe una cuota hereditaria equivalente a *" (…) (U.S.D.119.150) que corresponden al pago que hacen los otros herederos y la cónyuge sobreviviente, es decir la familia Sevilla Naranjo,* ***por la compra de los derechos y acciones de la herencia de la menor María Cristina Sevilla Altamirano"*** estipulación que pone de manifiesto la existencia de una nulidad absoluta en el contrato de mediación, la compraventa insolemne de derechos en una sucesión hereditaria, en vulneración de la solemnidad propia para este tipo de enajenaciones (escritura pública) al tenor de lo dispuesto en el Código Civil, artículo 1740 inciso segundo "La venta de ***(…) y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública(…).*** En tanto, el artículo 695 prevé ***"Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio"***. El artículo 1697 dispone ***"Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa",*** mientras que, el artículo 1698, dispone que la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan son nulidades absolutas. La omisión de solemnidades indispensables para la validez de la compraventa de una sucesión hereditaria de una menor incapaz relativa, contenida en el acta de mediación, insinuación judicial y escritura pública (artículo 1740), producen la nulidad absoluta del contrato y contra aquella no opera la prescripción de la acción rescisoria opuesta por los demandados, pues no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de 15 años, los que no han decurrido y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

DECISIÓN

Con la motivación que antecede, 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",** al **CASAR** la sentencia dictada el 3 de mayo de 2018, las 14h11, por un tribunal de jueces la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, declara sin lugar la demanda, sin costas; y de OFICIO, en atención a lo dispuesto en el artículo 1699 del Código Civil, declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa de derechos y acciones sucesorios que a María Cristina Sevilla Altamirano le corresponden en la sucesión de Germán Francisco Sevilla Naranjo, contenido en el acta de mediación celebrada el 22 de febrero de 2007 en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio de Ambato, Industrias de Tungurahua y Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato, disponiendo que las cosas vuelvan al estado anterior a su celebración. Sin costas. **Notifíquese y devuélvase** los expedientes de instancia para los fines de ley.

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (E) (V.S.); Dra. Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (E).

VOTO SALVADO
Juicio No. 18334-2014-3998
Dra. Beatriz Suárez Armijos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Vistos.- Encontrándome de acuerdo con la resolución en cuanto al análisis de fondo, sin embargo, me separo del criterio de mayoría, en atención a lo que dispone el Art. 184 de la Constitución de la República "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".- Art. 1 de la Ley de Casación, que restringe la competencia de la Corte Nacional a la funciones de "Corte de Casación", esto es a juzgar sobre la procedencia o improcedencia del "recurso de casación". Las competencias nacen de la ley, conforme lo disponen los Arts. 156 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que conste en el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de la sustanciación del presente juicio, ley alguna que le faculte actuar de oficio, sino que por el contrario, esta juzgadora debe proceder, en mérito de lo determinado por el Art. 190 del Código Ibídem. Por estas consideraciones, me separo del criterio de mayoría, en cuanto a la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato de compra venta de derechos y acciones sucesorios que a María Cristina Sevilla Altamirano le corresponden en la sucesión de Germán Francisco Sevilla Naranjo, contenido en el acta de mediación celebrada el 22 de febrero de 2007 en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio de Ambato, Industrias de Tungurahua y Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato.- **Notifíquese.-**

f) Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. Beatriz Suárez Armijos, JUEZA NACIONAL (E) (V.S.); Dra. Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (E).

IV

Juicio Nro. *11333-2017-03427*
Resolución Nro. *0082-2019*
Fecha: *miércoles 17 de abril del 2019, las 14h40*

TEMA: Daños y perjuicios. Requisitos para la determinación de la existencia de responsabilidad civil extracontractual.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Los actores manifiestan que el 11 de septiembre de 1997 adquirieron los lotes de terreno signados con los números 23 y 24 que forman un solo cuerpo, y posteriormente, el 1 de junio del 2000 adquirieron dos lotes de terreno signados con los números 25 y 26 que también forman parte de un solo cuerpo. Los referidos terrenos se encuentran ubicados en la lotización La Florida, barrio San José, parroquia Malacatos, cantón y provincia de Loja. Que en el lote 23 construyeron una casa de una sola planta; que los planificadores de la lotización habían dejado franjas de protección y retiros correspondientes en el margen de la quebrada, según lo exige la ordenanza municipal, para que el Municipio construya el sendero ecológico" La Cascarilla". Añaden que el río hace una curva muy pronunciada en sus lotes, por lo que el alcalde ordenó que se trace el sendero no por la franja de protección, sino por el medio de sus terrenos, para lo cual llevaron maquinaria pesada y fraccionaron su bien en dos partes. Producto de esta intervención se produjo graves daños como la fractura de muros de contención perimetrales, asentamiento de pisos interiores y exteriores, agrietamiento de paredes, destrucción de tuberías de aguas lluvias y servidas, por lo que la casa se volvió inhabitable. Pretenden que, mediante sentencia, se disponga que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, a título de indemnización de daños y perjuicios y daño moral les cancele la cantidad de USD 51.677,28 por daños y perjuicios ocasionados a su propiedad; la cantidad de USD 20.000,00 a título de reparación por el grave daño moral ocasionado a razón de USD 10.000,00 a cada uno de los accionantes; el pago de costas procesales en los que se debe incluirá los honorarios profesionales de su defensa; y, que los valores que se ordene a pagar sean repetidos por el GAD Municipal de Loja, en contra del Alcalde de Loja que es quien ha ordenado la construcción del sendero.

El juez considera que los actores demostraron los daños, que son consecuencia de los actos realizados por la entidad demandada, así como también demuestran que la propiedad es de los actores. Por lo que acepta parcialmente la demanda, realiza el cálculo de la indemnización al amparo del artículo 98 del COGEP, ordena el pago de USD $12.868,23 por los daños en la propiedad, más los gastos que sean necesarios para la construcción del muro de contención. Añade que no se ha demostrado el daño moral.

SÍNTESIS DE APELACIÓN

Tanto la parte actora como la entidad demandada presentan recurso de apelación.

Se rechaza el recurso de la entidad demandada.

Sobre el recurso de la parte actora, se acepta parcialmente su apelación, ordena el pago de USD $21.868,23, no se ordena la construcción de un muro, ya que esto no fue solicitado. Al haberse probado el daño moral, se ordena el pago de USD $10.984,11 dólares, que

serán divididos para los accionantes. Para la determinación del monto del daño moral se toma en cuenta la edad de los comparecientes, el promedio de vida para cuantificar la afectación y el promedio de utilización proyectado para cada uno de los accionantes.

SÍNTESIS CASACIÓN

La entidad demandada presenta recurso de casación de la sentencia que reformó la de primer nivel en cuanto al monto de la indemnización por daños y perjuicios, y dispone el pago de $21.868; así como el pago de $10.000 por daño moral. fundamenta su recurso en el caso cinco del artículo 268 del COGEP acusa a la sentencia de falta de motivación. manifiesta que la sentencia identifica los hechos que dieron origen a la acción, esto es la construcción de un sendero ecológico que afectó la propiedad de los actores, sin embargo dice que el sendero se construyó dentro del margen de protección de treinta metros de ribera del río que es un bien de dominio público, por lo que no pueden pretender indemnización. que los actores levantaron una construcción en un espacio público. los actores responden que el proceso se inició por la destrucción de su vivienda por parte del municipio de Loja al construir el sendero ecológico Loja-Malacatos, causándoles daños y perjuicios y grave daño moral. Que la entidad casacionista no ha demostrado la falta de motivación. la Sala encuentra que se ordena el pago de daño moral ocasionado por los daños en la vivienda por negligencia de la entidad demandada, pero que no se establece el nexo causal entre la acción y el daño moral supuestamente sufrido, es decir la sentencia carece de motivación.

La Sala señala que para determinar la existencia de responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, el Ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia, han señalado los elementos que deben concurrir, los cuales son: a) que el hecho sea contrario a las normas legales o reglamentarias, b) que haya dolo, culpa y otro factor determinado por la ley, c) que exista daño patrimonial o moral, y, d) que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.

Por lo señalado, casa la sentencia y emite la correspondiente de mérito. Se verifica la existencia de daños materiales que las consecuencias dañosas no se justifican con la certificación ambiental, ni con los permisos para la ejecución de la obra, que la entidad debió actuar con precaución para prever el perjuicio que se podía ocasionar en el desbanque. Se establece la responsabilidad de la demandada y el nexo causal que obliga a indemnizar. No se prueba el daño moral. Se ordena el pago de $12.868,23 determinados en el informe pericial.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 11333-2017-03427

Jueza Ponente: Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, miércoles 17 de abril del 2019, las 14h40,

VISTOS.- Dentro del juicio ordinario que por pago de daños y perjuicios sigue LIDA AGILA MAZA y LORGIO CHAMBA CALVA contra el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja representado por FANNY PINEDA LUDEÑA en calidad de Alcaldesa y DANIEL SEMPERTEGUI CORONEL, Procurador Síndico; el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, con fecha 12 de octubre del 2018, las 15h14, expide sentencia aceptando parcialmente el recurso de apelación de los actores, reformando la sentencia venida en

grado en cuanto al monto de la indemnización por daños y perjuicios, dispone el pago de veintiún mil ochocientos sesenta y ocho dólares (USD 21.868) así como se cancele diez mil dólares (USD 10.000) por concepto de daño moral a los actores. En ejercicio del derecho consagrado en el Art.76 numeral 7 literal **m),** cuya procedencia se establece en el Art. 266 del Código Orgánico General de Procesos, la parte demandada 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 doctora María Rosa Merchán, Jueza Nacional; así como las señoras doctoras Rosa Beatriz Suárez Armijos y Julieta Magaly Soledispa Toro, Juezas encargadas mediante oficios Nº191-SG-CNJ de 29 de enero de 2018, y 1594-SG-CNJ de 21 de septiembre de 2018, respectivamente. En atención a la admisión del recurso de casación en auto interlocutorio dictado el 11 de diciembre del 2018, las 11h23, y sustentado en audiencia el 14 de febrero del 2019, las 15h00; 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 Republica. 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 del Art. 269 del Código Orgánico General de Procesos. **SEGUNDO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO**. El desarrollo de las competencias del juez de casación, lo fija el recurrente, en el orden técnico le corresponde determinar en forma clara, completa y exacta, las normas que estima vulneradas, perfectamente ubicadas en las causales de casación, con vista en un específico modo de infracción, que demuestre materialmente la existencia de un yerro en el fallo impugnado. **2.1.** La parte recurrente impugna la resolución de la Corte Provincial de Justicia de Loja por falta de motivación con apoyo en el caso dos del Art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, indicando que en la sentencia se comienza identificando los hechos que dieron origen a la acción, esto es que por la construcción de un sendero ecológico, se afectó la propiedad de los actores que limita con el Río Campana; sin embargo, dice, dicho proyecto se construyó dentro del margen de protección de treinta metros de la ribera del río que es un bien de dominio público, por lo que los accionantes no pueden pretender que se les indemnice. Manifiesta que la Corte Provincial no llegó a determinar que efectivamente la propiedad, posiblemente afectada, se encontrara fuera del margen de protección del río; considera que al no haberse identificado este particular, no procedía condenar al pago de daños y perjuicios cuando los accionantes levantaron una construcción dentro de un espacio público. Señala que la sala de apelación vulnera el Art. 76.7**.l)** de la Constitución de la Republica al citar normas jurídicas pero no explicar la pertinencia de la aplicación de esas normas y principios jurídicos en los que funda su sentencia, por tales razones considera que la sentencia carece de razonabilidad. Solicita que el Tribunal case la sentencia impugnada**. 2.2.** En replica la contraparte cuestiona las aseveración del casacionista, indicando que los actores iniciaron el proceso por la destrucción de una vivienda, ocasionada por el Municipio de Loja al construir el sendero ecológico Loja-Malacatos, causándoles daños y perjuicios y grave daño moral. Expresa que el casacionista no ha logrado demostrar que la sentencia carezca del requisito de motivación, al no explicar si la sentencia es irracional, ilógica o incomprensible; en tal razón pide ratificar la sentencia impugnada negando el recurso de casación de los demandados. **TERCERO.- CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN**. El ejercicio de la jurisdicción, tiene como objetivo el control de la constitucionalidad y legalidad en las relaciones inter partes, siendo que la impugnación posibilita la corrección de arbitrariedades de las que pudieron ser sujeto, al someter sus conflictos a resolución de la justicia en instancias. Es un instrumento procesal, que insta dentro del mismo proceso, la modificación o invalidación de un acto, si efectivamente es contrario al interés jurídico protegido por la ley. En el orden, existen diferentes niveles jerárquicos, destinados a hacer efectiva la tutela de los derechos establecidos en la normativa secundaria a fin de que sus contenidos sean totalmente respetados, en ejercicio de un medio procesal destinado a precautelar el derecho de defensa, bajo el rigor de los principios del derecho al debido

proceso. En particular el recurso de casación, como medio de impugnación, se desarrolla en su contexto limitado, extraordinario, puro, supremo, de alta técnica jurídica, para evitar arbitrariedades que se puedan suscitar a consecuencia de la ejecución de determinadas decisiones judiciales definitivas, e impedir o cesar la lesión de bienes y derechos jurídicamente protegidos. Se le otorga la calidad de recurso extraordinario por cuanto "no puede ser ejercitado ante cualquier agravio, sino que se necesita una especial legitimación cuya apertura depende de la existencia de un motivo legal; y por abarcar por regla- sólo las cuestiones fácticas"(Hitters, Juan Carlos, Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, La Plata, Editora Platense Segunda Edición, 1998 Pág.207); de allí su exigencia formalista, por ello su estructura debe responder técnicamente a la determinación exacta del impacto de la omisión en la parte dispositiva del fallo, siendo que la falta de estos elementos imposibilitan al Tribunal de la Sala de Casación, efectuar el correspondiente control de legalidad, dado que su función es encontrar los vicios en el fallo, como resultado de la relación entre los preceptos de casación, y los postulados del recurso que lo persigue, en función de su atribución "custode ipso custodes". La oportunidad en su activación e interposición determinan la procedencia o no del examen de las causales invocadas, en su propósito de atacar la decisión, para mediante la censura correctamente organizada, invalidarla o anularla por yerros de fondo o forma que puedan ser detectados en el escrutinio casacional. **QUINTO.- ANÁLISIS MOTIVADO DE LOS CARGOS.** En aplicación del principio dispositivo contemplado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y en virtud 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 Sánchez Rubio, "(…) no se puede privar a las partes de un proceso, con defensa contradictoria y alegaciones procesales que defiendan sus intereses" (Sanchez 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 el recurrente, observando el mandato contenido en el artículo 76, numeral 7, letra **l)** de la Constitución de la República, que obliga a los poderes públicos a motivar sus resoluciones. En tal virtud el Tribunal de Casación debe expresar con razonamientos jurídicos apropiados y lógicos, las razones o motivos por los cuales considera que el fallo impugnado por esta vía extraordinaria ha infringido o no normas legales, o ha incurrido o no en los errores que se acusan por parte del recurrente al amparo de la causal de casación que invoca**. 5.1.- ÚNICO CARGO: CASO QUINTO DEL ART. 268 DEL COGEP** Los casacionistas al formular el cargo contra la sentencia sostienen, que la motivación del Tribunal de alzada se aleja de lo determinado en el Art. 76. 7. **l)** de la Constitución de la Republica, al enunciar y trascribir las normas jurídicas que sustentan su decisión sin explicar la pertinencia de su aplicación. La motivación es un derecho constitucional que permite a los ciudadanos conocer de manera clara los fundamentos que llevan a determinada autoridad pública a tomar una decisión en el ámbito de sus competencias. Toda resolución de carácter pública debe cumplir con las exigencias de motivación previstas en el Art. 76.7.**l)** de la Constitución de la República: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **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 Esta garantía, de acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional, se encuentra compuesta por tres requisitos para que pueda considerarse adecuada: razonabilidad, lógica y comprensibilidad (Sentencia Nº 227-12-SEP-CC); es decir la resolución dictada con fundamentos en los principios constitucionales, precisa de coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión, expuestas con claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las

partes en conflicto. A propósito de la impugnación en examen, la doctrina ha señalado: "Una exigencia que ha de cumplir la motivación de una sentencia para que pueda considerarse fundada en derecho, es que contenga una adecuada conexión entre los hechos alegado por las partes y probados-que sirvan de base a la decisión y las normas que le den el correspondiente respaldo normativo. La conexión entre la base fáctica de la sentencia y las normas que se utilizan para decidir sobre la cuestión jurídica es una exigencia ineludible de una correcta justificación de la decisión sobre el juicio de derecho. De manera que en todos los supuestos en los que la motivación no establezca esa conexión entre los hechos y las normas, la justificación podrá ser tachada o impugnada". (Franciskovic, Beatriz, La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho. Perú, Pág. 20) Sobre el argumento del casacionista, acerca de que la sentencia recurrida no explica la pertinencia de la aplicación de las normas que sustentan la resolución, examinada la resolución impugnada se tiene que, se enumera los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de los demandados así como los fundamentos del recurso de apelación y la contestación dada a los mismos, además del análisis y relación de los hechos probados relevantes para la resolución, conforme aparece en los numerales tercero y quinto de la sentencia . Sin embargo, en el apartado **5.4.3.2** el tribunal de apelación analiza la pretensión de daño moral de los actores, teniendo como base el contenido del Art. 2232 del Código Civil, señala que, en el caso controvertido "nos encontramos ante un acto extracontractual que al no tener manifestación externa no se requiere prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca lo cual es corroborado por el referido artículo 2232 del Código Civil, que establece con respecto a este tipo de daño moral que la misma se da cuanto se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta…, por lo tanto en el presente caso es evidente que al haberse demostrado el hecho culposo efectuado por el Municipio de Loja en los trabajos de apertura del sendero ecológico en el sector Landangui-Malacatos (…) trae como consecuencia que se ha evidenciado este elementó antijurídico que sin duda genero una afectación moral a los accionantes"; concluyendo que la negligencia de la entidad demandada ocasionó daños en la vivienda de los actores, por lo cual no puede ser habitada generando daño moral. En estos términos, la acusación del accionante resulta exacta, porque la sentencia aplica el Art. 2232 del Código Civil como fundamento jurídico de la condena de indemnización de daño moral pero omite justificar el nexo de causalidad, entre la acción ilícita de los demandados y el daño moral presuntamente sufrido por los accionantes, la apreciación de la litis que hace el Tribunal ad quem no concuerda con el contexto de la demanda cuyas premisas fácticas se constriñen a la existencia de daños y perjuicios, sin que la pretensión de daño moral tenga más argumentación ni fundamentación, salvo la expresión "grave alteración emocional", tanto más que los daños materiales no pueden estar englobados en la misma pretensión que el daño moral. Al no encontrarse especificados los fundamentos fácticos que den razón sobre la pertinencia de la aplicación de la norma up supra, la motivación resulta insuficiente, y no alcanza a cumplir con las exigencias de motivación previstas en el Art. 76.7.**l)** de la Constitución de la República y el enunciado del Art. 89 del Código Orgánico General de Procesos; por lo que este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil CASA la sentencia por falta de motivación; considerándola nula y en su lugar, en atención a la disposición contenida en el Art. 273 Código Orgánico General de Procesos, dicta sentencia de mérito y para hacerlo considera: **PRIMERO: VALIDEZ PROCESAL.** El proceso se ha tramitado con arreglo a las normas constitucionales del debido proceso y las adjetivas en materia civil, sin omisión de solemnidad sustancial, que pueda influir en la decisión de la causa por lo que se declara su validez. **SEGUNDO: TRABA DE LA LITIS Y FUNDAMENTOS DE APELACIÓN** La litis se traba con la pretensión de los actores Lorgio Chamba Calva y Lida Agila Maza, que mediante sentencia, se disponga que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, a título de indemnización de daños y perjuicios cancele la cantidad de USD 51.677,28 por daños y perjuicios ocasionados a su propiedad ubicada en la lotización La Florida, sitio San José, perteneciente a la parroquia Malacatos, cantón Loja; por la construcción del sendero ecológico "La Cascarrila" que atraviesa la propiedad de los actores y USD 20.000,00 a título de reparación por el grave daño moral ocasionado a razón de USD 10.000,00 a cada uno de los accionantes. La entidad demandada, al contestar la demanda, niega los fundamentos de la acción y solicita el rechazo de la

demanda. Posterior al trámite de ley, el señor juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Loja dicta sentencia aceptando parcialmente la demanda , ordenando al Municipio de Loja el pago por concepto de daños a perjuicios a los actores por un valor de doce mil ochocientos sesenta y ocho dólares, con veintitrés centavos (USD. 12868, 23) y sin lugar la pretensión de daño moral; resolución de la cual la parte actora y demandada interponen recurso de apelación; alegando respectivamente el pago de un valor superior por indemnización de daños y perjuicios además se declare con lugar la pretensión de daño moral. Por su parte, el Municipio de Loja solicita revocar la sentencia de primer nivel por cuanto "la construcción del sendero ecológico se realizó en el margen de Protección del Rio Campana que es un bien de uso público". **TERCERO: ENUNCIACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PROBATORIOS Y HECHOS PROBADOS.-** De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, 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. En el caso en análisis y de la prueba aportada por las partes consta: Por la parte actora: **1) 1.** Certificados del Registro de la Propiedad de los lotes 23, 24, 25 y 26 de la Lotización La Florida de la parroquia Malacatos, Cantón Loja**. 2.** Escritura pública de compraventa de los lotes 23, 24, 25 y 26 de la Lotización La Florida de la parroquia Malacatos, Cantón Loja. **3.** Informe pericial del Ing. Yuri Marcel Araujo Rojas, perito calificado por el Consejo de la Judicatura, sobre la valoración de los daños materiales presuntamente causados en la propiedad de los accionantes**. 4**. Informe médico realizado por el Dr. Miguel Gonzalez Sarmiento efectuados a los accionantes. **5**. Facturas de los honorarios profesionales y recetas médicas de tratamientos recibidos por los accionantes. **6.** Declaración de los testigos señores Edison Rodrigo Ordoñez Sinche; Ney Alnivar Méndez Criollo; y, Segundo Edilberto Caraguay. Por la parte demandada: **1)** Copias de la compulsa de la resolución Nro. 004-AL-2015 de 9 de enero de 2015 que declara como sendero ecológico la ruta Loja-Vilcabamba**. 2)** Resolución ampliatoria a la resolución Nro. 004-AL-2015, Nro. 0006-AL-2016 del 25 de enero de 2016, que declara como sendero ecológico el tramo Landangui-Malacatos. **3)** Certificación de fecha 9 de enero del 2018 suscrita por la secretaría Junta de Desarrollo Urbano que especifica la información de los senderos ecológicos norte, sur y Ruta de la Longevidad con los respetivos mapas. **4)** Certificación ambiental de 12 de octubre de 2016, suscrito por el Subsecretario de Calidad Ambiental, obtenida de forma electrónica**. 5)** Memorando Nro. ML-CO-DJ-2017-871 en el que adjunta copia certificada del memorando Nro. ML-IDM-2017-013 de 19 de febrero de 2017 suscrito por el inspector de Ornato**. 6)** Certificado ambiental de 5 de octubre de 2015 emitida por la Coordinación Zonal **7. 7)** Memorando Nro. MI-GEMGA-P-J-001-2018-M de 2 de enero de 2018, suscrito por los coordinadores de gestión ambiental. Conforme lo dispuesto en el Art. 164 del Código Orgánico General de Procesos corresponde la valoración en conjunto de los instrumentos probatorios, del análisis se tienen como hechos probados los siguientes: Que los actores son propietarios de los lotes 23, 24, 25 y 26 ubicados en la lotización La Florida, barrio San José, de la parroquia Malacatos, Cantón Loja, según lo justifican las copias certificadas de las escrituras públicas de compraventa (fs. 2-6, 8-14) y los certificados del Registro de la Propiedad de (fs. 53 y 54).- Que en los lotes de terreno los accionantes han construido una casa de habitación, de una planta con portal, compuesta de sala, comedor, cocina, baño, dos dormitorios y un portal exterior, de estructura metálica de soporte, cubierta metálica de dura techo, paredes de ladrillo, revestidas y pintadas, pisos exteriores de cemento, pisos interiores de cerámica, puertas de madera, ventanas de hierro y vidrio, hace aproximadamente hace unos catorce años, conforme se desprende de las declaraciones testimoniales de los señores Edison Rodrigo Ordoñez Sinche; Ney Alnivar Méndez Criollo; y Segundo Edilberto Caraguay;.- Que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, en uso de la facultades que le concede la ley, mediante Resolución Nro. 0006-Al-2016, resuelve ampliar la Resolución No. 0004-AL-2015, mediante la cual se declaró como sendero ecológico al tramo Landangui- Malacatos, recorrido que inicia en el puente de Landangui perteneciente a la parroquia Malacatos en las coordenadas referenciales 696993; 9534851.- Que en el mes de marzo de 2017 se inicia los trabajos de apertura del sendero ecológico tramo Landangui- Malacatos.- Que la apertura del sendero ecológico conto con certificado ambiental emitido el 5 de octubre de 2015 (fs.93),

otorgado por el Ministerio del Ambiente (fs.93).- Que por la apertura del sendero ecológico por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja se produjeron daños en la propiedad de los accionantes Lorgio Miguel Chamba Calva y Lida Esperanza Agila Maza, tales como; reducción de las áreas de los lotes de terreno que han sido dividido en dos partes; asentamiento y fractura de los muros de contención perimetrales; asentamiento y fractura de los pisos exteriores e interiores; agrietamientos en las paredes exteriores e interiores de la vivienda; destrucción del pozo séptico y de las tuberías que conducen las aguas servidas de la vivienda hacia el pozo; ruptura de las tuberías de descarga de aguas lluvias, que volvieron la casa inhabitable y que de acuerdo al informe pericial efectuado (fs. 15-26) y sustentado por el perito Yuri Araujo Rojas ascienden a la cantidad de doce mil ochocientos sesenta y ocho dólares con veintitrés centavos de los Estados Unidos de América (USD. 12868,23), así como la necesidad de levantar un muro de contención para evitar el colapso total de la vivienda. **CUARTO.- MOTIVACIÓN.-** Siendo que la controversia gira entorno a la responsabilidad por daños y perjuicios, corresponde a este tribunal analizar en primer lugar la existencia del daño producido; pues este se constituye en la condición sine qua non de la responsabilidad civil. La doctrina define al daño como "(…) toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual;… entendiendo que el daño no solamente se ocasiona en objetos, derechos o cosas, sino en la intimidad de la persona titular de los mismos; hablamos entonces de daños materiales y daños morales (Mendoza, Lucia. La Responsabilidad Civil y el daño, Universidad Nacional Autónoma de México, Pág. 20); por tanto la responsabilidad civil resulta de la queja de una lesión o menoscabo, por algún hecho ilícito o riesgo creado. Partiendo de esta concepción el ordenamiento jurídico ecuatoriano configura el daño desde la responsabilidad contractual y extracontractual, al tenor del Art. 1453 del Código Civil, "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Así la responsabilidad contractual, se configura con el incumplimiento o cumplimento defectuoso de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño; por su parte la responsabilidad extracontractual responde a "la idea de producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás" (Bustamante, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1986, Pág. 18), este tipo de responsabilidad no requiere de un vínculo jurídico previo para su existencia, pues el solo cometimiento del daño obliga al responsable, por ello se la considera como la responsabilidad civil propiamente dicha. Esta responsabilidad puede ser dolosa o culposa por ello el título XXXIII del Código Civil se refiere a los delitos y cuasidelitos, así el Art. 2214 ibídem, consagra la responsabilidad delictual y cuasidelectual al señalar "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". Para determinar la existencia de responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia en su momento han señalado los elementos que deben concurrir, estos son**: a)** Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; **b)** Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley**; c)** Que exista daño patrimonial o moral y **d)** Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño. (Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730). Para el caso, al no mediar contrato alguno, cabe el análisis sobre la responsabilidad extracontractual; según la demanda, el daño se produjo sin la intención de dañar lo que constituye cuasidelito. En ese sentido se verifica que efectivamente existen daños materiales en la propiedad de los actores, según se comprueba con el informe pericial constante a fs. 165 -36 del cuaderno de primer nivel, con respecto a la responsabilidad de la entidad accionada y el nexo causal entre la acción y el daño, se tiene que técnicos Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Loja, en la apertura del sendero ecológico Landangui- Malacatos, realizaron cortes verticales sin pendiente con altura de uno a tres metros en el margen del Rio Campana que colinda con el lindero sur de la propiedad de los demandantes; lo que produjo el asentamiento de los muros de contención, fractura de pisos, agrietamiento de paredes y

rotura de tuberías de la vivienda; haciéndola inhabitable. Las consecuencias dañosas ocasionadas por la acción de la parte demandada no se justifican con la certificación ambiental ni los permisos debidos para la ejecución de la obra en que la tantas veces nombrada institución (GAP de Loja) debió actuar previendo el perjuicio que podían ocasionar los desbanques con maquinaria pesada cercanos a la vivienda; lo que lleva a considerar a este Tribunal, que la apertura del sendero ecológico se realizó sin las debidas precauciones por parte del Municipio de Loja, dicha negligencia causó daños estructurales en la vivienda de los señores Lorgio Chamba Calva y Lida Agila Maza, con lo cual queda establecida la responsabilidad de la parte demandada y el nexo causal que la obliga a indemnizar por los daños producidos a los accionantes, tal como lo establece el Art. 2229 del Código Civil, dicha reparación se determina sobre la base del informe pericial que cuantifica en doce mil ochocientos sesenta y ocho dólares con veintitrés centavos (USD 12 868, 23) los daños en la vivienda exclusivamente. Con respecto a la pretensión de daño moral sustentada en el primer inciso del Art. 2232 del Código Civil, "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". Se anota que en la causa se ha probado la existencia de daños materiales distintos al daño moral, esta sala de lo Civil Mercantil en varias resoluciones los distingue, "(…) el daño material existirá siempre que se cause a otro, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos…El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material… es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el "patrimonio moral del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o, extrapatrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral". (Gaceta Judicial 10 de 29-oct.-2002). Al no haberse determinado imputaciones injuriosas contra la persona de los actores, sino únicamente daño patrimonial no hay lugar a indemnización por daño moral. **SEXTO. RESOLUCIÓN** Por estas consideraciones este Tribual de la Sala Especializada de lo Civil 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 la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja el 12 de octubre de 2018, las 15h14 y en mérito de los elementos debidamente motivados ut supra acepta parcialmente la demanda interpuesta por Lorgio Chamba Calva y Lida Agila Maza, y condena al Gobierno Autónomo Descentralizado del Municipio de Loja, al pago de los daños y perjuicios ocasionados en la vivienda de los actores por un valor de doce mil ochocientos sesenta y ocho dólares con veintitrés centavos (USD 12 868, 23) según consta en el informe pericial que obra de fs.15 a 36 del proceso, que cubre los nueve rubros de reparación del daño. Se niega la indemnización de daño moral al no haber fundamento para la misma. Sin costas.-**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

f) Dra. Rosa Beatriz Suárez Armijos JUEZA NACIONAL (PONENTE) (E); Dra. María Rosa Merchán, JUEZA NACIONAL; Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (E).

Gaceta Judicial

año 2019

SALA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

I

Juicio Nro. 23201-2014-7278
Resolución Nro. 038-2019
Fecha: viernes 8 de febrero del 2019

TEMA: La presunción legal de paternidad de la calidad de hijos concebidos dentro de matrimonio no puede ser desvanecida por otra presunción que no conste establecida en el ordenamiento jurídico.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

El señor M. M. J. C., demanda a la señora A. E. M. L. y manifiesta que contrajo matrimonio con la prenombrada señora, quien concibió un hijo de nombres M. M. J. M., que nació el 26 de mayo del 2008 y fue inscrito en el Registro Civil del Cantón Santo Domingo. Las continuas desavenencias conyugales, hicieron que finalmente se disuelva el vínculo matrimonial por divorcio, quedando a responsabilidad del padre del menor. Con el tiempo, varias actitudes de mi ex cónyuge, generaron la duda de que el menor M. M. J. M, sea hijo legítimo, naciendo fundadas presunciones de que el niño NO ES MI HIJO BIOLÓGICO, por lo que con fundamento en el inciso 2do., del Art. 233 y más pertinentes del Código Civil, acudo a Usted e impugno la paternidad que se me atribuye y en juicio ordinario demando al menor M. M. J. M., a fin de que, en sentencia, se declare que NO SOY EL PADRE del menor en mención. La señora A. E. M. L., contesta la demanda, a la cual no se allana, sino más bien la niega e impugna en sus fundamentos de hecho y de derecho e indica que es ilegal citar al menor M. M. J. M. El juez de aquel entonces declara la nulidad a partir de fs. 14 del proceso. A fs. 34 se admite la demanda y se cita a la señora A. E. M. L., en calidad de representante legal del menor M. M. J. M. Al tener muy en cuenta el precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho que establece que:" EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE HIJOS E HIJAS TIENE EL CARÁCTER DE IRREVOCABLE", esta Unidad Judicial ha podido arribar a la convicción de que no se encuentran debidamente justificados los fundamentos de la acción y se desecha la demanda por falta de prueba.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite procesal de segundo nivel, constan varias providencias judiciales en las que, a pedido del actor, se ordena la práctica del examen de ADN sin que haya podido realizarse por la reiterada negativa de la madre del menor, lo cual deviene en actitud irresponsable e inmoral; pues, el niño M. M. J. M., tiene derecho a no ser inmiscuido en procesos embarazosos como este y a conocer su verdadera identidad biológica. Este Tribunal observa, que la Jueza de instancia comete un yerro de interpretación respecto de lo manifestado en el fallo de la Corte Nacional de Justicia de tripe reiteración, mediante Resolución 05-2014, que establece:" el reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable", pues no se trata de la impugnación al reconocimiento voluntario, se trata de un reconocimiento legal por el hecho del matrimonio. Así, la pretensión del accionante es la impugnación de la paternidad, que para el caso que se juzga, constituye un acto jurídico lícito de derecho familiar que, en tratándose de los padres, tiene como finalidad esencial establecer la relación jurídica paterno filial. La Constitución de la República del Ecuador establece que es derecho de los

niños y niñas, gozar de un nombre y un apellido, también es derecho de ellos conocer su procedencia familiar y por ende llevar el apellido de la persona que es su verdadero padre, en consecuencia, acepta por procedente el recurso de apelación interpuesto por M. M. J. C.; revoca la sentencia subida en grado y dispone que la Dirección Provincial del Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas, rectifique la inscripción del nacimiento del niño M. M. J. M., y en su reemplazo haga constar como apellidos únicamente los de su madre hasta que se identifique a su verdadero padre biológico.

SÍNTESIS CASACIÓN

La presunción legal de paternidad de la calidad de hijos/as concebidos dentro de matrimonio, no puede ser desvanecida con otra presunción que no consta establecida en el ordenamiento jurídico; pues lo contrario, supone atentar no solo contra los derechos del niño a la identidad, personalidad jurídica y estado civil, sino contra el principio de legalidad. La acción de impugnación de paternidad requiere prueba concluyente y fehaciente que demuestre la exclusión de paternidad de quien consta como padre respecto de la persona cuya filiación se pretende desvanecer. En consecuencia, CASA la sentencia y por falta de prueba pertinente y conducente se declara sin lugar la demanda de impugnación de paternidad planteada. Se deja a salvo el derecho si le asiste para intentar una nueva acción.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 23201-2014-7278

Jueza Ponente: Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, viernes 8 de febrero del 2019, las 15h35.-

VISTOS:

1. ANTECEDENTES:

1.1. De la demanda y las decisiones de instancia:

El señor Mario Marcelo Jaramillo ha comparecido ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, y Adolescencia de Santo Domingo, planteando acción de impugnación de paternidad del niño nacido en matrimonio, M.M.J.M.; su demanda la dirige en contra del niño por intermedio de su madre, señora Angélica Esthela Meza Loor en calidad de madre y representante legal.

Sustanciada la causa, se emite sentencia desestimatoria de la acción, la que una vez recurrida verticalmente por la parte actora, ha sido revocada por el tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas mediante resolución de mayoría de 30 de julio de 2018; las 09:09, declarando con lugar la demanda, con base en la negativa reiterada e injustificada de la madre a la realización de la prueba científica de ADN.

1.2. Actos de sustanciación del recurso:

En esa circunstancia procesal, la accionada ha comparecido en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación de la sentencia de mayoría emitida en última instancia por el tribunal de la referida Sala.

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 25 de septiembre de 2018; mientras que mediante auto de 23 de octubre de 2018; las 10:25, el conjuez competente del estudio del recurso, doctor Roger Francisco Cusme Macías, 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 lo 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, María Rosa Merchán Larrea, y por el juez nacional Carlos Ramírez Romero. Por renuncia presentada por este último juez 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 Nro. 1594-SG-CNJ, Mediante sorteo de 05 de noviembre de2018, 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 licencia otorgada a la conjueza nacional Magaly Soledispa Toro, actúe la conjueza nacional Maria Alejandra Cueva Guzmán mediante oficio Nro.- 128-SG-CNJ-ROG de 4 de febrero de 2019.

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

La recurrente presenta su impugnación extraordinaria con fundamento en las causales primera, tercera y quinta del art. 3 de ley de casación; **(i)** por la causa de violación directa de la ley sustantiva —causal primera- acusa indebida aplicación del art. 233A del Código Civil; **(ii)** por el vicio de violentación indirecta de la ley sustantiva —causal tercera- acusa falta de aplicación del precepto de valoración de la prueba contenido en el art. 207 del Código de Procedimiento Civil, yerro que ha provocado la falta de aplicación de la Resolución Nro. 005-14 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia; finalmente, **(iii)** por la última causa -quinta-, imputa infringida las disposiciones de los arts. 76.7.1) de la Constitución de la República y 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Además de las disposiciones referidas, la casacionista señala como vulnerados los arts. 7 del Código Civil, 35, 44, 45 y 66.28 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 de la Judicatura de Transición N° 004-2012 de 25 de enero de 2012; y, las emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia Nos 01-2018 y 02-2018 de 26 de enero de 2018 y de 1°. 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:

2.2.1. Por causal primera:

La casacionista inicia su exposición manifestando que el fundamento de derecho propuesto por su contendor procesal, en el libelo de demanda presentada el 11 de agosto de 2014, fue el art. 233 de la codificación sustantiva civil publicada en el Registro Oficial Nro. 46 de 24 de junio de 2005, que prevé:

> El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.
>
> El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Mas el tribunal de apelación, en el considerando noveno de su sentencia, aplica la disposición contenida en el art. 233A de la codificación civil agregada por el art. 27 de la ley s/n Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio de 2015, "introducida al ordenamiento sustantivo en fecha posterior (19 de julio de 2015)" que prescribe:

> La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por:
>
> 1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.
> 2. El hijo.
> 3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna.
> 4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre.

En concepto de la recurrente, en la sentencia bajo censura se analizan circunstancias y supuestos previstos en una disposición que no estuvo vigente al momento de inserción de la demanda; adicionalmente, sostiene que con base en la última norma (art. 233A), el accionante se encontraba legitimado para iniciar la acción con fundamento en una duda razonable acerca de ser el padre biológico del niño. Concluye manifestando, que el yerro que acaba exponer, demuestra que el tribunal de apelación aplicó indebidamente una disposición con

efecto retroactivo, contraviniendo de este modo, el criterio por el cual, la ley solo rige para lo venidero (art. 7 CC).

2.2.2. Por causal tercera:

Al igual que con el cargo anterior, la que recurre inicia manifestando que la acción planteada por su contra parte, es la de impugnación de reconocimiento, demanda que fuera planteada con fundamento en el art. 233 de la codificación sustantiva civil del año 2005, acción que para su procedencia, requiere la comprobación de que el acto de reconocimiento de hijo padeció de alguno de los vicios del consentimiento, ya sea error, fuerza o dolo.

Luego, señala que el tribunal de alzada omite aplicar el precepto de valoración probatorio contenido en el art. 207 de la codificación adjetiva civil, yerro que condujo a la falta de aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio contenido en la Resolución Nro. 05-2014.

Para sostener este aserto, la casacionista acusa al *ad quem* por no considerar la fuerza probatoria de la testimonial prestada por el señor Carlos Alberto Jaya Jumbo —dicho sea de paso, es testigo del actor-, quien atestiguó que "cuando vivían en Cuenca (se refiere a los sujetos procesales) estaba en tratamiento para poder tener un bebé porque decía que Marcelo tenía que hacer un tratamiento para poder procrear..." declaración corroborada por el propio accionante en su escrito de fundamentación del recurso de apelación, quien dijo "en el caso concreto si dentro del proceso demuestro que no puedo tener hijos porque soy estéril...". En opinión de la que recurre, esa declaración y esa aseveración —de testigo y del propio accionante- demuestran que el acto de reconocimiento que hiciera el accionante de la calidad de hijo no padecía de vicios del consentimiento.

Así las cosas, entiende que al no haber valorado la testimonial conforme el art. 207 del Código Civil, el tribunal de apelaciones omitió aplicar el precedente obligatorio emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Nro. 05-20 14, mediante el cual se establece que el acto de reconocimiento voluntario de la calidad de hijo/a, es un acto irrevocable, y que la potestad de su impugnación no le corresponde al propio reconociente, a quien, solamente le asiste la vía de nulidad de acto, siempre que demuestre que al momento del reconocimiento, su voluntad se encontraba alterada por alguno de los vicios que la ley prevé, esto es, error, fuerza o dolo.

2.2.3. Por causal quinta:

Por esta causal, la impugnante sostiene que la sentencia carece del requisito constitucional de motivación contenido en el art. 76.7.1) de la Constitución de la República que se encuentra en relación con la disposición contenida en el art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En opinión de la que recurre, la sentencia bajo censura no cumple con el "principio de RAZONABILIDAD, entendida como un juicio de adecuación de la resolución en relación con los principios y normas establecidas en la Constitución de la República, de forma que se revele que el criterio del Juez se fundamenta en normas e interpretaciones que están en armonía con la Norma Suprema [...]". En definitiva, se imputa al fallo de apelación por tener un déficit de fundamentación en las fuentes de derecho que le son pertinentes al caso concreto.

En este orden de ideas, señala que el principio de interés superior del niño y el mandato de prevalencia de los derechos de la niñez y adolescencia (arts. 35, 44, 66.28 CRE) que refieren los juzgadores de alzada, han sido paradójicamente desatendidos al privilegiar el derecho de defensa de la parte accionante antes que aquellos postulados constitucionales. Asimismo, indica que el derecho de identidad del niño tiene una especial protección constitucional, mas el tribunal de alzada considera que "conocer la verdadera identidad biológica del menor accionado es prioritario y prevalece sobre su estabilidad emocional y social [...]" razonamiento que lesiona los derechos del niño, y que ha tratado de proteger "al evitar la prueba de ADN, en virtud de que en la acción de impugnación del reconocimiento voluntario planteada por el accionante, no se discute la verdad biológica del menor"

2.3. Problemas jurídicos a resolver:

En primer lugar, es necesario manifestar que debido a la lógica extraordinaria del recurso de casación y por su naturaleza técnica, el análisis y estudio de las causales se debe llevar a cabo atendiendo esas características; así, la doctrina aceptada recomienda el examen de las causales en el siguiente orden: en primer lugar la segunda, luego la quinta, a continuación la tercera; y, finalmente la primera.

Una vez dicho esto, y en el marco descrito por la recurrente, este tribunal de control de legalidad se ve abocado a la resolución de los siguientes problemas jurídicos: ***(i)*** ¿existe falta de motivación de la sentencia emitida en apelación?; ***(ii)*** ¿existe un defecto de apreciación probatoria que ha provocado

la falta de aplicación de la Resolución Nro. 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia?; y, ***(iii)*** ¿se ha producido una indebida aplicación del art. 233A de la codificación sustantiva civil al haberse aplicado al caso concreto con efecto retroactivo?

Se debe tener presente, que de aceptarse el cargo por falta de motivación de la sentencia emitida en segunda instancia, se deberá declarar la nulidad de la misma, y con base en la Resolución Nro. 07-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, dictar la que en su lugar corresponda.

2.4. Resolución motivada del problema jurídico a resolver:

2.4.1. De la garantía constitucional de motivación.

Este tribunal ha emitido un sinnúmero de 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 1) 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, 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
>
> 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 1) 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:[1]

> Las premisas vertidas en una providencia, deben encontrarse *plenamente justificadas*, esto significa

[1] 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; Juicio 17983-2016-01362, Resolución Nro. 26-2018.

que deben contener una justificación tanto interna, cuanto externa.

Partiendo desde un punto de vista tradicional, *la justificación interna*, ha sido ligada al silogismo jurídico, cuyo resultado para entenderse como justificado, debe ser el producto de la aplicación de reglas universales;[2] 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,[3] 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.[4]

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;[5] 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[6] 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.[7]

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.[8]

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.* Finalmente se precisa que el vicio de falta de motivación *ha de proceder cuando la o el quejoso/a, pretenda nulitar la sentencia en sí misma, per se*, y no cuando pretenda involucrar al tribunal de control casacional en el análisis de cuestiones de talante estrictamente procesal o de control estricto de valoración de elementos de prueba.

2.4.2. Del acto jurisdiccional recurrido:

Con el propósito de efectuar el examen de los cargos planteados en contra de la decisión de mayoría

[2] 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.
[3] Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luís Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.
[4] Manuel Atienza, op. cit., p. 105.
[5] Robert. Alexy, op. cit., p. 222-223.
[6] Manuel Atienza, op. cit., p 104.
[7] Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Temis, 2009, p. 46-47.
[8] Víd. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 008-14-SEP-CC, Caso 0729-13-EP, de 09 de enero de 2014.

emitida en apelación, es necesario conocer el contenido de esta. En lo fundamental el tribunal de apelación —en su voto de mayoría- escribe:

> NOVENO.- ANÁLISIS DE LA SALA.- El Art. 233-A del Código Civil, refiere [...] De lo expuesto en esta norma legal se colige que al accionante le asiste el derecho de proponer la acción de impugnación de paternidad porque tiene duda de ser el padre biológico del menor [...] La prueba pericial de ADN, ácido dixorribonucleico (sic) [...] en la actualidad, es el más preciso y de mayor valor para determinar la paternidad y otras relaciones familiares, con el se obtiene el perfil de ADN, que es la identificación única de una persona y se la puede utilizar también como base de la relación biológica de esa persona. En el trámite procesal de segundo nivel, *constan varias providencias judiciales en las que, a pedido del actor, se ordena la práctica del examen de ADN sin que haya podido realizarse el mismo por negativa de la madre del menor M.M.J.M., lo cual consta de las razones que sienta la actuaria del despacho [...]* La reiterada negativa de la madre del menor para realizarse este examen, deviene en irresponsable e inmoral; pues, el niño M.M.J.M., tiene derecho a no ser inmiscuido en procesos embarazosos como este y a conocer su verdadera identidad biológica. La Jueza de instancia comete un yerro de interpretación respecto de lo manifestado en el fallo de la Corte Nacional de Justicia, de triple reiteración publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 346, mediante Resolución 05-2014 [...] No se trata de la impugnación al reconocimiento voluntario, se trata de un reconocimiento legal por el hecho del matrimonio [...] Para unos tratadistas de Derecho, este es un acto declarativo porque reconoce una realidad biológica; para otros, es un acto jurídico constitutivo de estado, porque la sola realidad biológica no configura el vínculo jurídico mientras no se integre con el reconocimiento o con la sentencia judicial que lo establezca. Pero sea cual sea su naturaleza jurídica, el reconocimiento es un acto administrativo que otorga la calidad de hijo o hija a una persona y que, en tratándose de los cónyuges, no constituye una acto voluntario si no legal [...] El Art. 118 del Código de Procedimiento Civil [...] determina la potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia [...] Si bien los derechos de los niños y niñas se ubican, por mandato constitucional, en el nivel del interés superior y éstos prevalecen sobre el resto de personas, tal como lo establece el Art. 44 de la Constitución de la República de Ecuador [...] también el Art. 66 numero 28 ibídem [...] *De lo expuesto, resulta necesario señalar que estas dos normas se deben analizar en su contexto; pues, si bien la Constitución de la República del Ecuador establece que es derecho de los niños y niñas, gozar de un nombre y un apellido, también es derecho de ellos conocer su procedencia familiar y por ende llevar el apellido de la persona que es su verdadero padre [...]* En la actualidad, los avances de la ciencia han permitido encontrar un medio de prueba fehaciente para la investigación biológica de la paternidad y determinar con total certeza, al padre biológico de una persona. La prueba del ADN cumple ese propósito y cuando se practica el examen genético entre las personas involucradas, el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del 100%, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia; ***empero y cuando no es posible practicar el examen de ADN como en el caso que se analiza y resuelve, por las reiteradas negativas de la madre del menor, la presunción de derecho que se genera por tal negativa, determina la duda razonable de que el impugnante de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, no es el padre biológico***. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, al resolver el Juicio N° 179-2014, trata la situación procesal de la renuencia del demandado a someterse a la prueba científica de ADN y reconoce que, el legislador, ha establecido ciertos límites a la garantía de no coerción física para la extracción de fluidos; sin embargo, tal garantía de no coerción física es intangible y no puede ser un óbice para determinar la identidad de una persona y su negativa constituye indicio en su contra. ***En este contexto se concluye que la acción de investigación de paternidad en la que se requiera prueba de ADN sobre la base del derecho a la identidad como parte inescindible a la dignidad humana, no puede depender de la voluntad del demandado a realizarse o no la pericia [...]*** Por los razonamientos jurídicos que se exponen y con los que se analiza la pertinencia de las normas constitucionales citadas que privilegian el interés superior del niño M.M.J.M., a tener el apellido de su padre biológico, lo cual no constituye una vulneración a su derecho de identidad,

determinado en el Art. 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador, por el contrario, es obligación de los Juzgadores, en aplicación del principio de su interés superior previsto en el Art. 44 ibídem, garantizar su desarrollo integral que incluye el derecho de conocer la verdadera identidad de su padre biológico y los apellidos que le corresponden, el Tribunal de alzada, una vez evidenciadas [...] las reiteradas negativas de la madre del menor, la señora Angélica Esthela Meza Loor, de permitir que el menor M.M.J.M., se practique, conjuntamente con el actor, el señor Mario Marcelo Jaramillo Conforme, el examen de ADN, prueba científica con la que se determina la identidad bilógica de la paternidad, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta por procedente el recurso de apelación interpuesto por Mario Marcelo Jaramillo Conforme, revoca la sentencia subida en grado y dispone que la Dirección Provincial del Registro Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas, rectifique la inscripción del nacimiento del niño [...] y en su reemplazo haga constar como apellidos únicamente los de su madre hasta que se identifique a su verdadero padre biológico […][9] (Cursivas y negritas son del tribunal de casación).

De la parte de la sentencia de mayoría que se acaba de transcribir, se desprenden varios elementos que destacan para el caso en estudio; así tenemos que: (**1**) El tribunal de apelación determina que el caso se trata de un asunto de impugnación de paternidad, y no de una causa de impugnación de reconocimiento; esto, debido a que la filiación del accionante respecto del niño accionado, se ha dado conforme la presunción legal que el hijo nacido —después de expirados ciento ochenta días- en matrimonio, se reputa concebido en él, y se presume padre al marido; mas no, como producto de un reconocimiento voluntario realizado por el accionante fuera de matrimonio; así las cosas —dice el tribunal de alzada- no es aplicable la Resolución Nro. 05-2014 emitida por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, que trata sobre la impugnación del reconocimiento voluntario de hijo/a concebido fuera de matrimonio. (**2**) Luego, se analiza la eficacia de la experticia científica de ADN, como prueba pertinente y contundente para la demostración de los vínculos de carácter filial y su importancia en esta clase de procesos judiciales. (**3**) El tribunal de alzada realiza un ejercicio interpretativo de las disposiciones constitucionales que tratan sobre el principio de interés superior del niño y del derecho a la identidad, conjugándolos, y concluyendo que con base en el postulado de prevalencia de los derechos del niño, resulta preponderante que este conozca su procedencia biológica como parte fundamental de su derecho a la identidad (arts. 44 y 66.28 de la Constitución de la República). (**4**) Establecidas esas premisas, coligen en analogía con un pronunciamiento de este alto tribunal en un juicio de investigación de paternidad, que la renuencia reiterada e injustificada de la madre del niño cuya filiación se impugna, a la práctica de la pericia de ADN, es un hecho atentatorio al derecho del niño de contar con los apellidos que le corresponden con su verdad biológica. Finalmente, sostienen que debido a la prevalencia del interés superior del niño y su derecho a la identidad biológica paterna, se excluye de la paternidad al actor, señor Mario Marcelo Jaramillo Conforme, respecto del niño requerido en juicio.

2.4.3. Examen del tribunal de casación:

2.4.3.1. Como se vio con anterioridad, la garantía de motivación contenida en el art. 76.7.1) de la Constitución de la República implica la obligación de las autoridades jurisdiccionales de emitir resoluciones adecuadas, legítimas y conforme el orden jurídico. Esta obligación entre otras cosas, supone que una decisión se apoye no solo en disposiciones constitucionalmente válidas, sino además, pertinentes y adecuadas al caso que se juzga en términos de aplicación normativa.

La decisión de mayoría emitida en segunda instancia es compleja y ambigua en términos de su entendimiento, comprensión y consistencia jurídica. Esta se encuentra configurada a través de una serie de argumentos jurídicos y fácticos verdaderos y otros no verdaderos como se pasa a demostrar a continuación.

[9] Sentencia de mayoría dictada en apelación, folios 161-165 del segundo cuaderno de segunda instancia.

Con acierto, el tribunal *ad quem*, contextualiza la causa en el sentido de clarificar que el vínculo entre el actor, y el niño cuya filiación se reprocha se dio a propósito de la presunción legal que imputa padre al niño/a nacido dentro de matrimonio; cual es el caso bajo estudio, estableciendo de este modo, que no se trata de una acción de impugnación de reconocimiento voluntario, sino de una acción de impugnación de paternidad de una persona nacida dentro de matrimonio. Este razonamiento es adecuado y conforme el orden jurídico, en específico, de la disposición del art. 233 del Código Civil que prevé:

> Art. 233.- ***El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido***, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).
>
> Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código. (Cursivas y negritas son del tribunal de casación).

Ahora bien, una vez manifestado lo anterior, el tribunal de alzada, tomando como sustento una decisión emitida por este órgano, concluye que la renuencia injustificada de la madre del niño requerido en juicio, constituye un obstáculo que impide al menor de edad ejercer su derecho constitucional a la identidad, y por tanto, decide revocar el fallo del juez primigenio, y disponer que en el acta de nacimiento del niño, se margine que no tiene como padre al señor Mario Marcelo Jaramillo Conforme.

2.4.3.2. Este último razonamiento trae implícito dos yerros de importancia, a saber: (**1**) El tribunal de apelación no se percata con el debido cuidado, que el antecedente jurisprudencial que toman como base, Juicio 179-14, Resolución 252-14 emitido por el tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, es una decisión dictada a propósito de un juicio de investigación de paternidad, en el que, como es obvio, la persona demandante aún no contaba con su filiación paterna debidamente establecida, razón por la cual, ha planteado demanda de investigación o declaratoria judicial de paternidad. En ese caso —y en otros similares sobre investigación de paternidad- este órgano jurisdiccional ha manifestado que el derecho a la identidad en la dimensión de contar con los apellidos debidamente registrados, es uno de carácter trascendental para la vida de la persona en tanto abarca ámbitos íntimos, personales, sociales, jurídicos y públicos; por lo que, su búsqueda por parte del propio titular del derecho no tiene límite o condicionamiento alguno; *a contrario sensu*, las acciones encaminadas a desvanecer una identidad ya establecida por parte de quien no es titular del derecho tiene ciertas limitaciones, así por ejemplo, el plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad (cuando esta se encontraba vigente[10]), o la imposibilidad de impugnar el acto de reconocimiento voluntario de la calidad de hijo/a por parte del propio reconociente (Resolución Nro. 05-2014 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia).[11] Así las cosas, el tribunal de apelación confunde la lógica que persigue la acción de investigación de paternidad, con la que se persigue con la de impugnación de paternidad, *pues mientras esta se encamina a reprochar o desvanecer una filiación ya establecida; aquella pretende recién establecerla*; o sea, el derecho a tener un apellido debidamente registrado en el

[10] El art. 236 del Código Civil vigente hasta antes de las reformas de 19 de junio de 2015, prescribía:
Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto […]

[11] 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:
PRIMERO.- El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable.
SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica. (cursivas pertenecen al tribunal de casación).

un caso ya se encuentra radicado y se entiende que el titular se encuentra en ejercicio de su derecho y en estas condiciones se pretende desvanecerlo y/o cesarlo (acción de impugnación de paternidad y/o reconocimiento); en el otro, el derecho aún no se declara, precisamente esta es la finalidad de la acción de investigación de paternidad. (**2**) Aunado a esto, existe otra diferencia sustancial, y es que la presunción legal de paternidad de quien se resiste de manera injustificada y reiterada dentro de un juicio de investigación de paternidad, es un mandato que ha prestablecido el legislador (art. innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia)[12]; al contrario, la presunción de excluir de la paternidad dentro de un juicio de impugnación de paternidad, no es una hipótesis o previsión que se encuentre establecida en disposición jurídica o en antecedente jurisprudencial obligatorio alguno, lo que evidencia que la decisión del tribunal de alzada, no tiene sustento en previsión jurídica válida, vigente o legítima.

Por tanto, la decisión emitida dentro del juicio Nro. 179-14 por este órgano de justicia, no le era aplicable al caso concreto por no guardar correspondencia de patrones fácticos; adicionalmente, como se acaba de ver, la aplicación normativa de la presunción legal de paternidad -ante la negativa reiterada de la persona accionada- en los juicios de investigación de paternidad, tiene un sustento en el ordenamiento jurídico; mas en el presente caso, la decisión del tribunal de alzada de revertir la presunción de paternidad no tiene antecedente o disposición jurídica previa que la sustente, por lo que, se verifica la infracción del art. 76.7.1) de la Constitución de la República y se acepta la impugnación con fundamento en la causal quinta del art. 3 de la Ley de Casación, en consecuencia, se casa la sentencia de apelación, y de conformidad con la Resolución Nro. 07-2017 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia,[13] este tribunal pasa a dictar la sentencia de mérito que en su lugar corresponde.

2.5. Sentencia de mérito que se dicta en casación:

2.5.1. Antecedentes:

Debido a las múltiples afirmaciones que ha vertido la accionada recurrente en su libelo de casación y teniendo en cuenta la implicancia de la presente acción en cuanto se objeta la filiación paterna de un niño que ha sido legalmente establecida, este tribunal precisa necesario emitir algunas consideraciones previas:

Como ya se manifestó en líneas anteriores, se debe tener en cuenta que la disposición legal contenida en el art. 250 del Código Civil,[14] rige para las acciones de "impugnación de reconocimiento", en donde el reconocimiento de un hijo/a se ha producido por el acto libre y voluntario del que se creyere padre o madre del niño/a; es decir de hijos/as concebidos fuera de matrimonio. La acción de "impugnación de paternidad" en cambio, difiere

---

[12] Art. 10.- Obligación del presunto progenitor.- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:
a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia [...] (cursivas y negritas pertenecen al tribunal de casación).

[13] **Artículo 2.-** En las causas que se tramiten en la Corte Nacional de Justicia por recursos de casación en los que aun deba aplicarse la Ley de Casación de 1993, codificada en el 2004, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del COGEP, y en caso de que la Sala de Casación decida casar la sentencia por las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la ley de casación, los integrantes de la sala deberán dictar una nueva sentencia o auto de mérito en los siguientes términos:
[...]
4. En el evento de que se case la sentencia impugnada en virtud de la causal quinta de la ley de casación, se anulará el fallo impugnado y se dictará la sentencia motivada, cumpliendo con los requisitos de fondo y forma de la sentencia.
Si existiere contradicción entre la parte considerativa y la resolutiva de la sentencia en la nueva sentencia se corregirá el error asegurándose que la resolución guarde coherencia con la parte motiva.

[14] **Art. 250.-** La impugnación del reconocimiento de paternidad podrá ser ejercida por:
1. El hijo.
2. Cualquier persona que pueda tener interés en ello.
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.
La ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica.

de la anterior, toda vez que es la propia ley civil, la que crea una ficción con respecto a los hijos/as concebidos dentro de matrimonio, esto es, la presunción por la cual el marido se imputa padre del niño/a que ha nacido dentro de él.[15]

De otro lado, se precisa que con fundamento en el art. 7 numerales 1, 2 y 4 del Código Civil, las disposiciones reformatorias, derogatorias o introductorias sobre el estado civil de las personas introducidas el 19 de junio de 2015 en el Registro Oficial Suplemento Nro. 526 comienzan a regir desde el momento mismo de su vigencia, por lo que, si hasta antes de las reformas no existió decisión de primera o segunda instancia, se debían aplicar estas disposiciones jurídicas y no las que fueron derogadas, reformadas o sustituidas, como sucede en este caso. (codificación del año 2005).

2.5.2. Resolución del caso puesto a conocimiento jurisdiccional:

Una vez dicho esto, y habiéndose establecido que se trata de un juicio de impugnación de paternidad conforme la regla del art. 233 del Código Civil, este órgano jurisdiccional emite la siguiente consideración:

La disposición en referencia, prevé:

> **Art. 233**.- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).
>
> Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.

Es decir, que para la procedencia de la presente acción, se necesita una prueba fehaciente, pertinente y adecuada, cual es, la experticia científica de ADN que demuestre la exclusión de paternidad de la persona que consta como padre respecto del hijo/a cuya filiación se encuentre increpada a propósito de la acción.

En el caso bajo estudio, no existe prueba científica de ADN realizada entre el accionante, señor Mario Marcelo Jaramillo Conforme, quien consta como padre del niño cuya filiación se objeta, por lo que, resulta imposible jurídicamente declarar la exclusión de paternidad por falta de prueba eficaz para el efecto.

Esto debido a varios razonamientos, en primer lugar, porque la destrucción de la identidad y del estado civil de una persona a través de la acción de impugnación de paternidad requiere de una prueba contundente, y que en el caso particular no existe; en segundo lugar, por la defensa de los derechos personalísimos del niño cuya filiación se reprocha y que tienen que ver con su personalidad, estado civil y las distintas dimensiones del derecho a la identidad.

En tercer lugar, y con base en el principio de interés superior del niño —principio rector interpretativo en materia de niñez y adolescencia- y en defensa de sus derechos de filiación, porque la "presunción de no paternidad" no es un presunción legal prevista en el orden jurídico; al contrario, este ha configurado una "presunción de paternidad" ante el evento que el vínculo filiatorio no se encuentre establecido y ante la negativa reiterada de la persona accionada cuyo vínculo se pretende recién determinar. Con estas afirmaciones, se puede concluir que la presunción legal de paternidad de la calidad de hijos/as concebidos dentro de matrimonio, no puede ser desvanecida con otra presunción que no consta establecida en el ordenamiento jurídico; pues lo contrario, supone atentar no solo contra los derechos del niño a la identidad, personalidad jurídica y estado civil, sino contra el principio de legalidad.

En casos similares, en los que se ha pretendido desvanecer la filiación establecida a propósito de la presunción legal de la calidad de hijo/a concebido dentro de matrimonio, o de la declaratoria judicial de paternidad por renuencia del demandado, este órgano de casación ha manifestado:

- **Juicio Nro. 294-16 (impugnación de paternidad)**
  - [...] En este caso la inasistencia reiterada a la práctica del examen de ADN, conduce a considerar que muy probablemente el demandado no tenga como padre al actor,

[15] **Art. 236.-** Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto [...]

pero en base a esta probabilidad, no se lo puede despojar de un componente esencial de su identidad que puede ser construida en base a presunciones, pero no destruida con indicios, al tratarse de un derecho humano, constitucionalizado en el artículo 66.28. En materia de niñez y adolescencia, para construir una identidad en beneficio del niño, niño o adolescente, con derecho a una subsistencia digna, por disposición del artículo 10 de la Ley Nro. 0 publicada en el R.O.S. 283 de 7 de julio de 2014, la negativa del presunto progenitor a someterse a las pruebas científicas de ADN que el juez disponga, hace presumir de hecho la filiación habilitando la fijación de alimentos. Téngase en cuenta, que se trata de presunción legal y no de indicio en contra.

La presunción legal considera cierto un hecho, mientras no se pruebe lo contrario, estableciendo una verdad que puede ser destruida, en este caso, con un examen de ADN realizado por orden judicial y cumpliendo con todos los requisitos para su validez y no por un indicio en contra. No destruida la presunción legal de paternidad con un examen debidamente actuado, la paternidad del hijo nacido en matrimonio, corresponde al marido de la madre.

- **Juicio Nro. 095-14 (impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad):**
  - La presunción constante en el artículo innumerado 10 de la Ley 00 reformatoria al capítulo V Alimentos del Código de la Niñez y la Adolescencia, constituye una prueba tasada que tiene por objeto establecer la filiación como efecto de la negativa a la práctica de esta prueba científica para fundamentar la imposición de una pensión alimenticia y no prevé otro presupuesto, ni otro efecto jurídico, constituye una excepción al sistema de la sana crítica en la valoración de la prueba, asumido por la legislación ecuatoriana, que no se puede aplicar de manera inversa; la presunción positiva como consecuencia de un hecho negativo implica el presumir como cierto el hecho desconocido de la paternidad o maternidad, presunción positiva que no puede trastocarse por voluntad de las partes o el juez en presunción negativa, para destruir la validez jurídica de un acto legalmente realizado como el reconocimiento voluntario de paternidad, que resulta un hecho conocido. En consecuencia, este Tribunal, deja establecida la improcedencia de aplicación de la regla de presunción de filiación por negativa al examen de ADN, para destruir la filiación establecida en forma legal [...]
- **Juicio Nro. 246-16 (impugnación de declaratoria judicial de paternidad):**
  - *Las sentencias estimatorias de una demanda de investigación de paternidad cuyo fundamento fáctico y jurídico tenga como base la renuencia injustificada, deliberada, e insistente del demandado a la pr*áctica del examen de ADN; causan *autoridad de cosa juzgada formal (inimpugnabilidad) y sustancial o material (inmutabilidad).*

De los pronunciamientos que se acaban de exponer, se desprende con absoluta claridad que la acción de impugnación de paternidad requiere prueba concluyente y fehaciente que demuestre la exclusión de paternidad de quien consta como padre respecto de la persona cuya filiación se pretende desvanecer. Así las cosas, no existiendo evidencia procesal científica —pericia de ADN- que lleve a la conclusión de exclusión de paternidad, resulta improcedente la acción intentada.

3. DECISIÓN EN SENTENCIA:

3.1. Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, el Tribunal Único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Nacional de Justicia "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", casa la sentencia de mayoría recurrida, y que fuera pronunciada por el tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de las Tsáchilas, mediante sentencia de 30 de julio de 2018; las 09:09.

3.2. En consecuencia, por falta de prueba pertinente y conducente se declara sin lugar la demanda de impugnación de paternidad planteada por el señor Mario Marcelo Jaramillo Conforme. Sin costas ni multa que regular. Se deja a salvo su derecho si le asiste para intentar una nueva acción. Con el ejecutorial devuélvanse los expedientes al tribunal de origen. **Notifíquese**.

f) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL (PONENTE); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. Maria Alejandra Cueva Guzmán, CONJUEZA NACIONAL.

II

Juicio Nro. 09209-2017-01673
Resolución Nro. 073-2019
Fecha: viernes 15 de marzo del 2019, las 15h20

TEMA: Prorrogación tácita de la competencia, nulidad de sentencia de primer nivel pronunciada en juicio de reconocimiento de unión de hecho.

SÍNTESIS PRIMERA INSTANCIA

Comparece el señor W.A.G.C., y presenta demanda de NULIDAD DE SENTENCIA de DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO, misma que fue emitida con fecha martes 31 de enero del 2017, las 10h26, por la señora Jueza de la Unidad Judicial Norte 1 de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia DRA. OLGA LEONOR LAPIERRE RODRIGUEZ; y, en contra de la señora E.R F.N., amparado en el artículo 112, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos ; la Audiencia Preliminar se realizó el 30 de Octubre del 2017, a las 11h00, a la cual concurren las partes, conforme consta dentro de los autos.- La demandada E.R F.N., presenta la contestación a la demanda y una reconvención a la misma, por daño moral(misma que fue rechazada y retirada, posteriormente). El Juez Titular de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Unidad Judicial Florida de Guayaquil, dicta sentencia y DECLARA con lugar la demanda y en consecuencia se declara la NULIDAD de sentencia de DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNIÓN DE HECHO emitida dentro del proceso 09201 2016 02542, de fecha 31 de Enero del 2017, a las 10h26, del señor W.A.G.C., y señora E.R F.N, por lo tanto quedan sin efecto las acciones jurídicas derivadas de las disposiciones y actos que emanaron de dicha sentencia.- Las partes demandadas presentan el recurso de apelación y el actor se adhiere a la apelación.

SÍNTESIS SEGUNDA INSTANCIA

La teoría de la prorrogación de la competencia de la Sra. Dra. Olga Leonor Lapierre Rodríguez, se efectiviza jurídicamente, con la comparecencia del ciudadano W.G.C., dentro de la causa de Reconocimiento de Unión de Hecho, por la citación legal realizada, comparecencia y designación de defensa y formulación extemporánea de excepciones. Efectivamente los argumentos de la Jueza Dra. Olga Lapierre Rodríguez, como parte demandada en el juicio de nulidad de sentencia, ha sido clara y precisa en determinar que las partes no demandaron ser juzgados por jueces de la jurisdicción del cantón Samborondón, dentro de la relación jurídica procesal no se advirtió la incompetencia por territorio. La ciudadana E.R.F.N por medio de sus defensores fundamentó su recurso de apelación con los argumentos de la figura de la" Prorrogación" de la competencia a favor de la Dra. Olga Leonor María Lapierre Rodríguez dentro de la causa de Unión de Hecho que siguió ella contra W.A.G.C.; por no haberse declinado la competencia a juez natural del domicilio de alguna de las partes procesales entre otros sustentos, se RESUELVE: aceptar el recurso de apelación de la ciudadana E.R.F.N; en consecuencia REVOCA la sentencia impugnada y declara sin lugar la demanda de Nulidad de Sentencia propuesta por el ciudadano W.A.G.C, por ser improcedente ante la verdad procesal que consta en los autos, amparado en los Arts. 9, 11 y 12 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 162 del Código Orgánico de la función Judicial. La defensa técnica del ciudadano W.A.G.C,

presentó recurso de aclaración, mismo que fue atendido y negado conforme consta del CD. de grabación de la diligencia de audiencia de fundamentación del recurso de apelación.

SÍNTESIS CASACIÓN

De la causa consta que, al incurrir en una prorrogación tácita de la competencia, el accionante tuvo expedito el derecho a la defensa, lo cual se constata con la serie de escritos que sucesiva y permanentemente presento el señor W.A.G.C, en el desarrollo del proceso. Escapa de este análisis la eficacia, pertinencia, pericia e idoneidad de los medios de defensa empleados por el otrora accionado, en el curso del juicio de reconocimiento de unión de hecho, a través de su defensa técnica particular, al no oponer en forma oportuna las excepciones que correspondían para confrontar los hechos expuesto en la demanda, por un lado; y por otro al no accionar en forma oportuna los medios de impugnación que están llamados a corregir los errores de hecho y de derecho en que incurran los juzgadores, al extremo de que esa causa no llegó más allá del primer nivel. La nulidad de sentencia ejecutoriada no tiene por finalidad corregir esas deficiencias, sino aquellas que taxativamente se encuentran previstas en la norma sustancial que se analizó. CASA la sentencia y dicta la de mérito en la que corrige los errores de motivación y declara sin lugar la demanda de nulidad de sentencia de reconocimiento de unión de hecho.

RECURSO DE CASACIÓN

Juicio No. 09209-2017-01673

Jueza Ponente: Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES.-

Quito, viernes 15 de marzo del 2019, las 15h20,

VISTOS: El accionante, señor Wilson Alfredo Galarza Campoverde interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada y notificada el 30 de junio de 2018 por un tribunal de Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, por la que se revocó la dictada en primer nivel, que aceptaba la demanda, dentro del juicio ordinario que por nulidad de sentencia sigue a la señora Estela del Rosario Flores Noboa.

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, ante la ausencia definitiva del doctor Carlos Ramírez Romero. Obra del expediente, el acta de sorteo de la causa y de la ponencia de 27 de noviembre de 2018.

El tribunal se instaló en audiencia oral, pública y de debate del recurso propuesto, en el día y hora previstos para el efecto, con la presencia de los sujetos de la relación procesal, esto es: por la parte recurrente y acreditando procuración judicial del señor Wilson Galarza Campoverde, los abogados Harrison Gabriel Mora Arias, Carlos Benjamín González Albornoz y el doctor Ricardo Xavier Vanegas Cortázar; por la parte demandada,

el abogado Francisco Pesantez Villacís, portando procuración judicial de la señora Estela del Rosario Flores Noboa y la jueza, doctora Olga Leonor María Lapierre Rodríguez, con su defensa técnica, ejercida por el abogado Jairo Alfredo Ocaña Arias. Concluida la audiencia, el tribunal emitió su decisión oral y al hacerlo por escrito la fundamenta en los siguientes términos:

PRIMERA: ANTECEDENTES

El señor Wilson Alfredo Galarza Campoverde se presenta ante el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia a demandar la nulidad de la sentencia de declaración de la existencia de unión de hecho, pronunciada el 31 de enero del 2017, las 10h26, por la jueza Olga Leonor María Lapierre Rodríguez, al amparo del art. 112, numeral 1 del Código Orgánico General de Procesos.

Agotado el trámite, el juez de la causa dicta sentencia en la que declara "(...) con lugar la demanda y en consecuencia se declara la NULIDAD de sentencia de DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNIÓN DE HECHO emitida dentro del proceso 09201 2016 02542, de fecha 31 de Enero del 2017, a las 10h26, de los ciudadanos WILSON ALFREDO GALARZA CAMPOVERDE Y ESTELA DEL ROSARIO FLORES NOBOA, por lo tanto quedando sin efecto las acciones jurídicas derivadas de sus disposiciones y actos que emanaron de dicha sentencia (…)".

Respecto de esta sentencia, la accionada interpone recurso de apelación que es concedido para ante la Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, y decidido por uno de sus tribunales que: *"(...) RESUELVE: aceptar el recurso de apelación de la ciudadana Estela del Rosario Flores Noboa; en consecuencia REVOCA la sentencia impugnada y declara sin lugar la demanda de Nulidad de Sentencia propuesta por el ciudadano Wilson Alfredo Galarza Campoverde, por ser improcedente ante la verdad procesal que consta en los autos, amparado en los Arts. 9, 11 y 12 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 162 del Código Orgánico de la función judicial. La defensa técnica del ciudadano Wilson Galarza Campoverde presentó recursos de aclaración, mismo que fue atendido y negado conforme consta del CD de la grabación de la diligencia de audiencia de fundamentación del recurso de apelación",*

Con este antecedente, la parte accionante propone recurso de casación en contra de la sentencia emitida, el mismo que ha sido concedido por el tribunal de apelación, en los términos del art. 269, inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, en auto de 4 de septiembre de 2018 y admitido a trámite por el órgano de calificación de esta Sala, exclusivamente en relación con el caso 2 del art. 268 del indicado código, mediante auto de 25 de octubre de 2018.

SEGUNDA: VALIDEZ PROCESAL:

El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas constitucionales y procesales que lo rigen, consignadas en los arts. 266 a 272 del Código Orgánico General de Procesos, 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, a través de este recurso la existencia de eventuales infracciones legales en que habría incurrido el tribunal de apelación en la resolución de esta causa, a la luz de los cargos que formulan los recurrentes, 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 casaci*ón, (...) la sentencia es un juicio a la sentencia del Tribunal y no a la conducta del procesado o de las partes *en el contrato".*

[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.

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 el Código Orgánico General de Procesos, a través de los casos taxativos 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 Al amparo del caso 2 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, el accionante alega que la sentencia impugnada "carece del requisito de MOTIVACIÓN", por cuanto se afecta a la consistencia y congruencia; "es decir existe inconsistencia e incongruencia entre la pare considerativa y la resolutiva".

El recurrente invoca para el efecto, el art. 76, número 7 de la Constitución de la República del Ecuador y pone de manifiesto que una sentencia es motivada cuando señala las normas jurídicas en que se sustenta, existe una coherencia entre las premisas y la conclusión, y por último, es clara o inteligible, "de modo que la resolución sea entendida". Alega el derecho de las personas a obtener de los juzgadores una resolución motivada que no adolezca de vicios de inconsistencia o incongruencia como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 75 de la Constitución de la República, en relación con el art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En su exposición escrita, el casacionista señala la parte de la sentencia que motiva su impugnación:

> *"(...) cabe destacar que el escrito de contestación está suscrito por el Sr. Wilson Galarza Campoverde y Dr. Viterbo Zevallos Alcivar, aprobando y ratificando las gestiones realizadas por su abogado patrocinador en el escrito del día 8 de agosto del 2016. De fs.529 consta el auto donde se dispone al actuario del despacho siente razón si la parte demandada ha deducido excepciones dentro del término, a fs. 560 consta la razón actuarial suscrita por el Ab. Aldo Torres Fiallos Msc, contenido del cual se observa que fueron presentadas de forma "extemporánea", habiendo fenecido el período del 26 de agosto del 2016, para presentarlas entre otros argumentos (…)*
>
> *(...) Para el caso en concreto, el ciudadano Wilson Alfredo Galarza Campoverde y su defensa técnica ejercieron el derecho a formular excepciones sobre las pretensiones de la actora propuestas en la demanda. Situación jurídica, que no cabe duda, ante la aplicación del principio de la verdad procesal establecido en el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La cuestión analizada, ha quedado confrontada con el escrito del demandado en la causa de Unión de Hecho que consta a fs. 398 a 408; por tales circunstancias, no se puede acoger los argumentos que contradicen la teoría de la prorrogación de la competencia, por cuanto, el Sr. Wilson Galarza, excepcionó y ejerció ese derecho, fuera del término para interponerla; pero sí, la realizó; conforme al principio de preclusión, no fue ejercido de forma debida, situación jurídica que se tuviera como no interpuesto, más no, debemos entender, que no fueron presentadas o que no deban ser consideradas, como no propuestas, como es la teoría que ha defendido la parte actora de la causa de nulidad de sentencia. Las excepciones fueron formuladas y se resolvió por la juzgadora conforme al art. 106 deI CPC, no considerarlas por ser extemporáneas, situación que afecta los principios de publicidad y preclusión. (...)"*
>
> *"(...) Cómo se podrá apreciar, el demandado compareció a juicio, no declinó por ningún medio jurídico la competencia a su juez natural;* ***contestó demanda, excepcionó la pretensión de la actora****, produjo prueba diversa, compareció a audiencia respectiva, ejerció derecho a impugnación, a través del legítimo derecho recurrir las resoluciones judiciales conforme al art. 76.7 literal m) de la Constitución (...)"*

En relación con el texto transcrito, agrega que la Sala es contradictoria en su resolución puesto que habla de supuestas excepciones extemporáneas propuestas por Wilson Galarza; y, por otro lado, en el mismo párrafo, señala que no se las debe considerar como interpuestas.

[2] ROCCO, Hugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, vol. 1, parte general, Ed. TEMIS, 1969, pág. 299.

"Las excepciones, o se las tiene por NO INTERPUESTA O NO EXCEPCIONADA, o se las tiene por INTERPUESTA O EXCEPCIONADA, ya que las dos son excluyentes, o se interpuso o no se interpuso, existiendo excepciones o no existieron", acota.

Con lo expresado, sostiene el casacionista, se evidencia falta de armonía en la parte considerativa de la sentencia impugnada; "en tal razón, al no haber armonía en la parte considerativa de la sentencia de la Sala, existe consecuentemente inconsistencia y contradicción en la parte resolutiva, puesto que de la conclusión del silogismo no está debidamente respaldada con las premisas del mismo" (sic).

Concluye su exposición aclarando que los fundamentos del recurso no responden a una mera disidencia.

En la audiencia de sustentación y resolución del recurso, el doctor Carlos González, como parte de la defensa técnica del accionante, ratificó los términos de la proposición impugnaticia y señaló que existe un precedente jurisprudencial según el cual es nula la sentencia dictada dentro de una causa donde se ha atribuido un falso domicilio.

En su exposición incorporó un nuevo cargo al amparo del caso 2, en el sentido de que el tribunal provincial aplicó indebidamente normas del Código de Procedimiento Civil, lo cual consta, según indica, en la parte dispositiva de la sentencia, sin embargo, este tribunal observa que dicha impugnación fue formulada por el accionante al amparo del caso 1 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, pero inadmitida por el órgano de calificación de esta sala, por lo que este tribunal no está autorizado para conocer y pronunciarse respecto de dicho cargo, más aún cuando el presunto yerro tiene caso casacional específico y en el desarrollo de la audiencia, este tribunal advirtió a la parte recurrente que su exposición debía girar exclusivamente en torno a los cargos admitidos, por lo que no puede el casacionista de esta manera incorporar al debate nuevos presuntos yerros, aun cuando sean al amparo del mismo caso.

Concluyó su exposición oral solicitando se case la sentencia impugnada, a la que calificó de incoherente y no razonable, y se la declare nula por falta de motivación.

4.2 La accionada, señora Estela del Rosario Flores Noboa, a través de su defensa técnica, ejercida por el abogado Francisco Pesantes Jiménez puso de manifiesto que a este tribunal le corresponde únicamente establecer si la sentencia cumple o no con los requisitos de motivación. Sostuvo que la resolución dictada por el tribunal de apelación cumple el mandato constitucional invocado por el actor y solicitó no desviar el análisis del cargo a otros aspectos. Finalmente, indicó que la Corte Nacional de Justicia ha establecido en forma reiterativa en qué consiste la falta de motivación por lo que presentó copias de varias sentencias que guardarían relación con este tema.

En uso de su derecho de contradicción, el doctor Jairo Ocaña, a nombre de la jueza que figura como demandada, afirmó que la sentencia dictada por el tribunal provincial está bien fundamentada y solicitó que se deseche el recurso de casación propuesto.

Queda delimitado de esta manera el ámbito de pronunciamiento de este tribunal.

QUINTA: ANÁLISIS DEL RECURSO PLANTEADO

5.1 Cargo al amparo del caso 2 de casación:

5.1.1 El caso 2 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, invocado por la parte recurrente, tiene las siguientes reglas:

> "Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: (...)
>
> 2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación:

El art. 89 del Código Orgánico General de Procesos, aplicable para el efecto, desarrolla la regla prevista en el art. 76, número 7, letra l de la Constitución de la República y en términos claros enuncia lo que se ha de entender por motivación:

> "Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación".

La sentencia impugnada esboza en primer lugar los antecedentes del recurso a resolver; determina la composición del tribunal y la fecha y lugar de su emisión; luego, a título de enunciación de los

hechos y circunstancias objeto de la demanda, refiere las partes procesales y escuetamente señala los antecedentes de la acción propuesta, así como la fecha de instalación de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación.

Pasa al punto 5: "Motivación de la decisión", dentro del que, en primer lugar se propone realizar el *"ANÁLISIS Y VALORACIÓN SOBRE EL OBJETO CONTROVERSIAL".* Es así que el tribunal provincial analiza y se pronuncia en primer lugar respecto de la improcedencia del recurso de apelación planteado por la demandada, Olga Lapierre, por cuanto, a criterio de la parte accionante fue presentado en forma extemporánea, concluyendo que esta acción no es materia de niñez y adolescencia sino de familia, por lo que debemos entender [porque no lo dice con claridad el órgano de apelación], que el recurso fue propuesto en forma oportuna.

En el punto 5.2.1 de la sentencia se ocupa de la descripción de las piezas procesales originarias [juicio de reconocimiento de unión de hecho] que guardan relación directa con el objeto de esta litis.

El punto 5.3, identificado como: "FUNDAMENTOS DE MOTIVACIÓN DE LA SALA" reseña el tránsito procesal que atravesó la acción de reconocimiento de la unión de hecho, hasta llegar a la contestación a la demanda, en la que consigna criterios doctrinarios respecto de la referida institución constitucional y procesal; el tribunal señala que la parte accionante ejerció su derecho a formular excepciones*, "situación que no cabe duda, ante la aplicación del principio de verdad procesal...",* por lo que considera que *"no se puede acoger los argumentos que contradicen la teoría de la prorrogación de la competencia, por cuanto,* ***el Sr. Wilson Galarza, excepcionó y ejerció ese derecho,*** *fuera del término para interponerla",* para agregar a continuación que ese derecho no fue ejercido en debida forma, *"situación jurídica que se tuviera por no interpuesto,* ***más no, debemos entender, que no fueron presentadas o que no deben ser consideradas, como no propuestas",*** para concluir que las excepciones fueron formuladas y se resolvió por la juzgadora conforme el art. 106 del Código de Procedimiento Civil, ***"no considerarlas por ser extemporáneas".***

A renglón seguido transcribe el art. 103 del Código de Procedimiento Civil.

En la parte identificada como 5.3.2, agrega que la teoría de la prorrogación de la competencia, esgrimida por la jueza demandada *"se efectiviza jurídicamente"*, con la comparecencia del actor al juicio, la designación de defensor técnico y la formulación extemporánea de excepciones, sin haber reclamado ser juzgado por jueces de la jurisdicción de su domicilio ni advertido tal particular. A continuación transcribe los arts. 9, 11 y 12 del Código de Procedimiento Civil.

En el punto 5.3.3 copia partes de una sentencia de la Corte Constitucional, para retomar de manera abrupta "el análisis y valoración de la sentencia recurrida" e indicar que el fallo objeto de apelación centra su desarrollo argumentativo en la situación jurídica de la "falsedad de domicilio", particular con el que el tribunal expresa no estar de acuerdo por cuanto *"el proceso es único e indivisible revestido con la rigurosidad de las garantías constitucionales mínimas detalladas en el artículo 76 de la Constitución; siendo regidas y efectivizadas por las reglas de la ley adjetiva civil; que rige el ritual procesal del procedimiento; esta circunstancia lo señala la Iey, y no la norma Suprema".*

Acota el órgano de apelación que al no haber advertido el accionante la incompetencia en razón del territorio, *"y como el proceso es único e indivisible",* operó la prorrogación de la competencia, conforme el art. 162 del Código Orgánico de la Función Judicial, que copia, para luego referirse al concepto de relación jurídica procesal y afirmar que la surgida entre el accionante y la demandada, Olga Lapierre *"es un hecho real y material que otorga lealtad y buena fe procesal para los sujetos procesales de la causa n2 O92O1-2O16-O2542". (¿?)*

Entonces, inexplicablemente pasa a afirmar que los escritos presentados por el actor el 8 y el 30 de agosto de 2016*, "señalan una 'VIOLACI*ÓN AL TRÁMITE*"; más no una excepción por incompetencia por territorio...".*

A continuación transcribe el art. 76, números 1 y 3 de la Constitución de la República; alude al respeto al debido proceso e indica que la norma adjetiva civil, reconoce y garantiza la condición jurídica de la naturaleza del interés público que es concordante con el principio de seguridad jurídica, idea que abona con la transcripción de parte de una sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador y una cita doctrinaria, con lo cual pasa a emitir su resolución.

5.1.2 Se evidencia así que el discurso motivacional es una sucesión atropellada, deficientemente estructurada; poco clara y reiterativa de argumentos incluso contradictorios e inconsistentes, como ocurre en el análisis de las excepciones.

Resulta incomprensible además que el tribunal de apelación no vaya más allá del análisis de la existencia o inexistencia de excepciones en el juicio originario [que a la larga no resuelve en forma consistente], sin llegar a centrarse en la pretensión de la acción y los requisitos de procedencia de la misma, de allí que el examen de la prorrogación de la competencia resulta intempestivo al no haberse sentado las bases que permitan introducir el análisis del tema en forma pertinente. Así, el discurso motivacional deviene en incompleto e incomprensible.
Es así que este tribunal concluye que los cargos presentados al amparo del art. 268, número 2 del Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de que la sentencia adopta decisiones contradictorias, son improcedentes en tanto y en cuanto, si bien es cierto que existen tales contradicciones, éstas no se producen en la parte dispositiva de la sentencia.
Respecto del cargo por falta de motivación de la sentencia, este tribunal constata que en efecto la decisión impugnada no cuenta con la correspondiente justificación interna, toda vez que para el análisis del *thema decidendum* parte de premisas confusas como las relacionadas con la existencia o no de las hipótesis requeridas para la configuración de la hipótesis prevista en el art. 112, número 1 del Código Orgánico General de Procesos, en que se sustenta la demanda de nulidad de la sentencia; y en cuanto a la justificación externa, no existe una explicación clara y precisa del por qué las normas que se citan son aplicables al caso.
Con este análisis, al verificar la existencia de falta de motivación de la sentencia dictada por el órgano de apelación dentro de esta causa, en los términos del art. 268, número 2 del Código Orgánico General de Procesos y en aplicación de los arts. 76, número 7, letra l de la Constitución de la República del Ecuador y 89 del Código Orgánico General de Procesos, declara la nulidad de esa sentencia y procede a enmendar su motivación.

SENTENCIA DE MÉRITO

PRIMERA: DE LAS PARTES PROCESALES, LA TRABA Y EL OBJETO DE LA LITIS

Conforme consta del libelo de demanda con el que se inicia este proceso y que obra de foja 1268 y siguiente del cuaderno de primer nivel, el accionante, a título de fundamentos de hecho indica que ha sido demandado "en forma falaz y absurda" por la señora Estela del Rosario Flores Noboa, inicialmente, por una demanda de liquidación de bienes de la sociedad conyugal donde se procede a efectuar una lista larga de bienes en la que se incluyen algunos ajenos, demanda que según indica fue cambiada en su totalidad, para tornarse en una demanda de reconocimiento de unión de hecho desde el año 1997 hasta octubre del año 2004, (la que fue admitida a trámite por la jueza demandada, quien ordenó su citación en el lugar señalado por la actora de esa causa: avenida De las Américas y avenida Presidente Roldós, esto es, en las oficinas de la Compañía Autoimportadora Galarza S. A., compañía de la cual no es ni representante legal ni accionista, "inobservando" lo que establecen los arts. 54 y 55 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con la Disposición Final Segunda del mismo cuerpo legal.
Agrega que habiéndose enterado por terceros conocidos y de conformidad con el art. 53, inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos, compareció a juicio "sin entrar en un análisis de fondo del tema por ser por demás absurda e ilógica la decisión tomada con una total parcialidad de la señora Jueza demandada de esta causa y con una restringida defensa técnica de mi parte se efectuó el proceso de reconocimiento de unión de hecho, el mismo que pese a las insistencias de nulidades evidentes no me fueron aceptadas".
Explica el accionante que su domicilio no corresponde al lugar de citación, puesto que el mismo queda ubicado en el cantón Samborondón, Urbanización Isla Mocolí Golf Club, manzana E, solar 44, "lugar donde vivo desde octubre del 2012".
También cuestiona que la ahora accionada Estela del Rosario Flores Noboa, al reformar la demanda ya no solicita el reconocimiento de unión de hecho desde 1997, sino desde 1977, reforma con la que no fue citado "conforme corresponde".
Fundamenta su pretensión en el art. 112, número 1 del Código Orgánico General de Procesos e indica que en ninguna etapa del proceso prorrogó la competencia de la juzgadora demandada, "ni expresa ni tácitamente" y para el efecto incorpora una cita que atribuye al tratadista Víctor Manuel Peñaherrera. Considera que esa hipótesis justamente es la que se ha producido por cuanto "se trata de una sentencia ejecutoriada que no ha sido ejecutada hasta la presente y la excepción de incompetencia no fue alegada por mi defensa técnica en el momento procesal pertinente, por lo tanto mi Juez natural es, y siempre ha sido, el del cantón Samborondón".

La demandada, señora Estela del Rosario Flores Noboa, se presenta para dar contestación a la demanda en la que refuta los argumentos del actor, sin llegar a oponer excepciones y formula reconvención (fojas 1536-1539) en contra del accionante "por daño moral", por considerar que el ahora accionante está "dañando" su imagen como "mujer de sociedad" (sic) que ha sido indebidamente tratada, respecto de la cual, el juez de la causa, se pronuncia en el sentido de que *"no es ajustable la calificación de la reconvención" (¿?) para luego indicar que "En vista que se ha realizado la sustanciación correspondiente a la calificación a la demanda, la contestación, la reconvención; y la no aplicabilidad a su contestación"*, las partes asumen que se inadmite a trámite dicha reconvención. La jueza demandada contestó la demanda sin proponer excepciones.

Al respecto, a este tribunal le corresponde dejar claramente establecido que la jueza Olga Lapierre, quien dictó la sentencia originaria, en calidad de jueza de familia, niñez y adolescencia y como administradora de justicia que es, no tiene interés sustancial alguno en la causa y por tanto, no puede formar parte de esta relación jurídica procesal. Y al haber sido demandada y citada, debió limitarse a oponer las excepciones correspondientes. Sin embargo, su intervención en el proceso no conlleva nulidad procesal. Por tanto, a partir de este momento dejará de ser considerada como parte procesal, particular que se tendrá en cuenta para la valoración de la prueba.

SEGUNDA: DE LAS PRUEBAS

Dentro de la causa de nulidad de sentencia, que se tramita con el procedimiento previsto para el efecto por el Código Orgánico General de Procesos. La parte accionante, produjo como pruebas de su parte, las siguientes:

2.1 PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE ACCIONANTE EN EL JUICIO DE NULIDAD:

El accionante solicita se tenga como pruebas de su parte, las siguientes: 1. La certificación electrónica emitida por la Superintendencia de Compañías respecto de los datos generales de la compañía Autoimportadora Galarza 5. A., que se encuentra de fojas 131 a 134; 2.- La certificación electrónica emitida por la Superintendencia de Compañías respecto de los administradora de la indicada compañía; 3.- La certificación electrónica emitida por la Superintendencia de Compañías respecto a la nómina de socios o accionistas de la indicada compañía; 4.- Copias certificadas de las planillas de luz, emitidas por la empresa eléctrica, a nombre de una compañía de propiedad del señor Wilson Galarza de fojas 1186 a 1232; 5.- La desmaterialización del juicio no. 09201-2016-02542 y no. 09201-2017-; 6.- Las piezas procesales específicas siguientes que obran de fojas 76 a 91; 269 a 273; 260, 355, 20 a 255; 398 a 408, 413, 529, 560, 5568, 571, 610, 640, 963, 1003, 1005 a 1006; 7.- 3 Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia.

En el inicio de las prácticas testimoniales solicita su declaración de parte, en la que indica en primer lugar que desde el año 2012 vive en el cantón Samborondón, en la Isla Mocolí, urbanización Golf Club; que la señora Estela del Rosario Flores Noboa sabe que vive desde el año 2012 en la Urbanización Mocolí Golf Club, manzana E solar 42-1, en la ciudad de Samborondón por los hijos y nietos comunes y porque en algunas ocasiones ella los llevaba a su casa para que se queden con él. También señaló que con la nueva demanda fue citado en su domicilio en la Urbanización Mocolí Golf Club; Que por respeto a las autoridades, y por respeto a la Sra. Estela Flores asistió a la audiencia, "aunque nunca fui notificado"; y que el abogado Viterbo Cevallos "me dio avisando, ahí me enteré pero no ha llegado ninguna notificación a mis manos, por eso digo yo que han citado en otra dirección";

En un primer momento indica que nunca fue accionista, ni empleado de Auto Importadora Galarza, pero respondiendo una pregunta de la defensa de la señora Estela Flores aclara que se retiró de esa empresa hace cuatro años y ya no es accionista, ni trabaja allí; pero que nunca ha trabajado en las oficias de esa empresa sino en la avenida Pedro Menéndez, donde funciona Autolasa.

También rindió su declaración de parte la señora Estela del Rosario Flores quien señaló que el señor Galarza sí tenía sus oficinas ahí, en el primer piso alto; y, que sí conocía donde vivía, esto es, en Samborondón; que no ha entrado al domicilio, y que solamente fue una vez, porque fue con su hija Natalia a dejar a sus nietos a la casa de él, pero que nunca más he estado en esa casa.

2.2 PRACTICA DE LA PRUEBA DE LA DEMANDADA SRA. ESTELA DEL ROSARIO FLORES NOBOA:

1.- Solicita que se produzca como prueba la copia certificada de la sentencia que consta a fojas 1475 y 1472 del expediente, sentencia que fue emitida dentro del proceso 09201-2016-02542,

por la señora jueza Olga Lapierre; 2.- A fojas 1465, solicita que se reproduzca a su favor [el escrito], en donde la parte actora conoció de la citación y con respecto a la reforma también; en la que consta también la razón de una contestación extemporánea; 3.- A fojas 1466 y 1467, se produzca a su favor el considerando segundo de la sentencia; 4.- Solícita que se reproduzca el mismo considerando en la que se puede establecer que la jueza hoy demandada motiva la sentencia; 5.-Reproduce de la misma sentencia la parte constante a fojas 1467, numeral 3.2 en adelante de la sentencia; 6.- Reproduce a su favor la contestación a la demanda que consta a fojas 1473 y 1483, presentada el 30 de agosto del 2016, específicamente en su punto sexto; 7.- La razón sentada de fecha septiembre del 2016, en el proceso 2016-02542, que obra a 1484 del expediente que se sustancia; 8.- Reproduce a su favor la providencia de fecha lunes 12 de septiembre del 2016, emitida por la jueza Olga Lapierre dentro del juicio 2016- 02542, a fojas 1425, en el considerando tercero; 9.- Reproduce la providencia a fojas 1486, con fecha 30 de septiembre dentro del proceso 2016-02542; 10.- Reproduce la copia certificadas que consta a fojas 1487 1489 del proceso que se sustancia, específicamente el escrito de la parte hoy actora; 11.- Produce como prueba la providencia de fecha 21 de octubre de 2016, las 12h01, dentro del juicio 2016-02542, que se encuentra a fojas 1490, en su considerando tercero; y, 12.- Reproduce "la prueba documental más importante del proceso" que consta a fojas 1481, que es la razón de ejecutoria que realiza el secretario, dentro del juicio declaración de unión de hecho.

TERCERA: RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS Y RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN:

3.1 El objeto de la controversia es determinar si existe o no nulidad de la sentencia ejecutoriada, dictada dentro del proceso no. 09201 2016 02542, de 31 de enero del 2017, a las 10h26, que declara la existencia de unión de hecho, entre los ciudadanos Wilson Alfredo Galarza Campoverde y Estela del Rosario Flores Noboa.

Al efecto, conviene establecer en qué casos procede la nulidad de la sentencia y para el efecto, se debe acudir a lo previsto en el art. 112, número 1 del Código Orgánico General de Procesos, que es la causa invocada por el accionante:

> "Art. 112.- Nulidad de sentencia. La sentencia ejecutoriada que pone fin al proceso es nula en los siguientes casos: 1. Por falta de jurisdicción o competencia de la o del juzgador que la dictó, salvo que estas se hayan planteado y resuelto como excepciones previas (...)".

Corresponde establecer entonces en primer lugar si en la causa originaria, el accionado en ella, señor Wilson Galarza opuso o no la excepción de falta de competencia de la jueza en razón del territorio, conforme alega el accionante y se encuentra previsto en la parte final del enunciado normativo transcrito; superado este filtro, se procederá a determinar si la jueza actuó con competencia territorial para conocer y resolver la causa.

A foja 355 del proceso, consta en copia certificada el escrito presentado el 8 de agosto del 2016 dentro de esta causa por el doctor Viterbo Zevallos Alcívar, en el que ofreciendo poder y ratificación de gestiones en nombre y representación del señor Wilson Alfredo Galarza Campoverde, señala domicilios judiciales para futuras notificaciones, agregando que: "Alego la Nulidad Procesal por violación a la Constitución en su Art. 76 Numeral 3º."

Finaliza el escrito indicado: "Que el señor WILSON ALFREDO GALARZA CAMPOVERDE, presentará dentro de los 15 días presentará las excepciones pertinentes conforme usted lo ordena en la providencia antes citada". (sic).

Posteriormente mediante escrito de 30 de agosto del 2016, las 08h28, comparece el demandado con un memorial que presenta a título de contestación a la demanda y proposición de excepciones, así como de ratificación de gestiones. En dicho escrito se lee:

> "De conformidad con el art. 102 del Código de Procedimiento Civil contesto la demanda deducida por la señora ESTELA DEL ROSARIO FLORES NOBOA, de la siguiente manera: (…)"

Luego de consignar sus puntos de vista respecto de la demanda planteada, propone las siguientes excepciones:

> "a.- Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
> b.- Falta de derecho de la actora para demandar "la liquidación de una sociedad de hecho" inexistente.
> c.- Inexistencia de unión de hecho con la actora:
> d.- Falsedad de las declaraciones unilaterales realizadas por la actora en las Notarías 1º. de Manta y 66º. de Guayaquil, impugnada.

e.- Improcedencia de la acción ya que al no haber existido unión de hecho no puede demandarse su liquidación.

f.- Perjurio.

g.- La actora no es acreedora, ni accionista, de las empresa cuyos bienes han sido prohibidos de enajenar en forma ilegal por lo que carece de derecho.

h.- Violación de trámite.

j.- Falta de legitimación en causa puesto que no se ha demandado a las personas propietarias de los inmuebles cuya prohibición de enajenar han sido ordenadas.

Por lo tanto, demando de usted que se digne ordenar la nulidad del proceso por violación de trámite y no existir legítimo contradictor o, en el supuesto caso, de considerar que no existe nulidad, declarar sin lugar la sentencia, condenando a la actora al pago de las costas judiciales y honorarios profesionales de mi abogado defensor (…)"

Concluye su exposición:

"Apruebo y ratifico las gestiones hechas por el Dr. Viterbo Zeballos Alcívar dentro de este proceso, y a quien, desde ahora autorizo a concurrir a audiencias y a presentar todos los escritos necesarios para la defensa de mis derechos".

Respecto del primer escrito, la afirmación de que: "Alego la Nulidad Procesal por violación a la Constitución en su Art. 76 Numeral 3º. ¿Puede considerarse una excepción de falta de jurisdicción o de competencia del juzgador?

Conviene para el efecto remitirnos a la normativa que al efecto contemplaba el Código de Procedimiento Civil, vigente al tiempo de presentada la demanda, el 15 de abril del 2016, las 16h54 y por tanto, aplicable al caso, pues no se puede fiscalizar un proceso y las actuaciones procesales cumplidas dentro del mismo, sino con la norma que le correspondía aplicar al juzgador en el desarrollo del proceso cuya nulidad de solicita; lo contrario conllevaría una grave afectación a la seguridad jurídica porque con una ley posterior se podría declarar la nulidad de un proceso con sentencia ejecutoriada.

El Código de Procedimiento Civil establece:

"Art. 99.- Las excepciones son dilatorias o perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo; y perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda".

"Art. 100.- Las dilatorias más comunes son, o relativas a la jueza o el juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación".

"Art. 101.- Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada.

"Art. 102.- La contestación a la demanda contendrá:

1.- Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del demandado, comparezca por sí o por medio de representante legal o apoderado, y la designación del lugar en donde ha de recibir las notificaciones; 2.- Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; y,

3.- Todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor.

La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso. La trasgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión.

La jueza o el juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y los requisitos señalados en los números de este artículo, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno".

"Art. 103.- La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por la jueza o el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará como ne-

gativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria".

"Art. 104.- Antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado reformar sus excepciones y aún deducir otras perentorias".

Expuesto el marco normativo que rige las excepciones, queda en claro que las excepciones se deben postular al tiempo de contestar la demanda; que estas pueden ser perentorias o dilatorias y que el demandado puede reformar sus excepciones y aun deducir otras perentorias hasta antes de recibir la causa a prueba.

Continuando entonces con el análisis de la causa, tenemos que la parte accionada alega no haber sido demandada en el juicio de reconocimiento de unión de hecho ante un juez competente, esto es, el de su domicilio, en tanto que la ahora demandada, alega que se produjo una prorrogación de la competencia en forma tácita.

En el proceso originario consta que la parte actora en esa causa solicitó en su demanda que se cite al señor Wilson Galarza Campoverde en su "domicilio laboral", que lo tiene en "Av. De Las Américas y Av. Presidente Roldós, en las oficinas de Autoimportadora Galarza".

Obran del proceso "las actas de citación" a la parte demandada con fecha 2 de agosto del 2016, recibida la primera por "Abigail Vera"; el 3 de agosto del 2016, la segunda, recibida esta vez por "Lorena Villavicencio"; y, una última, el 4 de agosto del 2016, recibió por "Abigail Vera Kronfle".

A foja 272, consta la certificación de citación emitida por correos del Ecuador, con fecha 4 de agosto del 2016 (foja 272).

Las citaciones realizadas en un lugar que no sea la casa habitación de una persona demandada, valen en tanto y en cuanto se las haga en persona. Se evidencia en el proceso que la citación se efectuó en un lugar que no era el domicilio del demandado y por cierto, tampoco se las realizó en persona; la acción, además, no está dirigida en contra de un comerciante o como representante legal de una compañía de comercio, como tal.

No obstante, el art. 84 del Código de Procedimiento Civil es claro al determinar que si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido. Siendo así, al accionante se lo debe considerar legalmente citado el 8 de agosto de 2016 y no el 4 de agosto de 2016, por lo que el término de 15 días comienza a correr desde esa fecha. Por lo tanto, podía presentar sus excepciones hasta el 29 de agosto de 2016.

El escrito presentado el 8 de agosto de 2016 por un profesional del Derecho, a nombre del accionado de la causa originaria, que días después ratifica sus actuaciones se limita a señalar: "Alego la Nulidad Procesal por violación a la Constitución en su Art. 76 Numeral 3º.

El art. 76, número 3 de la Constitución de la República del Ecuador:

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

Como se observa, el solo enunciado constitucional no aporta en la comprensión del aspecto procesal que acarrearía nulidad, tanto más que el compareciente ofrece presentar las excepciones dentro del término de 15 días.

A su vez, en el escrito presentado el 30 de agosto del 2016, las 08h28, se encuentra fuera del término previsto por la norma procesal para el efecto.

A ello se suma que el demandado, ni en el escrito de 8 de agosto ni en el de 30 de agosto, le llega a informar a la jueza de la causa que su domicilio está ubicado en Samborondón. La simple invocación del art. 76, número 3 de la Constitución de la República no puede ser considerada como una reclamación de jurisdicción porque la norma contiene varios principios y reglas, sin que sea razonable exigirle a la jueza que entre a suponer qué es lo que pretende alegar el accionado.

De allí que al no haberse opuesto en forma clara y comprensible una excepción en tal sentido, no tiene razón alguna establecer si las mismas son excepciones perentorias, que se pueden formular incluso después del indicado término (art. 100 del Código de Procedimiento Civil) y antes de que la causa sea recibida a prueba, pues ninguna queja formula el accionado al respecto.

Por lo expuesto, se cumple el presupuesto de procedencia de la acción relacionada con la falta de la excepción de incompetencia.

Se ha determinado entonces que el demandado en esa causa si bien no fue citado en su domicilio como prevé la ley; ha comparecido a ella "por cortesía con la jueza y con la demandada", y que ha contestado la demanda fuera del término de ley.

3.2 Corresponde ahora establecer si es procedente declarar nula una sentencia por falta de competencia, en las circunstancias antes detalladas.

La nulidad de una sentencia ejecutoriada, conlleva el análisis del instituto de la cosa juzgada. "La cosa juzgada como autoridad es una calidad, un atributo propio de la sentencia que emana del órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo. Se dice que la mismo tiene imperium"[3].

Se trata de una institución jurídica de orden público que se levanta sobre la base de la seguridad jurídica, revistiendo por tanto jerarquía constitucional.

Al respecto, el profesor Enrique Vallines García[4], tras señalar que la cosa juzgada es el estado en el que se encuentra un justiciable cuando según la ley, la existencia o no de ese derecho ha quedado judicialmente resuelta de forma definitiva y con vocación de inmutabilidad, expone que "*la cosa juzgada es el efecto vinculante que el contenido de una resolución judicial firme tiene para los tribunales, tanto para los que intervienen en el mismo proceso en el que esa resolución firme se ha dictado (cosa juzgada formal), como para los que conocen de procesos distintos (cosa juzgada material)"*

En este contexto, el tratadista español diferencia entre preclusión y cosa juzgada y al efecto indica que "la preclusión alude a lo que no se ha hecho en el seno de un proceso, es decir, a las cuestiones que no se plantearon dentro de un proceso porque los poderes jurídicos para suscitarlas no llegaron a ejercitarse antes de su extinción. En cambio, la cosa juzgada se referiría a lo que sí se ha hecho dentro del proceso, esto es, a aquellas cuestiones efectivamente planteadas en el proceso y que, según la ley, han quedado resueltas judicialmente de forma definitiva y con vocación de inmutabilidad".

Vallines pone de manifiesto que la llegada del instante en el que el proceso acaba con el efecto de cosa juzgada material es causa legal de preclusión: hay determinados poderes jurídico-procesales (por ejemplo, el poder jurídico del demandado-rebelde para personarse en el proceso) cuyo momento procesal oportuno de ejercicio se extiende hasta que se produce el efecto de cosa juzgada material.

Se trata, agrega, "de una causa legal de preclusión totalmente razonable", pues "si los poderes jurídicos que guardan un profundo enlace con el objeto de un proceso determinado se explican principalmente en función de la existencia de ese proceso, es lógico que el legislador disponga que la llegada del momento en que el proceso acaba definitivamente y con una decisión que tiene vocación de inmutabilidad —es decir, del momento en el que se produce el efecto de cosa juzgada material— traiga consigo la preclusión de todos los poderes jurídico-procesales relativos al proceso finalizado que, todavía, pudieran existir".

Al efecto, considera que la seguridad jurídica es fundamento de la preclusión "porque con ella, el legislador pretende limitar en el tiempo la situación de incertidumbre que genero el posible ejercicio de un poder jurídico-procesal" y explica que el titular de un poder jurídico-procesal tiene al alcance de su mano provocar alteraciones en la situación jurídica de otros sujetos mediante el ejercicio de su poder. Vallines enfatiza que "el ejercicio de los poderes procesales modifica las expectativas jurídicas de los justiciables que actúan o pueden actuar en el proceso y condiciona la actividad de los tribunales (por ejemplo, quien es titular del poder de contestar a una concreta demanda tiene la posibilidad de condicionar el trabajo procesal del tribunal y del actor, así como de producir un cambio en las expectativas jurídicas de este último; quien posee el poder de recurrir determinada resolución puede variar las expectativas de aquellos sujetos a los que la resolución favorece y forzar concretas actuaciones procesales; etc.)".

En su criterio, esa incertidumbre o inseguridad acerca del ejercicio de ese poder procesal debe tener un fin, por lo cual se requiere que *"en cierto instante el poder procesal no ejercitado precluya".*

---

[3] TIERRA, Raúl Hector, en : PEYRANO, Jorge y CARBONE, Carlos Alberto, La impugnación de la sentencia firme, tomo 2, parte especial, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág.

[4] VALLINES GARCÍA, Enrique, *"Preclusión, Cosa Juzgada y Seguridad Jurídica"*, EN: http://eprints.ucm.es/48150/1/Preclusi%B3n_cosa_juzgada_y_seguridad_jur%ADdica_ENRIQUE_VALLINES.pdf.

En este contexto, sin embargo, es necesario recordar que el proceso tiene finalidades concretas. Balestro Faure[5] recuerda que el proceso, es en sí mismo la mayor garantía del individuo en orden a hacer efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico pero reconoce que *"[p]uede abusarse del proceso y, también, con el proceso"*, que justifica *"la destrucción jurídica de la cosa juzgada (…)"*.

Expone Balestro Faure que "[s]erán estos vicios sustanciales o intrínsecos los que, una vez demostrados dentro del marco de un nuevo procedimiento de conocimiento amplio, darán sustento a la declaración de nulidad de la sentencia dictada como colorario de un proceso antifuncional".

La nulidad de la sentencia entonces tiene una finalidad aseguradora de la misión que debe cumplir el proceso, y que ha sido desatendida por actos que perjudican a un tercero. Es una medida extrema del sistema procesal, en orden a subsanar aquellos vicios taxativos de procedimiento que no pueden ser superados a través de otros remedios procesales a disposición del agraviado.

El fundamento que exhibe la demanda de nulidad, objeto de este examen es el "haberse violado mi derecho al debido proceso, al haber sido sentenciado por una Jueza incompetente en razón del territorio, lo que es de conocimiento de la demandada".

La competencia se basa en varios factores. El art. 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, los consigna en los siguientes términos:

> "Art. 156.- COMPETENCIA.- Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados".

La competencia es la facultad concreta de intervenir en determinadas causas.

En razón del territorio, la competencia se encuentra reglada por el art. 157, tercer inciso del mismo cuerpo legal:

> "Art. 157.- LEGALIDAD DE LA COMPETENCIA.- La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley. (...)
>
> La competencia de las juezas y jueces, de las cortes provinciales y demás tribunales, en razón del territorio, será determinada por el Consejo de la Judicatura, previo informe técnico de la Unidad de Recursos Humanos. Será revisada por lo menos cada cuatro años".

El accionante señala que fue sentenciado por un juez incompetente en razón del territorio, pues tiene su domicilio en Samborondón. Samborondón es la cabecera del cantón Samborondón, provincia del Guayas, hecho que consta debidamente justificado en autos con numerosas pruebas documentales (planillas y certificaciones de expensas, conforme se relató previamente) y la declaración de parte de la accionada, de tal suerte que se trata de un hecho incuestionable.

El cantón, en efecto, cuenta con una Unidad Judicial Multicompetente, con asiento en Samborondón, con competencia para atender asuntos de familia mujer, niñez y adolescencia; trabajo; civil y mercantil; inquilinato y relaciones vecinales; violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar; tránsito; contravenciones; penal; constitucional; adolescentes infractores, conforme resolución 007-2013, del Consejo de la Judicatura, publicada en el Registro Oficial 882 de 30 de enero de 2013, que creó esta unidad judicial con competencia en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, por tanto, desde entonces, Samborondón contaba con un juez o una jueza con competencia en esta materia.

Las instituciones procesales y las normas que las desarrollan, tienen finalidades específicas en el marco del debido proceso: ¿Cuál es la finalidad que para el efecto ha previsto la Constitución de la República del Ecuador y antes de Ella, los sistemas jurídicos para consagrar la protección del derecho a ser juzgado por un juez competente, en este caso, por el de su domicilio?

El derecho a ser juzgado por aquello que se denomina el "juez natural" se encuentra reconocido como un derecho humano y pilar fundamental del debido proceso, en términos generales. El derecho a ser juzgado por el juez del domicilio que corresponde a la locución latina *"Actor sequitur forum rei"*,

[5] BALESTRO FAURE, Miryam, *"La inmutabilidad relativa de la cosa juzgada"*, en: PEYRANO, Jorge y CARBONE, Carlos Alberto, La impugnación de la sentencia firme, tomo 2, parte especial, Rubnzal-Calzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, págs.. 352 y 353.

no es otra cosa que el denominado fuero personal. Citando a Carnelutti, Enrique Véscovi[6] expone que la tendencia descentralizadora aspira a realizar el proceso lo más cerca posible del lugar del litigio. "La incomodidad de las partes es menor; la búsqueda de las pruebas, más fácil; el ambiente para la apreciación, más propicio; el beneficio de la sentencia, más saludable".

Como explica Devis Echandía[7], la competencia es un presupuesto procesal *"cuyo control debe hacerse oficiosamente, motivo por el cual el juez debe rechazar la demanda que se le formule cuando aparezca de ella o de sus anexos que es incompetente; pero es su deber enviarla entonces al juez que sea competente (…)".*

Expone Devis Echandía[8] que la competencia puede ser absoluta o improrrogable cuando "el interés público prima" y es relativa o prorrogable, "en otros casos", en que se considera el interés de las partes para señalar la competencia, "con miras de hacer más económica y fácil" la defensa de sus intereses. *"Cuando esto sucede, estamos en presencia de la competencia relativa o prorrogable. Esto suele ocurrir con el factor territorial cuando hace relación al domicilio de las partes (excepto tratándose de procesos de sucesión, de quiebra, de concurso de acreedores o de cesión de bienes), y en alguno casos por el lugar en donde debía cumplirse la obligación, o por la ubicación de los bienes si era concurr*ente *con el domicilio",* puntualiza Devis Echandía, al considerar improrrogables estas competencias, para proteger a las partes más débiles, "especialmente en los contratos de adhesión".

Agrega que si es admitida la demanda, a pesar de la falta de competencia, el demandado puede interponer recursos de reposición contra el auto, una vez que se le notifique o al darse por sabedor de él, para que el juez lo revoque. "Puede también proponer ese impedimiento procesal como excepción previa cuando sea procedente y puede pedir la nulidad en los otros procesos, ***mas si actúa sin reclamarla, se produce su saneamiento****.(…) Dicho saneamiento impide declarar la nulidad, pero debe enviar el proceso al juez competente para que continúe tramitándolo,* ***excepto si se trata de simple factor territorial****,*[9] *pues entonces debe seguir tramitándose ante el mismo juez cuya competencia queda prorrogada para ese caso".*[10]

También señala este tratadista colombiano:

"Cuando se inicia un proceso ante juez incompetente conviene exigir en la ley procesal que debe alegarse la nulidad tan pronto se actúe en el proceso y en todo caso como excepción previa o como motivo de reposición del auto admisorio de la demanda y que si no se hace, se sanea la nulidad. Entonces, se remite el expediente a quien deba continuar tramitándolo, salvo cuando se originó en factor territorial, pues en el último caso es mejor disponer que contínúe conociendo el proceso el mismo juez, lo cual significa una especie de prórroga excepcional de la competencia, por economía procesal"

La legislación jurisdiccional ecuatoriana, vigente al tiempo de la presentación de la demanda, tiene reglas claras al respecto. Así, el art. 162 del Código Orgánico de la Función Judicial, consigna:

> "Art. 162.- PRORROGACION DE LA COMPETENCIA.- La jueza, juez o tribunal que, en principio, no es naturalmente competente para conocer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello las partes convienen expresa o tácitamente en prorrogarle la competencia territorial.
>
> Una vez que se le ha prorrogado la competencia, el juzgador excluye a cualquier otro, y no puede eximirse del conocimiento de la causa.
>
> La prorrogación expresa se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia de la jueza o del juez, se somete a aquélla expresamente, bien al contestar a la demanda, bien por haberse convenido en el contrato.
>
> La prorrogación tácita se verifica por comparecer en la instancia sin declinar la competencia, o porque antes no ha acudido el demandado a su juzgador para que la entable.
>
> En ningún caso se prorroga la competencia en razón de la materia."

---

[6] VÉSCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, segunda edición actualizada, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2006, págs. 136 y 137.
[7] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General del Proceso, tercera edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 152.
[8] DEVIS ECHANDÍA, pág. 146.
[9] El resaltado no consta en el texto original.
[10] DEVIS, ECHANDÍA, Ibíd.

3.3 En la especie, se ha puesto en evidencia que el accionante al tiempo de comparecer al proceso, a través de los escritos de 8 y de 30 de agosto de 2016, no protestó en forma clara y precisa el haber sido sometido a una jurisdicción diferente a la que le correspondía en función de su fuero personal. Tampoco consta del proceso que haya acudido ante un juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Samborondón para que dispute la competencia de la jueza Lapierre.

Siendo así, se ha producido la prorrogación tácita de la competencia, figura contemplada en el transcrito art. 162 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su inciso final y al establecer esta regla la consecuencia que se deriva frente a tales supuestos, no cabe alegar que "nunca" se aceptó la prorrogación de la competencia, pues la prorrogación tácita en tales casos se produce por el ministerio de la ley.

La norma incluye una salvedad para esta prorrogación de la competencia y es en razón de la materia, es decir, por un factor de orden público, que no es el caso.

A ello se suma que el propósito por el cual se incluye esta causa de nulidad de sentencia ejecutoriada, no es otra que la protección del derecho al debido proceso y dentro de éste, el derecho a la defensa.

Al incluir el art. 112 del Código Orgánico General de Procesos a la falta de competencia del juez o de la jueza que dictó la sentencias como causal de nulidad de la sentencia ejecutoriada, a condición de que no haya sido opuesta y resuelta como excepción previa, parte de la hipótesis de que el perjudicado con la misma no haya tenido oportunidad de ejercer su derecho a proponer medios de defensa y de impugnación oportunos; es decir, que los remedios procesales previstos en el sistema jurídico ecuatoriano no hayan sido eficaces para tal efecto, en atención al sentido de oportunidad, que conforme este análisis no es el caso.

En la causa, consta además que al incurrir en una prorrogación tácita de la competencia, el accionante tuvo expedito el derecho a la defensa. Es así que se puede constatar la serie de escritos que sucesiva y permanentemente presentó el señor Galarza Campoverde en el desarrollo del proceso, los que obran en copias debidamente certificadas.

Escapa de este análisis la eficacia, pertinencia, pericia e idoneidad de los medios de defensa empleados por el otrora accionado, en el curso del juicio de reconocimiento de unión de hecho, a través de su defensa técnica particular, al no oponer en forma oportuna las excepciones que correspondían para confrontar los hechos expuestos en la demanda, por un lado; y, por otro, al no accionar en forma oportuna los medios de impugnación que están llamados a corregir los errores de hecho y de derecho en que incurran los jueces y las juezas de instancia, al extremo de que esa causa no llegó más allá del primer nivel. Las etapas de contestación e impugnación son justamente mecanismos legales creados para el ejercicio del derecho de defensa, en todas sus manifestaciones y, para subsanar los errores de hecho y de derecho que se produzcan en el trámite de las acciones, así como en las resoluciones que adopten los administradores de justicia, los que deben promoverse en la forma y modos previstos en el ordenamiento jurídico, en cumplimiento del debido proceso y la seguridad jurídica.

La nulidad de la sentencia ejecutoriada no tiene por finalidad corregir esas deficiencias, sino aquellas que taxativamente se encuentran previstas en la norma sustancial que se analizó.

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**, al casar la sentencia escrita, notificada el 30 de junio de 2018 por un tribunal de Sala Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, dicta sentencia de mérito, corrigiendo los errores de motivación, verificados en el fallo impugnado, de conformidad con el art. 273, número 4 del Código Orgánico General de Procesos, y declara sin lugar la demanda de nulidad de la sentencia pronunciada en el juicio de reconocimiento de unión de hecho entre el señor Wilson Alfredo Galarza Campoverde y la señora Estela del Rosario Flores Noboa, dictada por la jueza de la Unidad Judicial Norte de Familia, Niñez y Adolescencia de Guayaquil, el 31 de enero del 2017, a las 10h26, signado con el no. 09201-2016-02542, con base en la motivación que antecede. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase para los fines correspondientes.

f) Dra. Julieta Magaly Soledispa Toro, JUEZA NACIONAL (E) (PONENTE); Dra. María Rosa Merchán Larrea, JUEZA NACIONAL; Dra. María del Carmen Espinoza Valdviezo, JUEZA NACIONAL.

CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Gaceta
Judicial